

**PRÊMIO HELIO ROCHA
DE TRABALHO JURÍDICO 2022**

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA
- CNI**

Robson Braga de Andrade
Presidente

Gabinete da Presidência

Teodomiro Braga da Silva
Chefe do Gabinete - Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial e Economia

Lytha Battiston Spíndola
Diretora

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães
Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato
Diretor

Diretoria Jurídica

Cassio Augusto Muniz Borges
Diretor

Diretoria de Comunicação

Ana Maria Curado Matta
Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor

Diretoria de Inovação

Gianna Cardoso Sagazio
Diretora

Superintendência de Compliance e Integridade

Oswaldo Borges Rego Filho
Superintendente



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



Brasília
2022

© 2022. CNI – Confederação Nacional da Indústria
© 2022. SESI – Serviço Social da Indústria
© 2022. SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
© 2022. 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 Helio Rocha de trabalho jurídico 2022: 20º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria / Confederação Nacional da Indústria, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Serviço Social da Indústria, Instituto Euvaldo Lodi. – Brasília : CNI, 2022.

285 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.com.br>

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC
Tels.: (61) 3317-9989 / 3317-9992
sac@cni.com.br

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| APRESENTAÇÃO | 9 |
| 1 – JURISTOCRACIA: AS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO | 11 |
| JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA DEPARTAMENTO NACIONAL / DEPARTAMENTO REGIONAL DO AMAPÁ | |
| 2 – DESAFIOS JURÍDICOS E BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA APLICADAS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DO SISTEMA INDÚSTRIA | 29 |
| DIOGO DE SOUZA E MELLO SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL / CENTRO DE TECNOLOGIA DA INDÚSTRIA QUÍMICA E TÊXTIL – SENAI CETIQT | |
| 3 – QUEM PODE SER ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS? PRINCIPAIS DESAFIOS DO SISTEMA S INDÚSTRIA NA ESCOLHA DO ENCARREGADO | 49 |
| MARCOS ROBERTO OLIVEIRA DE SOUZA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS | |
| 4 – POSSIBILIDADES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS PELO SESI SEM O CONSENTIMENTO PREVISTO NO ART. 14 §1º DA LGPD | 67 |
| MARCOS ROBERTO OLIVEIRA DE SOUZA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS | |
| 5 – DA INCOMPATIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS PELOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS | 89 |
| LETICIA DE OLIVEIRA LOURENÇO GALLO FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS | |
| 6 – APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.800/19 AOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E FEDERAÇÕES SINDICAIS DA INDÚSTRIA | 107 |
| MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA JORDANA GENEROSO TOMAZZI DE OLIVEIRA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS | |
| 7 – PORTAL DE INCLUSÃO: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA CIDADANIA | 129 |
| MARIA ANTONIA AMBONI CARLOS JOSÉ KURTZ JOMARA CADÓ BESSA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA | |
| 8 – DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA QUE OBRIGUE O INSTITUTO EUVALDO LODI (IEL) A RECOLHER AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS, CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS, PARA O INCRA E PARA O SALÁRIO EDUCAÇÃO – UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA IMUNIDADE PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL, ART. 150, VI, “C” E 195, §7º | 143 |
| BRUNO NAPOLI CARNEIRO LUIZ CARLOS FERNANDES DOS SANTOS FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE GOIÁS | |

| | |
|--|------------|
| 9 – SENAI COMO FERRAMENTA DE CAPACITAÇÃO INDUSTRIAL DA MULHER: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PREVENÇÃO E PROTEÇÃO | 161 |
| CAROLINE BRACHO COZINI CÉSAR FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS | |
| 10 – ENFOQUE LEGAL DO PAPEL DO SESI E SENAI: NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E CONTRIBUIÇÃO PARA O CRESCIMENTO DA INDÚSTRIA | 175 |
| DIEGO MORAES DA SILVA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MATO GROSSO / SESI/MT | |
| 11 – A POLÍTICA DE <i>DUE DILIGENCE</i> COMO UM DOS PILARES DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE E OS DESAFIOS DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA S | 187 |
| LIVIA DE ALMEIDA SOUZA TELES NATALI CAMARÃO DE ALBUQUERQUE NUNES FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO CEARÁ | |
| 12 – JURÍDICO 4.0 – O USO DA TECNOLOGIA E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA NA DEFESA DE INTERESSES – CASE: APLICAÇÃO DA MODERNIZAÇÃO TRABALHISTA PELO JUDICIÁRIO | 209 |
| LUCIANA NUNES FREIRE LUIZ ARTHUR GEMELGO LUCAS FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO | |
| 13 – A GESTÃO TRIBUTÁRIA DA ATIVIDADE INDUSTRIAL: QUAIS OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO? | 223 |
| FERNANDA SANTOS BRUMANA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | |
| 14 – AUTONOMIA COLETIVA: A NECESSIDADE DE SE SUPERAR A JURISPRUDÊNCIA RESTRITIVA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DIANTE DO CONTEXTO CONSTITUCIONAL E DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 245 |
| FERNANDA DE MENEZES BARBOSA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA / DEPARTAMENTO NACIONAL | |
| 15 – DO REGISTRO DE PONTO ELETRÔNICO E A PORTARIA MTP Nº 671/21 | 267 |
| DEBORAH CABRAL SIQUEIRA DE SOUZA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA / DEPARTAMENTO NACIONAL | |

APRESENTAÇÃO

É com grande orgulho e satisfação que apresento a publicação das teses inscritas para o **Prêmio Helio Rocha de Trabalho Jurídico 2022**. E tenho este sentimento porque o Prêmio, instituído em 2007 pelas entidades do Sistema Indústria, alcança a sua vigésima e comemorativa edição.

Essa é uma edição com sabor especial, pois o Prêmio ENASI 2022 homenageia o ex-diretor Jurídico da CNI, Helio Rocha, com a atribuição do seu nome ao prêmio ENASI de Trabalho Jurídico.

O Prêmio é a consagração desta rede jurídica que se consolida a cada ENASI, especialmente com a participação dos 20 advogados que subscrevem as 15 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 Drs. Marcel Leonardi, Maria de Lourdes Sampaio e Marco Antonio Guimarães, os quais, juntamente comigo e com o Dr. 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 20ª edição, a ser realizado no dia 19 de outubro de 2022, em formato virtual, no Estúdio CNI 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 outubro, 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.

Cassio Augusto Borges

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



1 – JURISTOCRACIA: AS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Jean Alves Pereira Almeida

Departamento Nacional / Departamento Regional do Amapá

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a nova disposição nos mecanismos de poder que vem se moldando ao longo dos últimos anos. A famosa tripartição de poderes de Montesquieu tem sofrido uma degeneração sorrateira, ganhando ares de grande “evolução democrática”, na qual toda a estrutura de poder do Estado ganha uma nova roupagem, aparentemente inofensiva, mas que representa a queda do sistema representativo, bem como a completa usurpação dos poderes dos mandatários que foram eleitos pelo povo. Trata-se da JURISTOCRACIA.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos as seguintes questões:

- a) A Democracia e o Constitucionalismo Clássico;
- b) O Neoconstitucionalismo e o Panconstitucionalismo;
- c) O Ativismo Judicial e a Tecnocracia;
- d) A Juristocracia como Nova Ordem Política;
- e) Os instrumentos para a restauração da Democracia.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar, de forma singela e extremamente resumida, alguns dos aspectos jurídicos mais relevantes inerentes a esta nova ordem política a que estamos sujeitos, não apenas como cidadãos, mas principalmente, como advogados das entidades do Sistema Indústria.

Ao demonstrar a presente hipótese, pretendo explicar as causas e consequências deste fenômeno e seus reflexos na segurança jurídica e na democracia, bem como a forma de se reverter tal processo.

1. DEMOCRACIA E O CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

1.1 ORIGEM

Segundo o dicionário Novo Aurélio¹, a palavra democracia vem do grego *demokratia*, governo/poder (*kratia*) do povo (*demo*).

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.620.

Não apenas o vocábulo democracia tem suas origens na Grécia. A própria ideia de democracia lá nasce². É em Atenas, a partir das reformas de Clístenes e dos aperfeiçoamentos de Péricles³, no século V a.C., que a democracia aparece e se consolida como forma de governo. Mesmo com a derrota de Atenas para Esparta na Guerra do Peloponeso, a democracia ainda resistiu, até sucumbir à invasão macedônia liderada por Felipe, o Grande⁴.

Em Roma, na época da República (de 500 a 250 a.C., aproximadamente), apesar da existência de alguns elementos democráticos, como a publicação de plebiscitos – de *plebis* (povo) e *scitum* (decreto) – para tomada de determinadas decisões, contudo, o regime tinha uma marca predominantemente aristocrática, considerando a composição majoritária de um Senado com membros vitalícios e de famílias de origem nobre (patrícios). Com o fim da República e o advento do Império, com Júlio César e Otávio Augusto, abandonou-se qualquer resquício da ideia de democracia.

Com a queda do Império Romano diante das invasões bárbaras, se instaura o feudalismo, organização social baseada nas relações estamentais, em que a posição de cada indivíduo era determinada por sua origem (reis, nobres, autoridades religiosas, cavaleiros etc) e praticamente imutável por toda a vida. Neste cenário, a Igreja Católica detinha uma ascendência sobre todas as demais forças políticas. Dela emanava diretrizes a serem seguidas por todos, inclusive por reis e príncipes.

Com a diminuição das ameaças externas, uma maior abertura comercial e o intercâmbio entre as nações, inclusive de ideias, as cidades voltam a renascer (daí o nome Renascimento) com mobilidade social e a liberdade para o exercício de novas profissões. Esses centros urbanos passam a se organizar em regimes jurídicos próprios, criando tributos e nomeando administradores (*podestá*).

Embora a ideia de democracia somente retorne à Europa Continental muito mais tarde, sempre atacada por monarcas e aristocratas, bem antes disso, um episódio simbólico e com implicações democráticas ocorre na Inglaterra em 1215: a Magna Carta⁵.

Esse momento tornou-se o símbolo do constitucionalismo, de tal forma que até hoje as constituições são normalmente chamadas de cartas magnas.

² REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1963. p.287.

³ HOLLANDA, Sergio Buarque de. *História da civilização- curso moderno*. 8ª.edição. São Paulo: Editora Nacional, 1980, p.60.

⁴ BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia assumiu o poder*. 1ª. Edição. Londrina, PR: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021, p.24.

⁵ “Em 1215, às margens do Rio Tâmsa, os barões da Inglaterra demandaram ao Rei João Sem Terra que assinasse a Magna Carta, limitando os próprios poderes monárquicos para garantir direitos e liberdades a seus súditos”.

Mais de 500 anos após o advento da Magna Carta na Inglaterra, do outro lado do oceano atlântico, a Constituição americana abre um novo capítulo na história da democracia ao criar um governo original e com o declarado propósito de ser democrático. O regime americano tornou-se referência do que deve ser uma democracia, inspirando idealistas por todo o mundo nos séculos XVIII e XIX.

Praticamente ao mesmo tempo na França, as ideias iluministas e de soberania popular, especialmente as de Rousseau⁶, aliadas à inoperância e passividade do reinado de Luís XVI, levaram a uma sucessão de acontecimentos que resultaram na queda da monarquia. No entanto, os ideais democráticos da Revolução Francesa não vingaram imediatamente, dando lugar a um regime caótico (o período do Terror), que culminou no regime militar liderado por Napoleão Bonaparte.

À luz desse resumo histórico, o que é afinal a democracia?

1.2 CONCEITO DE DEMOCRACIA

O renomado jurista francês Henri Capitant, fiel à etimologia da palavra, ensina que democracia é *“régimen político em el cual el poder previene del Pueblo e es ejercido por éste, directa o indirectamente.”*⁷

De fato, desde suas origens na antiga Atenas, onde era praticada de forma direta até este início de século XXI, quando quase sempre se dá pelo sistema representativo, a ideia de democracia manteve-se sempre ligada à de governo do povo, “um sistema de governo, caracterizado por determinadas instituições que dão ao povo participação efetiva na governança.”⁸

Salvo raros países onde a democracia direta ainda é exercida em plebiscitos e consultas populares frequentes – Suíça e, em menor escala, EUA –, modernamente a democracia é associada à sua forma representativa, por meio de eleições regulares, nas quais o povo elege aqueles que irão governar ou legislar em seu nome.

⁶ “Em meio a muitos intelectuais inspiradores das ideias que borbulhavam durante a Revolução Francesa, pode-se dizer, com Bertrand Russell, que o Contrato Social tornou-se a bíblia da maioria dos líderes da Revolução Francesa, mas, sem dúvida, como é o destino das bíblias, não foi lido com cuidado, sendo ainda menos entendido por muitos dos seus discípulos.” RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. - 4ª. Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, e São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982, Tomo III, p. 241-242.

⁷ CAPITAN, Henry. *Vocabulário Jurídico*. Reimpresión. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p.200. Em tradução livre: regime político no qual o poder provém do povo e é exercido por este, direta ou indiretamente.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “*Justiça Constitucional e Democracia*”, in: *Revista da Escola de Magistratura do TRF da 4ª. Região*, n.10, p.22.

1.3 CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

A limitação dos próprios poderes monárquicos para garantir direitos e liberdades dos súditos, realizada pela Magna Carta de 1215, iniciou a ideia de constitucionalismo como uma limitação do poder soberano (do Estado) e um reconhecimento do poder do povo.

Nas palavras de Winston Churchill⁹:

“the significance of this rests in the fact that the Kings of England, who hitherto had claimed supreme power by Divine right, were, for the first time, required to acknowledge that they rule by consent of the governed.”

Com efeito, a consolidação da ideia do que hoje se chama constitucionalismo passa pela afirmação do povo como verdadeiro detentor do poder, em contraposição à ideia de que pertenceria ao soberano.¹⁰

1.4 CARACTERÍSTICAS

Em 1789, entrou em vigor a Constituição dos Estados Unidos, que inspirou inúmeras constituições por todo mundo e moldou o conceito de constitucionalismo, entendido como uma forma de organização política e jurídica dos Estados centrada nas seguintes características:

- soberania popular;
- limitação e divisão de poderes estatais;
- igualdade jurídica entre os indivíduos e;
- previsão de liberdades e garantias individuais.

O constitucionalismo assume, portanto, a tarefa de limitar os governos, e tal limitação deve alcançar, inclusive, as manifestações e representações democráticas. Assim, o constitucionalismo deixa de ter como conceito central o **poder do povo**, passando a adotar a **liberdade** como o grande valor a ser defendido, mediante a limitação do poder, inclusive o do povo. O entendimento de democracia e constitucionalismo assumem feições distintas: aquela se referindo ao exercício do poder pela maioria; e este, à limitação do poder de quem quer que seja.

⁹ CHURCHILL, Winston. *The great Republic – a history of America*. Nova Iorque: Random House 1999. p. 416.

¹⁰ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 403.

Nesta linha, Oscar Vilhena Vieira¹¹ ensina que “há neste sentido, uma permanente tensão entre essas duas concepções”. O autor nota que a expressão “Estado Democrático de Direito”, adotada pela nossa Constituição de 1988, busca conciliar esses dois conceitos: o Estado de Direito (do constitucionalismo) e a Democracia.

Montesquieu¹², em 1748, já tratava a separação dos poderes como medida necessária à defesa da liberdade, um dos principais valores de um Estado de Direito.

1.5 CRISE DA DEMOCRACIA

No início do século XX, a democracia parecia um sistema em decadência, fraco e incapaz de fazer frente ao crescimento das ideias totalitárias em suas vertentes internacionalista (comunismo) e nacionalista (o fascismo e o nacional-socialismo).

O advento do nacional-socialismo na Alemanha deixou marcas e cicatrizes permanentes. A percepção de que a democracia não teria sido capaz de impedir a ascensão de um regime totalitário levou à busca de mais salvaguardas para as liberdades. Impunha-se um reforço do constitucionalismo¹³, que colocasse a salvo das maiorias e das instabilidades políticas. Em outras palavras, paradoxalmente, **urgia proteger a democracia mesmo que do próprio povo**. Guardem isso!

Para tanto, impunha-se a elevação de certos *direitos* a um patamar superior ao próprio sistema político e até mesmo à Constituição, isto é, num plano permanente e imutável, e também à concessão de poderes a uma corte constitucional para guardar tais direitos de quaisquer decisões políticas majoritárias¹⁴.

É neste momento, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, que o conceito de constitucionalismo começa a se alterar, afastando-se da referência original à soberania popular, passando a expressar a ideia de soberania da Constituição (primazia da Constituição), colocada acima do próprio povo.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p.23-24.

¹² MONTESQUIEU. *The spirit of laws*. Chicago: Willian Benton, Publisher – Encyclopaedia Britannica, Inc, 1952, p.69.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. “*Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*”, artigo publicado na revista *Direito e práxis*, Volume 09, nº4, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>, p.7.

¹⁴ BRAGA, ob.cit., p. 39-40.

Fica claro que tal movimento tem forte componente antidemocrático e anti-histórico, no sentido de que alça alguns princípios e valores para além das mudanças históricas, numa espécie de “neojusnaturalismo”, com uma nova roupagem “iluminista” e tecnocrática. Esses pontos serão melhor abordados no próximo tópico.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

A partir de meados do século XX, avançou uma corrente doutrinária denominada neoconstitucionalismo¹⁵, baseada na prevalência dos princípios sobre as regras, em busca da efetivação de uma “sociedade justa”¹⁶, que vê a Constituição com um “programa constitucional”¹⁷ obrigatório, a ser cumprido pelo governo de plantão.

Essa corrente radicaliza a ideia de supremacia da Constituição, o que resulta na chamada constitucionalização do Direito e esvazia o campo de discricionariedade e decisão dos Poderes Legislativo e Executivo.

2.2 PANCONSTITUCIONALISMO

Paralelamente a chamada constitucionalização do direito, passamos a ter textos constitucionais extensos, analíticos e povoados por inúmeros princípios, que resultou numa “panconstitucionalização da vida da comunidade”, em que todos os seus aspectos estariam, de algum modo, abrangidos pela Constituição.

Esse movimento teria origem quando da adoção, por um determinado país, de uma carta fundamental de direitos, que serviria como base e parâmetro de validade para a verificação judicial de toda e qualquer circunstância da vida por ela abordada.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Notas sobre o Direito Constitucional moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”, in *Revista de Direito Administrativo* n. 250, jan/abr 2009.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.22 e segs. Canotilho, em 2001, no famoso prefácio à 2ª. Edição da obra citada, reviu parcialmente suas posições, afirmando que “as constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante. Como dissemos, elas ergueram o estado a ‘homem de direção’ exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional dessa direção”.

¹⁷ Id., *ibidem*, p.463 e segs.

Ran Hirschl¹⁸, muito perspicazmente, notou que quanto mais aspectos da vida civil são contemplados em uma carta constitucional, maior o poder que é transferido aos juízes. Ao se adotar uma carta fundamental de direitos, tudo que lá se encontra previsto se torna judicializável, fortalecendo o judiciário na medida em que assuntos constitucionais poderão ser objeto de uma decisão judicial.

Além disso, caso haja a previsão de normas programáticas de implantação de políticas públicas, tal assunto também passará para a esfera judicial, onde, a depender do grau de “elasticidade” da interpretação utilizada, poderá até mesmo culminar na definição de políticas públicas ou na recusa de validade a atos normativos provenientes do legislativo.

Com esse novo poder e embriagados pela autonomia para criar normas constitucionais, as Cortes Supremas tampouco hesitam em alterar a Constituição, a pretexto de “atualizá-la”, conferindo a si próprios um verdadeiro “Poder Constituinte Reformador”. Em voto proferido em importante julgamento no Supremo Tribunal Federal¹⁹ brasileiro, o ministro Celso de Mello afirmou textualmente que “nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.

Alguns adeptos dessa visão panconstitucionalista defendem que a adoção de métodos pseudodemocráticos como a convocação de audiências públicas, a participação de *amici curiae* e até pesquisas de opinião, contribuiriam para um “diálogo jurídico”²⁰, a permitir decisões ponderadas e adequadas.

O problema mais evidente dessa linha de pensamento é que, por mais aberta que seja a discussão, ela ocorrerá no seio de um tribunal – e não do Parlamento –, entre pessoas não eleitas, que decidirão, em última análise, sobre todos os aspectos da vida individual e social.

Com isso, o sistema de freios e contrapesos decorrente da separação de Poderes fica desmontado, os outros Poderes, especialmente o Legislativo, bastante esvaziados, e o Judiciário, por definição não-democrático, transforma-se num superpoder.

¹⁸ HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo*/Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

¹⁹ Na Reclamação 4335, o STF, por meio de uma “autêntica reforma sem expressa modificação do voto”, suprimiu da Constituição o seu artigo 52, X – que dá ao Senado a competência privativa de retirar do ordenamento jurídico um dispositivo considerado inconstitucional pelo STF-, até então entendido como cláusula pétrea, por ser expressão do arranjo de separação de poderes..

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.142.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL

Conforme já exposto, na democracia constitucional clássica, prevalece a separação de Poderes, pela qual, em resumo, incumbe ao Legislativo, em regra composto por representantes eleitos pelo povo, fazer as leis; ao Executivo, normalmente eleito pelo povo ou pelo Legislativo (eleição indireta), implementar as leis e ao Judiciário, em regra composto por juristas não eleitos pelo povo (concursados ou nomeados politicamente), julgar as violações às leis.

Desta forma, a separação de Poderes é um importante instrumento que, ao lado da soberania popular, da limitação dos poderes estatais e das liberdades individuais; é garantida pelo princípio da legalidade, fonte da segurança jurídica.

A segurança jurídica é atributo básico da própria dignidade humana. Como bem aponta Humberto Ávila, não há dignidade humana sem que o indivíduo possa tomar decisões sobre os rumos de sua vida e, para que tais decisões possam ser tomadas, é necessário que as regras do jogo, isto é, o Direito, sejam conhecidas, compreendidas e efetivamente aplicadas, uniformemente, para todos.²¹

A criação de obrigações e proibições diretamente por tribunais, sem amparo na lei, mas sim em princípios genéricos, positivados ou não, é o que podemos chamar de ativismo judicial. Apesar de Luís Roberto Barroso²² mencionar que essa expressão foi cunhada nos Estados Unidos e empregada pela primeira vez como “rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969”, Milton Flávio Lautenschlager²³ esclarece que a expressão já havia sido utilizada antes da chegada de Warren à Suprema Corte americana, por meio de uma matéria do historiador Artur Schlesinger para a revista *Fortune*, intitulada “The Supreme Court: 1947”.

O ativismo judicial subverte totalmente a segurança jurídica e fere de morte a democracia. Os juízes não são eleitos pelo povo, sua legitimidade advém do conhecimento técnico do Direito, para corretamente aplicar as leis que os representantes (estes sim, eleitos pelo povo) decidiram adotar. Repita-se, ainda que em demasia, não possuem (os juízes) legitimidade para legislar, para criar direitos, obrigações e proibições não previstas em leis, isto é, não aprovadas pelo povo através de seus representantes eleitos.

²¹ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p.14 e segs.

²² BARROSO, Luis Roberto. “*Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*”, ob.cit, p.11. – Enaltecendo a Corte Warren como exemplo de ativismo judicial que inspirou juízes ativistas no mundo inteiro, v. MORO, Sérgio Fernando. “A corte exemplar: considerações sobre a corte de Warren”. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba: dec. 2001. <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>.

²³ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de A. C.. *Ativismo judicial disfuncional nos contratos*. São Paulo: Editora IASP, 2018, p.75.

Essa falta de legitimidade do Judiciário para inovar na criação de direitos, obrigações e proibições, acaba por provocar reações sociais (passeatas ou manifestações em redes sociais) contra determinadas decisões ou atos, normalmente praticados por tribunais, contrários a um sentimento majoritário. Esta reação se chama *backlash*²⁴.

O teórico do Direito Ronald Dworkin²⁵ defende que, por conta do que denomina “questões contrafactuais e psicológicas”, as decisões legislativas tomadas nos parlamentos contêm inúmeras falhas, sejam quanto à motivação, sejam técnicas, sejam ainda conjunturais, que as privam da pretendida objetividade. Daí conclui que o melhor é tentar extrair das leis os princípios que as nortearam, ao invés de se apegar a seus textos. É a jurisprudência dos princípios, que justifica o ativismo judicial e a destruição da separação dos Poderes e do princípio da legalidade.

É importante ressaltar que nem mesmo a mera inexistência de lei (lacuna legislativa) deve servir como autorização para uma ilimitada atuação criativa do Judiciário. Segundo a Constituição, somente à lei em sentido formal pode impor obrigações²⁶ e, portanto, onde há lacuna, a regra prevalente deve ser aquela a qual, o que não for vedado por lei é permitido e, tal regra, deve ser adotada como corolário da segurança jurídica, da separação dos Poderes e da democracia.

2.3 TECNOCRACIA

No Direito, a tecnocracia se materializa com o ativismo judicial. O técnico (o juiz) se coloca acima do legislador, fazendo malabarismos com a lei formada pelo poder legítimo para colocar-se numa posição de preponderância.

Os juristocratas, sob a afirmação da prevalência da razão e da ciência (poder racional), como fundamento para sua legitimação, estabelecem a “dominação em virtude de conhecimento”²⁷. Afinal, são eles os detentores do conhecimento jurídico, que lhes permite entender o “verdadeiro” sentido da Constituição.

²⁴ V. FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*, 2ª. Edição, Salvador: Editora JusPodium, 2021.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp.17-25.

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

²⁷ WEBER, Max..*Economia e sociedade*, vol. 1, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p.147.

Desta forma, na falta da legitimidade democrática, busca-se a legitimidade pelo convencimento do acerto técnico e da “justiça” das decisões, por meio da “argumentação jurídica” e da “capacidade de convencer o auditório”. Neste sentido, trata-se de uma tecnocracia retórica, uma burocracia com conhecimentos técnicos específicos, mas fortemente amparada numa retórica própria. Uma aparente racionalidade sustentada pela mera capacidade argumentativa, em que a retórica é a última *ratio* da legitimidade.

O episódio da COVID-19 ilustrou muito bem como se comporta uma sociedade cujas decisões políticas se resumem a pareceres técnicos e científicos. O que vimos na prática foi que pareceres técnicos não foram necessariamente técnicos, mas, muitas vezes, licenças para agir ideológica e politicamente. A tecnocracia como a “Religião da Ciência”²⁸.

3 JURISTOCRACIA

3.1 NOVA ORDEM POLÍTICA

A juristocracia é uma nova ordem política, resultado do fenômeno da deturpação da distribuição regular dos Poderes de Estado, causado pela transferência voluntária destes Poderes (Legislativo e Executivo) ao Judiciário.

Este movimento tem origem quando da adoção, por determinado país, de uma carta fundamental de direitos, que serviria como base e parâmetro de validade para a verificação judicial de toda e qualquer circunstância da vida por ela abordada.

Fica claro que a juristocracia é algo que ultrapassa os limites do mero ativismo judicial, sendo este apenas, uma das características desta **nova ordem política**, em que há uma amputação voluntária dos demais poderes constituídos, consistente na transferência de seus poderes decisórios ao judiciário, por meio da constitucionalização de direitos (panconstitucionalização) e do estabelecimento da revisão judicial.

O velho direito romano-germânico, que havia convivido razoavelmente bem com o positivismo de Hans Kelsen, sucumbiria ao neopositivismo pós-moderno, com a entrada em vigor do neoconstitucionalismo: a Constituição ganha força normativa; a jurisdição constitucional expande-se enormemente; nascendo uma nova dogmática interpretativa do direito (o principiologismo); inaugurando a fase da judicialização das questões sociais e políticas. Assim, a juristocracia dá início ao período da mais intensa insegurança jurídica.

²⁸ GRILO, Ludmila Lins. *Aula 11 “Tecnocracia A Religião da Ciência” do Curso Direito e Guerra Cultural*. Jusdetox, 2021.

3.2 JURISTAS UNGIDOS E ILUMINADOS – FUNÇÃO ILUMINISTA E CONTRA MAJORITÁRIA

Em coerência com a visão neoconstitucionalista, os tribunais em geral (nos sistemas que admitem o controle difuso de constitucionalidade) e, especialmente as cortes constitucionais, rapidamente assumiram posição de supremacia, entendendo que, se a Constituição é suprema, supremo também será quem tem o poder de dizer seu alcance e significado.²⁹

Esse fenômeno tem várias faces, entre elas a da judicialização da política, com questões antes reservadas às arenas democráticas sendo assumidas pelo Poder Judiciário.

Incapazes de compreender os limites de suas próprias atuações como magistrados: seja por se sentirem ungidos e iluminados, uma casta superior encarregada de decifrar as verdades reveladas e ocultas da Constituição, e por tal missão, são reconhecidos por sua sabedoria e cultura, e, portanto, são aptos a corrigir os erros e perigos da democracia (“urgia proteger a democracia mesmo que do próprio povo”. Lembra desta frase?!); seja por temerem sofrer a pecha de prevaricadores – e acabam (via das dúvidas) extrapolando os limites de suas competências ao aceitar julgar o mérito de demandas em que algum agente político lhes transfere o poder decisório sobre alguma questão que deveria ser decidida na arena dos mandatários eleitos.

Como bem observa Alexandre Vitorino³⁰:

“O que se percebe é que o Poder Judiciário, em atitude expansiva de sua competência, exercitada no controle de constitucionalidade e mesmo em lides ordinárias nas quais se discutem políticas públicas, inova a ordem jurídica, cria direito *post factum*, compromete a previsibilidade e calculabilidade da segurança jurídica fascinado pela principiologia e desafia, a mais não poder, a soberania da lei e da segurança jurídica, que tão caras eram ao Estado Liberal dos albores do constitucionalismo.”

Dworkin³¹, em sua doutrina do direito como integridade, forneceu as bases filosóficas para a elevação dos princípios à categoria de principal parâmetro hermenêutico. Assim, houve uma justificação doutrinária para a concentração de demasiado poder nas mãos dos juízes, presumindo que estes teriam a atribuição de definir as interpretações mais vantajosas à sociedade, em um suposto processo judicial de “aperfeiçoamento do direito”. E da mesma forma,

²⁹ LAUTENSCHLAGER, ob.cit., pp. 91-92.

³⁰ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural* Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2020, p.14.

³¹ DWORKIN, ob.cit.

Dworkin sustenta também a adoção de uma constituição para a proteção das minorias contra a “tirania da maioria”. Essa seria a essência desta função contramajoritária.

A função contramajoritária da jurisprudência é uma teoria advinda do neoconstitucionalismo. Um dos teóricos desta corrente é o jurista alemão Konrad Hesse (1919-2005), precursor da ideia de que seria necessário dotar as Constituições de efetiva força normativa para que seus preceitos tivessem caráter vinculativo e obrigatório, à semelhança de todas as normas jurídicas, cuja inobservância põe em movimento mecanismos de coerção.³²

Com o panconstitucionalismo, as cortes constitucionais estariam incumbidas de realizar obra de constante interpretação do texto constitucional, de modo a ajustá-lo à evolução histórica e, assim, permitir a extração de novos significados e a adequação de um texto do passado à realidade do presente. É o que se denominou “mutação constitucional” e “estática da recepção”.³³ Essa seria a função “iluminista”.

A elite de juristas ungidos e iluminados acredita (ou pelo menos diz acreditar) que exerce sua função de aplicação das leis guiada por “compaixão”, “empatia”, “justiça social”. No entanto, tais conceitos, assim como outros representados por alguns princípios (até os não expressamente previstos), são vagos, indefinidos, e de tal modo maleáveis que permitem praticamente qualquer “interpretação” do texto legal.

Nenhum país se desenvolve sem segurança jurídica, e não há segurança jurídica sem previsibilidade. Se um mesmo texto legal pode ser “livremente” interpretado por diferentes julgadores, de acordo particulares noções de “justiça social”, “dignidade da pessoa humana” ou outros conceitos absolutamente vagos, fica muito difícil para a população saber previamente o que a lei proíbe e o que ela permite. Sem segurança jurídica, não há paz social, um dos fins a ser buscado pelo Estado-Juiz.

3.3 FREIOS E CONTRAPESOS E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: OS INSTRUMENTOS PARA RESTAURAR A DEMOCRACIA

Verifica-se, portanto, que se a vontade dos detentores dos demais poderes for, de fato, a transferência destes ao judiciário, a juristocracia irá se impor de qualquer forma: seja pela adoção de uma constituição extremamente analítica, que, abrangendo todos os aspectos da vida

³² PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. *Sereis como deuses: O STF e a subversão da justiça*/Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan organizadora. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A. – Educação Direito e Alta Cultura, 2021, p. 77.

³³ PIOVEZAN, ob.cit.

civil, transforma tudo em questão judicializável (juristocracia por força e obra dos demais poderes), ou pela deturpação das normas constitucionais por parte dos juízes (juristocracia por iniciativa do próprio judiciário, que pode ter, ou não, a conivência dos demais poderes).

Diante deste avanço da juristocracia e a conseqüente destruição da democracia, entendemos que tal fenômeno só será evitado (ou desconstituído) com o reforço de mecanismos de freios e contrapesos entre os Poderes, com a desconstrução do panconstitucionalismo e a revalorização da lei, como fruto do processo democrático no qual ela é discutida e aprovada por um Poder democraticamente eleito, em certas situações sujeita ao veto do Executivo, e submetida ao controle de constitucionalidade por um Judiciário sereno e autocontido.

Antonin Scalia, um dos mais importantes juízes da Suprema Corte americana sempre defendeu que juízes e tribunais interpretassem a Constituição e as leis adotando o significado original do texto legal, pretendendo com isso evitar que magistrados caíssem na tentação de impor como política pública suas próprias preferências morais e políticas, a pretexto de interpretar a lei.

De acordo com Scalia, o que se deve buscar na interpretação de um texto legal é a intenção **da lei**, uma intenção **objetiva** (“objectified³⁴”), e não a intenção subjetiva que supostamente estaria nas mentes dos cem, duzentos, trezentos parlamentares que aprovaram aquela lei há dez anos, ou há quatro décadas, ou há um século – um verdadeiro exercício de adivinhação, não de interpretação. Em resumo, para que exista um governo de leis (rule of law), e não de homens, é preciso que se siga o que diz a lei, e não o que se supõe tenha sido a intenção do legislador quando a lei foi promulgada.

Scalia também sempre defendeu a ideia de que a regra mais important na Constituição para se impedir um governo tirânico é a rígida separação de poderes.

A autocontenção judicial, postura adequada aos membros do judiciário que respeitam a separação dos poderes, mas que é ainda muito desconhecida de muitos julgadores, também se impõe como uma solução a este problema. Desta forma, se faz necessário que os julgadores compreendam os limites de suas próprias atuações como magistrados, se abstendo de julgar o mérito de demandas em que algum agente político lhes transfere o poder decisório sobre alguma questão que deveria ser decidida na arena dos mandatários eleitos.

³⁴ SCALIA, Antonin. *The Essential Scalia. On the Constitution, the courts and the Rule of Law*. Edited by Jeffrey Sutton and Edward Whelan. Crown Forum: New York, 2020, p.26.

CONCLUSÃO

A corrente hoje preponderante no Direito Constitucional, denominada neoconstitucionalismo, alargou as possibilidades interpretativas e o próprio conteúdo das constituições, levando a um panconstitucionalismo, em que tudo pode conter aspectos constitucionais a serem apreciados pelas cortes constitucionais. Ao mesmo tempo, os conceitos de supremacia da Constituição e do “judicial review” foram reforçados, o que rompeu o equilíbrio entre os poderes, com evidente preponderância do Judiciário, em especial das supremas cortes ou cortes constitucionais, que têm a última palavra sobre tudo, sobrepondo-se aos poderes eleitos pelo voto popular.

Com isso a democracia vem sendo atingida em sua essência e substituída por uma juristocracia.

A destruição da democracia pela juristocracia somente será evitada com a instituição ou o reforço de mecanismos de freios e contrapesos entre os Poderes e com a desconstrução do panconstitucionalismo e a revalorização da lei, como fruto do processo democrático no qual ela é discutida e aprovada por um Poder democraticamente eleito, podendo ser vetada em certas situações pelo Executivo, e submetida ao controle de constitucionalidade por um Poder Judiciário sereno e autocontido. O princípio da legalidade deve nortear as relações jurídicas.

Além disso, se faz necessário resgatar a rígida separação dos poderes como uma das principais regras da Constituição, a mais importante defesa contra a tirania.

Tanto nós como advogados e cidadãos, como nossas entidades do Sistema Indústria: CNI, Federações, SESI, SENAI e IEL; estamos sujeitos aos efeitos nocivos da deteriorização da democracia por meio desta nova ordem política, e, portanto, precisamos compreender o que está acontecendo para podermos melhor exercer nossas funções e defender nossas entidades, e acima de tudo, a segurança jurídica e a democracia.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. “*Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*”, artigo publicado na revista *Direito e práxis*, Volume 09, nº4, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª. Edição – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia assumiu o poder*. 1ª. Edição. Londrina, PR: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPITAN, Henry. *Vocabulário Jurídico*. Reimpressão. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

CHURCHILL, Winston. *The great Republic – a history of America*. Nova Iorque: Random House 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ªedição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Notas sobre o Direito Constitucional moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”, in *Revista de Direito Administrativo* n. 250, jan/abr 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Justiça Constitucional e Democracia”, in: *Revista da Escola de Magistratura do TRF da 4ª. Região*, n.10.

GRILO, Ludmila Lins. *Aula 11- “Tecnocracia A Religião da Ciência” do Curso Direito e Guerra Cultural*. Jusdetox, 2021.

HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo/Ran Hirschl*; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HOLLANDA, Sergio Buarque de. *História da civilização- curso moderno*. 8ª. edição. São Paulo: Editora Nacional, 1980.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de A. C..*Ativismo judicial disfuncional nos contratos*. São Paulo:Editora IASP, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. *The spirit of laws*. Chicago: Willian Benton, Publisher – Encyclopaedia Britannica, Inc, 1952.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. *Sereis como deuses: O STF e a subversão da justiça*/Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan organizadora. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A. – Educação Direito e Alta Cultura, 2021.

REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1963. RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. - 4ª. Edição. Brasília:

Editora Universidade de Brasília, e São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982, Tomo III.

SCALIA, Antonin. *The Essential Scalia. On the Constitution, the courts and the Rule of Law*. Edited by Jeffrey Sutton and Edward Whelan. Crown Forum: New York, 2020.

SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural* Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2020.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

V. FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*, 2ª. Edição, Salvador: Editora JusPodium, 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

WEBER, Max. *Economia e sociedade, vol. 1*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



2 – DESAFIOS JURÍDICOS E BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA APLICADAS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DO SISTEMA INDÚSTRIA

Diogo de Souza e Mello

Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
Centro de Tecnologia da Indústria Química e Têxtil – SENAI CETIQT

1 INTRODUÇÃO

A inteligência artificial¹ é um assunto fascinante que já faz parte do nosso cotidiano. Sua presença pode ser notada em vários setores: poder judiciário, sistema bancário, redes de saúde, nas relações de consumo, no setor industrial, entre outros. Em alguns casos essa tecnologia tem até nome, como a “Bia” do banco Bradesco, a “Alexa” da Amazon, a “Siri” da Apple, o “Watson” da IBM e do “Victor” no Supremo Tribunal Federal.

Uma pesquisa publicada em 2017 na Harvard Business Review², esclareceu na ocasião que as empresas usavam a I.A. *principalmente* para: *detectar e impedir intrusões de segurança 44%; resolver problemas de tecnologia dos usuários 41%; reduzir o trabalho de gerenciamento de produção 34%; avaliar a conformidade interna ao usar fornecedores aprovados 34%*. Atualmente, segundo a Forbes Technology³, podemos incluir também: *cibersegurança; previsão de demanda; perfil do consumidor; gestão de risco; treinamento de habilidades; chatbots e experiência do usuário; gerenciamento de capacidade de rede; monitoramento de atividades; marketing personalizado*, entre outros.

Em abril de 2021 foi publicada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial⁴ que tem como objetivos, entre outros, contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso de I.A. responsáveis. Por sua vez, a Câmara dos Deputados aprovou em setembro 2021 o Projeto de Lei nº 21/2020 que institui o Marco Legal da Inteligência artificial.

O texto do projeto estabelece que são fundamentos da “I.A.” no Brasil: *a inovação, a ética, a livre iniciativa, a não discriminação, a harmonização com a lei geral de proteção de dados pessoais, o marco civil da internet e o código de defesa do consumidor*. O Legislador dá sinais de que os valores éticos perfazem um conjunto de instrumentos absolutamente fundamentais para as tecnologias que utilizam a inteligência artificial. Foram realizadas, inclusive, audiências públicas para subsidiar a elaboração de substitutivo ao PL nº 21, e, também, aos demais que tratam sobre a mesma matéria: PL 5.051/2019, e PL 872/2021 que buscam estabelecer as regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da I.A. no Brasil.

¹ I.A. (Inteligência Artificial).

² Revista digital da Universidade de Harvard. How Companies Are Already Using AI – 14/04/2017 Disponível em <https://hbr.org/2017/04/how-companies-are-already-using-ai> [acesso em 08/04/2022].

³ Forbes Technology Council. Disponível em <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/09/16-negocios-e-industrias-que-estao-sendo-revolucionadas-pela-inteligencia-artificial/> acesso em 04/07/2022.

⁴ Portaria nº 4.617/2021 - Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/educacao-e-pesquisa/2021/04/publicada-estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial>. [acesso em 29/07/2022].

A relevância do tema é ampla, despertando interesses de vários setores da sociedade. No mês de maio de 2022, *em evento realizado pela CNI*, quando do lançamento do “Comitê de Governança para a Indústria”⁵, com participação do Dr. Robson Braga, *presidente da CNI*; Cristhine Samorini, *Presidente da FINDES*; Walter Schalka, *Presidente da Suzano* e Dr. Augusto Nardes *Ministro do TCU*, foram destacados relevantes aspectos da governança, em especial: i) a transparência e ii) as boas práticas de gestão, elementos fundamentais para a prática diária e sucesso da governança, não só para o Sistema Indústria, mas sobretudo para o Estado brasileiro.

Schalka, destacou a necessidade de uma combinação de agilidade (desburocratização/delegação), compliance, e segurança nas indústrias. Para atingir essa combinação afirmou, corretamente que: “*temos que investir muito em digitalização e inteligência artificial para que os processos sejam mais ágeis e possam gerar um processo de decisão mais imediato na organização*”. Em síntese, concluiu que essa combinação de fatores com o uso da I.A. é o que vai permitir ganho de produtividade na indústria brasileira com responsabilidade social e boas práticas de governança.

No mesmo mês foi realizada a 6^o *Reunião Ordinária da Comissão CJSUBIA*⁶ (*Senado Federal*), com a finalidade de apresentar um balanço sobre as audiências públicas⁷ realizadas. A relatora da Comissão, Dr.^a Laura Schertel Mendes ratificou a necessidade de se ter “*máxima cautela na questão regulatória e buscar uma discussão multisetorial, plural e diversa*” e que é preciso considerar a diversidade de aplicações da I.A. e seus contextos e não, elaborar uma única regra para todas as suas situações.

A comissão organizou a discussão sobre a I.A. a partir de **quatro eixos temáticos**: (i) conceitos, compreensão e classificação de I.A.; (ii) impactos da I.A.; (iii) direitos e deveres; e (iv) accountability (prestação de contas, responsabilidade governança e fiscalização). Um dos elementos de maior relevância diz respeito aos princípios éticos.

Existe um consenso acerca da justificativa para o tratamento legislativo sobre a inteligência artificial, que decorre da necessidade de regulação, como forma de mitigação dos seus riscos. São exemplos de riscos: a hiper vigilância, perda de autonomia, riscos de discriminação e risco à participação democrática.

⁵ Realizado em 03/05/2022. CNI. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Gk5-Ewi320A> –

⁶ Reunião de 18/05/2022 - CJSUBIA Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil – Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?0&reuniao=10761&cod-col=2504>.

⁷ PL nº 21

A regulação, o uso ético e a governança da I.A. representam desafios sensíveis do ponto de vista jurídico, ganhando cada vez mais destaque na sociedade. Nesse contexto é que será apresentado e desenvolvido o presente estudo jurídico, para, a partir da compreensão dos seus desafios, propor estratégias de atuação para o uso e desenvolvimento da inteligência artificial no âmbito do Sistema Indústria.

O trabalho está organizado em **quatro tópicos**. O *primeiro* apresenta a I.A., a partir do seu conceito, suas características e aplicações, com o propósito de mapear os riscos e os impactos decorrentes dessa tecnologia. O segundo tem como foco, compreender os dilemas éticos e seus desafios jurídicos. No *terceiro*, tomando como base a referência de um modelo ético, estabeleceremos a necessidade de adoção de estruturas de governança na perspectiva do Sistema Indústria, visando as boas práticas no contexto da inteligência artificial. No *quarto* e último tópico, serão apresentadas propostas estratégicas de atuação para assegurar que a construção de produtos, serviços e processos internos baseados, formatados ou criados com inteligência artificial, estejam parametrizados e alinhados com marco legislativo que se pretende instituir, e com as boas práticas de governança, fundamentada pelos valores éticos.

Não se pretende esgotar todas as vertentes do tema, mas sim, contextualizar o cerne da discussão, traçando um norte jurídico seguro, buscando a construção de uma agenda ética de governança, desenvolvimento, aplicação e uso da inteligência artificial no âmbito das atividades do Sistema Indústria, sem descuidar da inovação e do desenvolvimento tecnológico.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E APLICAÇÕES

Improvável na atualidade que o profissional do direito escape do enfrentamento que abrange as novas tecnologias e seus impactos nos direitos da personalidade humana, sobretudo, os impactos sociais, os econômicos e os dilemas éticos relacionados à inteligência artificial.

A expansão mais recente da I.A. desde seus primórdios, com os estudos do Professor Alan Turing⁸, decorre de dois fatores principais: i) Aumento da capacidade computacional (recursos tecnológicos) e ii) Big data, enorme quantidade de dados com melhor classificação qualitativa.

⁸ Alan Mathison Turing. Matemático, cientista da computação, filósofo Britânico. 1912/1954. Considerado pai da ciência da computação teórica e da inteligência artificial. (https://www.ebiografia.com/alan_turing/ [acesso em 08/05/2022]).

Na sua forma mais simples a inteligência artificial pode ser entendida como um campo que combina a ciência da computação a conjuntos de dados robustos para permitir a resolução de problemas. Engloba os campos secundários de machine learning e deep learning”⁹.

John McCarthy¹⁰ conceitua que a (IA) “É a ciência e a engenharia de fabricar máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Ela está relacionada à tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa se limitar aos métodos biologicamente observáveis”¹¹.

Interessante o conceito de I.A. defendido por Dora Kaufman¹²: “a mais relevante apropriação das tecnologias na contemporaneidade, a I.A. propicia a simbiose entre humano e máquina ao acoplar sistemas inteligentes artificiais ao corpo humano e, por meio da interação entre homem e máquina, como duas “espécies” distintas conectadas.”¹³ Kaufman, destaca que entre tantas tecnologias, o caso da I.A. é diferenciado justamente por retirar da exclusividade da raça humana o fator inteligência. Para a professora da PUC/SP: “Qualquer nova tecnologia coloca na pauta inéditos desafios, mais ou menos complexos em função dos seus impactos na sociedade. O caso da Inteligência Artificial é ímpar: a “inteligência” tem sido historicamente um atributo de distinção da espécie humana vis-a-vis as demais espécies; com a IA emergem entidades não humanas dotadas de inteligência e, em breve, superior a própria inteligência humana.”¹⁴

Sem prejuízo destes conceitos, relevante examinar a definição de “Inteligência Artificial” contida no Projeto de Lei nº 21/2020 já aprovado pela Câmara dos Deputados, que institui o “Marco Legal da Inteligência Artificial”. Para fins do art. 2º do PL 21/2020 considera-se I.A: “o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais”.

⁹ Conforme definição pela IBM Cloud Education – artigo IBM Cloud Learn Hub – O que é Inteligência Artificial (IA) IBM Brasil. 03/06/2020 – disponível em <https://www.ibm.com.br/br-pt/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>. [acesso em 06/05/2022].

¹⁰ Cientista da computação norte americano (1927-2011) conhecido pelos estudos no campo da inteligência artificial. Criador da linguagem de programação Lisp. Universidade Stanford; MIT; Universidade de Princeton. Ganador do prêmio Turing. Ganador da Medalha Nacional de Ciências e da Medalha Benjamin Franklin. Fonte: Biografia disponível em <http://jmc.stanford.edu/general/biographi.html>. [acesso em 08/05/2022].

¹¹ McCarthy, John. What is Artificial Intelligence?. Stanford University. Revised nov. 2007 <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>. [acesso em 08/05/2022].

¹² Professora da PUC/SP. Pesquisadora e Pós-Doutoranda da Coppe/Univ. Federal do RJ. Doutora em Comunicação pela ECA/USP. Membro do Grupo de Pesquisa em Comunicação Atopos ECA/USP.

¹³ KAUFMAN, Dora. Inteligência Artificial: questões éticas a serem enfrentadas. Disponível em https://abciber.org.br/anais-eletronicos/wpcontent/uploads/2016/trabalhos/inteligencia_artificial_questoes_eticas_a_serem_enfrentadas_dora_kaufman.pdf [acesso em 12/05/2022].

¹⁴ KAUFMAN, op. cit.

A Inteligência artificial, portanto, universaliza um conjunto de tecnologias baseadas ou não em algoritmos, tendo como principal atributo a capacidade de tomar decisões sem intervenção humana. Introduzido o elemento conceitual podemos, *no contexto deste estudo*, avançar para as características principais que estão inseridas na I.A., em especial, no setor produtivo.

No setor industrial a I.A. protagoniza um papel de destaque, proporcionando **três vantagens competitivas**: negócios com maior eficiência, menor custo e baixa índice de falhas operacionais.

Todavia, em boa parte das suas possíveis aplicações, também é marcante a produção de impactos, que por muitas vezes, se apresentam através de incertezas e riscos que nem sempre são previsíveis. A precaução aparece como palavra-chave na difícil tarefa de remediar esse desafio grandioso. Convém ressaltar que nem toda inteligência artificial gera um nível de preocupação acentuado, como no caso da inteligência artificial aplicada ao chão de fábrica, exemplo de menor risco.

Por outro lado, as tecnologias capazes de automatizar a tomada de decisão, *por* serem capazes de desempenhar tarefas genuinamente humanas, logo, dotadas de uma racionalidade e uma inteligência ímpar, são exemplos que podem trazer maior risco, atraindo dilemas éticos, assunto que será abordado no próximo tópico.

Ainda sobre as características marcantes de aplicação da I.A. nos setores produtivos, podemos citar a *reflexão tecnológica e a social*. Os elementos que retratam essas duas características¹⁵ são: (i) o papel dos dados no desenvolvimento da inteligência artificial; ii) o uso das tecnologias auxiliares, como sensores e Internet das coisas - IoT; iii) capacidades computacionais; e iv) modelos de negócio baseados na rastreabilidade das ações humanas (coleta de dados devida ou indevida).

Com relação aos dados pessoais, *uma das fontes que nutre a I.A.*, inegável concluir que a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹⁶) oferece segurança jurídica ao titular dos dados, como também para que as empresas possam investir na adoção de novas tecnologias, além de estabelecer parâmetros de proteção e segurança de dados exigidos em negociações com outros países e indústrias estrangeiras, a exemplo das transações com empresas que compõe o bloco da União Europeia. Cumpre destacar a Diretiva da UE¹⁷ 95/46/CE que

¹⁵ Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/educacao-e-pesquisa/2021/04/publicada-estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial>. [acesso em 29/07/2022].

¹⁶ Iniciativa legislativa brasileira que seguiu a trilha e estrutura da GDPR - *General Data Protection Regulation* ou 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. Regulamento disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt. Acesso em: 16/07/2022.

¹⁷ União Europeia

trata do tema “proteção de dados” definiu que decisões automatizadas não podem servir de base exclusiva para a tomada de decisão quando houver efetiva possibilidade de afetar direitos e garantidas do cidadão.

Outra característica da inteligência artificial, diz respeito ao amplo referencial legislativo (no contexto da sua regulação) atraindo não apenas a LGPD, mas também o 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, e ainda, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Lei 8.078/90, o chamado “Marco Legal da Inovação” (Novo marco de CT&I) Lei nº 13.243 de 2016, exemplo de norma que cria, fomenta e oferece esse ambiente mais seguro para a ciência, tecnologia e inovação e o Decreto 8.771/2016 que instituiu a Política de Dados Abertos do Poder Executivo.

Entre as espécies de inteligência artificial, embora não seja o foco deste trabalho jurídico¹⁸, podemos destacar algumas modalidades tais como: Machine Learning; Deep Learning; Reinforcement Learning; Natural language processing; Algorithmic Game Theory; Neuromorphic Computing.

Quanto ao uso da I.A, são exemplos utilizados no setor produtivo entre outros: logística e transporte; serviços financeiros; assistentes virtuais; marketing e publicidade, etc. Vejamos agora, múltiplas aplicações que usualmente são verificadas no caso da I.A, citamos as mais comuns: reconhecimento de voz; atendimento ao cliente; visão computacional; mecanismos de recomendação; negociação de ações (carteira de ações) automatizadas. Destacam-se também, algumas tecnologias emergentes tais como: impressão 3D; genética; realidade virtual; realidade aumentada; nano tecnologia; nuvem; blockchain; energias renováveis; big data; robótica; internet das coisas.

Não se pode perder de vista outros temas transversais relevantes ao setor industrial, como é o caso da aplicação e da proteção dos direitos de propriedade intelectual (DPI). Eventual regulação que seja proposta neste setor deve ser cristalina quanto aos direitos autorais, e deve prever um novo modelo de limitação aos direitos autorais para mineração de textos e dados, do mesmo modo que permanecem relevantes o desenho industrial, as marcas e patentes.

Seja no setor produtivo ou fora dele, é razoável admitir que a máquina ultrapassará a inteligência humana sendo capaz de realizar e processar informações e dados, solucionando e tomando decisões através de aprendizado, bem como, sendo capaz de produzir previsões. Com este cenário mapeado não há dúvida de que os dilemas humanos genuínos (aqueles

¹⁸ Para fins deste trabalho todos esses termos serão denominados Inteligência Artificial.

onde a figura do homem está no centro do debate) atraem a discussão sobre a ética na inteligência artificial.

3 DILEMAS ÉTICOS NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.

Em 1997 foi divulgado estudo sobre a clonagem da ovelha Dolly. Houve intensa cobertura midiática e repercussão mundial gerando acalorados debates. Consequência desta novidade, a possibilidade da clonagem de seres humanos deixou um legado de aprendizagem sobre os limites éticos que devem ser observados. O Vaticano foi contra a clonagem de animais e humanos. Vários países proibiram a destinação de verbas públicas para pesquisas nesse tema. Percorrido todo esse tempo, novamente estamos diante de uma nova tecnologia (I.A.) que nos impulsiona na discussão e na reflexão sobre os limites éticos aplicados à inteligência artificial.

A pessoa humana transita por um espaço novo, deparando-se tanto com valores modernos como conservadores, (*ou com a inexistência deles*), e ainda, com a possibilidade de coexistir com uma inteligência artificial desprovida de concepções de responsabilidade, regulação mínima, transparência e ética. Com essa mínima constatação já podemos afirmar que o desenvolvimento e o uso de tecnologias que automatizam a tomada de decisão, dotados de uma racionalidade e inteligência computacional, representam maior risco social ao homem, logo, protagonizando dilemas éticos universais.

Salutar, portanto, que o desenvolvimento da inteligência artificial seja responsável e ético, abrindo caminho para as boas práticas de governança. Como uma luva é a lembrança do professor Fabio Konder¹⁹, citando o ensinamento de *HEGEL* “*A história é um drama universal*”. Posto isso, qual seria o papel da ciência jurídica frente ao desenvolvimento tecnológico? Os valores éticos são fundamentos para limitar, de alguma forma a Inteligência Artificial? Essa necessária compatibilização é o cerne deste tópico, especialmente, quando determinadas decisões forem tomadas pela I.A.

Em que pese o texto do PL 21/2020, ainda não temos a definição de um marco regulatório sobre I.A no Brasil, contudo, não se pode negar a existência de um direito, seja ele qual for, pelo simples fato de não haver lei. Em outro vértice, estando o homem no centro desta relação com a I.A., existe uma raiz ética amparada no princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, que nos permite concluir, que na ausência dos valores legais (regulatórios),

¹⁹ COMPARATO. Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2006.

obrigatoriamente se apresentam os legítimos os valores éticos. A razão dessa conclusão está no paradigma da pessoa humana. Nos ensinamentos de Fábio Konder Comparato “O paradigma da pessoa humana reúne em si a totalidade dos valores; ela é o supremo critério axiológico a orientar a vida de cada um de nós”²⁰.

A ciência jurídica e as leis normalmente estão sempre atrasadas em relação a tecnologia. A Ética não. A cronologia natural legitima e credencia a ética para esse protagonismo e liderança do debate.

Vejamos agora alguns dilemas éticos presentes na inteligência artificial que consideramos relevantes para o propósito deste estudo, tomando como base a agenda do Fórum Econômico Mundial²¹ e os ensinamentos de Kaufman: discriminação; desemprego; desigualdade; estupidéz artificial; racismo algorítmico e robótico; segurança; singularidade.

No excelente artigo “Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal”²² também foram muito bem dimensionados os seguintes dilemas: Redução do controle humano; Remoção da responsabilidade humana; Desvalorização de competências humanas; Erosão da autodeterminação humana; Facilitação de condutas humanas controversas ou mesmo malévolas; Preconceito e injustiça; Benefícios e oportunidades da IA; Cuidados de saúde; Acessibilidade; Agricultura e meio ambiente; Transporte.

E, se as máquinas podem aprender com o comportamento humano, (com as práticas humanas em geral), então, não é impossível que os desvios de comportamento, nossos erros, nossa falta de ética, sejam assimiladas e adotadas pela inteligência artificial. Este desfecho pode ser extraído do mesmo artigo quando afirmam que: “... Isto é particularmente verdadeiro no caso da IA, na qual os algoritmos são treinados de maneira a informar ou apoiar decisões que refletem (ou deixam de refletir) tantos os valores como os seus preconceitos humanos. Os sistemas de IA - sem salvaguardas adequadas - podem herdar e propagar preconceitos existentes nos dados em que foram treinados. É o caso de modelos treinados em dados em que as minorias são sub-representadas e, portanto, não aparecem bem refletidas, o que levanta questões de potencial preconceito e discriminação, nomeadamente em decisões automatizadas em matéria de emprego, habitação, crédito e justiça criminal.”²³.

²⁰ COMPARATO. op. cit. pág. 478.

²¹ World Economic Forum. Top ethical issues in artificial intelligence disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/10/top-10-ethical-issues-in-artificial-intelligence/> [acesso em 06/06/2022].

²² Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Revista de Ciências Jurídicas Pensar. <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>. [acesso em 21/06/2022]. Autores Danilo Doneda, Laura Schertel Mendes, Carlos Affonso e Norberto Nuno.

²³ op. cit.

Examinando estes dilemas éticos podemos definir que os protagonistas, são aqueles com capacidade de violar a dignidade da pessoa humana enquanto princípio universal. Na prática, são os que ofendem ou tem maior potencial de violar os direitos da personalidade. São exemplos os dilemas do preconceito e da injustiça, intrinsecamente relacionados aos algoritmos. Então, quais seriam os direitos envolvidos? Sem dúvida que são os direitos fundamentais, que por sua vez devem ser preservados e levados em consideração no tema da I.A.

Nesse ponto, o questionamento que surge é sobre como enfrentar esses desafios. O primeiro passo para enfrentar esses dilemas é atuar na limitação e na restrição desde à sua concepção. A quem defenda que algumas tecnologias de “I.A” sequer podem ser concebidas, por exemplo, uma I.A que manipule o comportamento humano.

Não é sem propósito que a “Carta Ética Europeia” sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente²⁴, elaborada pela Comissão Europeia para “Eficiência da Justiça” **elencas 5 importantes princípios que limitam a inteligência artificial:** **1)** Respeito aos direitos fundamentais (“*Principle of respect for fundamental rights*”) – com o intuito de garantir que a concepção (design) e a aplicabilidade e criação das ferramentas de IA sejam compatíveis com os direitos já estabelecidos; **2)** A não discriminação (“*Principle of non-discrimination*”) – com finalidade de evitar o surgimento ou ampliação de discriminação (todas as formas) tanto no contexto individual como no coletivo; **3)** Qualidade e Segurança – (“*Principle of quality and security*”) – Preconiza que em sede judicial as fontes de fundamentação devem ser seguras proporcionando um ambiente tecnológico confiável; **4)** Transparência, imparcialidade e justiça – (“*Principle of transparency, impartiality and fairness*”) – No sentido de tornar os métodos de processamento de dados acessíveis, inteligíveis e passíveis de submissão a auditorias externas; **5)** Controle do usuário (“*Principle under user control*”) – Com a finalidade de garantir que os usuários mantenham o controle sobre suas escolhas.

A Vice-presidente executiva de *Uma Europa Preparada para a Era Digital – (A Europe Fit for the Digital Age)* Margrethe Vestager²⁵, comentando a proposta das novas regras sobre a I.A.²⁶, declarou que “*No domínio da inteligência artificial, a confiança é um imperativo, não um acessório. (...) Ao estabelecermos as normas, podemos abrir caminho à tecnologia ética em todo o mundo e garantir simultaneamente que a UE se mantenha competitiva. (...) as nossas regras*

²⁴ European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, no original em inglês. Integra disponível em <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment> [acesso em 25/06/2022].

²⁵ Comissário Europeu da Economia Digital e Sociedade. 2019-2024. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_21_1682. [acesso em 11/05/2022].

²⁶ Proposta de regulação da I.A do Parlamento Europeu de 21/04/2021 - 2021/0106 (COD). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>. [acesso em 11/05/2022].

serão aplicadas quando estritamente necessário: sempre que se trate da segurança e dos direitos fundamentais dos cidadãos da EU.”

Concretizar uma I.A. concebida, desde sua origem²⁷, com valores éticos, portanto, é um desafio prático com roupagem regulatória, que exige parâmetros jurídicos e éticos bem definidos, para conceber boas práticas de governança.

O princípio da “dignidade da pessoa humana”, ao lado dos valores éticos, é concebido, portanto, como fundamento de toda vida ética tendo sua origem nas normas universais de comportamento. Os valores éticos, por sua vez, estão legitimados e fraternalmente abraçados na dignidade da pessoa humana, gozando de proteção constitucional no seu sentido amplo.

Reforça essa conclusão 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 em sua correspondência, nem ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”* Nesse mesmo sentido a CF de 1988 estabelece 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”*.

Legitimado o necessário respeito aos valores éticos, podemos propor uma reflexão objetiva, capaz de estabelecer a concepção ética na origem da inteligência artificial, especialmente nas modalidades que possam representar algum tipo de risco nos casos em que a decisão seja automatizada.

4 GOVERNANÇA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA INDÚSTRIA

Em paralelo à discussão regulatória e ética são debatidas e propostas estruturas de governança, que por sua vez, ganham especial importância no âmbito do Sistema Indústria conforme mencionado na introdução deste estudo. Não é sem propósito que a necessidade de investir na inteligência artificial e na adoção das boas práticas de governança foi destacado no evento de lançamento do “Comitê de Governança para a Indústria”.

²⁷ Ethics by design.

As boas práticas de governança corporativa traduzem princípios conceituais em recomendações práticas e objetivas visando ao final a qualidade e eficiência da gestão da organização. Podemos definir a Governança Corporativa com base no conceito do IBGC²⁸, resumidamente: “*como um sistema pelo qual as organizações e empresas são dirigidas e monitoradas e incentivadas tanto envolvendo os relacionamentos entre os sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas*”.

São elementos fundamentais para a prática diária e o sucesso da governança, no Sistema Indústria, em especial: I) a transparência e II) as boas práticas de gestão.

A corrida pela digitalização e inteligência artificial depende essencialmente de investimentos, tendo como norte, que os processos produtivos sejam mais ágeis e possam gerar análise e processamento de dados para melhores decisões de forma imediata. A combinação de uma gestão desburocratizada e delegatória, com o compliance e a segurança efetiva do setor industrial, cruza, obrigatoriamente, a estrada da inteligência artificial. Todavia, é imperioso saber como investir, e no que investir, e nas estruturas de governança voltadas para a I.A.

Considerando as características da inteligência artificial já mencionadas, suas diversas aplicações e sua alimentação com dados diversos, propõe-se, como ponto de partida, duas atividades iniciais. A introdução de mapeamentos de rotina para que se possa fazer uma gestão de risco inicial, e a implementação de uma gestão de monitoramento e de supervisão quanto ao uso de sistemas e plataformas de I.A.

Essas duas formulações têm origem na proposta de uma curadoria e seleção de dados utilizados no aprendizado de máquina, como sugerido na EBIA²⁹. Nesse sentido são quatro os parâmetros que devem ser adotados desde a concepção da IA: I) *Privacy by Design*, II) *Security by design*, III) *Human rights by design* IV) *Ethics by design*. As quatro soluções tecnológicas acima são a base principiológica fundamental no contexto de uma I.A que respeite desde a sua concepção os direitos humanos, a segurança dos dados e da privacidade, e os valores éticos.

Em outras palavras, a governança para a inteligência artificial deve ser customizada, para assim permitir eficiência e ganhos na produtividade, sem perder de foco a responsabilidade social e o desenvolvimento tecnológico. Inteligência artificial tem tudo a ver com competitividade. Tal afirmação decorre do aprendizado de máquina nos sistemas de I.A., por isso,

²⁸ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em <https://www.ibgc.org.br>

²⁹ Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. op. cit.

é salutar que o setor produtivo industrial compreenda que essa experiência acumulada de dados e informações sejam traduzidas e realizadas como novos formatos de competitividade.

Para extrair benefícios dessa I.A., é necessário alimentá-la. Logo, as indústrias precisam de dados e informações diversas. Como fazer? Entre outras possibilidades, é possível investir na criação de plataformas digitais de engajamento, ecossistemas, portais de conteúdo e aplicativos que juntos permitam atingir um grande número de usuários, clientes, internautas, cadeia de fornecedores, etc. todos gerando milhares de dados.

Além dessas medidas, também ganha força, por afetação ao princípio da transparência, que se estabeleçam medidas técnicas capazes de rastreabilidade, e metodologias transparentes e auditáveis. Não menos importante é que o setor produtivo estabeleça estruturas de governança de I.A. capazes de observar os princípios básicos para mitigação de riscos, conforme elementos contidos na carta ética da União Europeia citada no tópico anterior, em especial, para as tecnologias que representem maior potencial danoso.

Tais medidas, ainda que não expressas em norma vigente, já possuem aderência regulatória ao texto que se pretende aprovar na casa legislativa e princípios éticos contidos na proposta regulatória do Parlamento Europeu, valendo lembrar, *conforme mencionado no início deste estudo*, que entre os quatro eixos temáticos definidos pela Comissão designada pelo Senado Federal para elaboração de texto legal sobre a I.A., situa-se o eixo: “accountability” (governança e responsabilidade - prestação de contas e fiscalização).

Corroborando a importância do tema, o *Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP)* realizou evento³⁰ sobre “Governança, ética e inteligência artificial” com finalidade de discutir os desafios para a criação de uma cultura de boas práticas de governança corporativa, diante de três preocupações que tratamos neste estudo: transparência, privacidade e ética. A preocupação e as customizações de governança para inteligência artificial já estão ocorrendo e sendo implementadas.

A Plataforma digital “itforum.com.br” noticiou em outubro de 2021, que um grupo de indústrias de Singapura lançou um **guia**³¹ **auxiliar para as empresas adotarem inteligência artificial com ética e governança**.

³⁰ Evento realizado em nov.2021 – fonte: <https://portal.fgv.br/noticias/governanca-etica-e-inteligencia-artificial-sao-as-suntos-debate-online> [acesso em 04/08/2022].

³¹ Guia: AI Ethics & Governance Body of Knowledge (Bok) – Elaborado pelo Singapore Computer Society SCS – (grupo da indústria fundado em 1967). Disponível em <https://ai-ethics-bok.scs.org.sg/> [acesso em 03/08/2022].

O documento orienta que a tomada de decisão sobre o uso de tecnologia deva ser feita com centralidade no ser humano. O documento denominado (BOK) foi desenvolvido com base no “*Model AI Governance Framework de Singapura*” lançado pelo governo de Singapura.

Em resumo, busca-se colocar em prática os princípios éticos no processo de desenvolvimento de Inteligência Artificial aplicados à governança. Aplicar, usar, conhecer e desenvolver inteligência artificial é um caminho para toda e qualquer empresa se tornar inteligentes.

5 ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO PARA O SISTEMA INDÚSTRIA

Para uma atuação harmônica e estratégica sobre inteligência artificial no sistema indústria é preciso definir os seus pilares de sustentação. Com base nos tópicos apresentados neste estudo identificamos **três caminhos estratégicos**: o regulatório, a governança e a ética.

Do ponto de vista regulatório, a proposta estratégica que parece melhor se adaptar aos contornos do setor industrial é pela defesa de uma regulação capaz de prever e identificar os diferentes níveis e tipos de riscos, como também de permitir e possibilitar a pesquisa, a inovação, e o desenvolvimento tecnológico. Trata-se de uma pauta legislativa absolutamente relevante ao sistema indústria.

Como o assunto já está sendo tratado em audiências públicas em razão do PL nº 21, e, também, aos demais que tratam sobre a mesma matéria: PL 5.051/2019, e PL 872/2021 é recomendável acompanhar e monitorar a evolução do texto legislativo.

Os quatro eixos temáticos são: (i) conceitos, compreensão e classificação de I.A; (ii) impactos da I.A; (iii) direitos e deveres; e (iv) accountability (prestação de contas e responsabilidade, governança e fiscalização).

Necessário pavimentar um arcabouço regulatório de I.A. apropriado ao contexto brasileiro, que leve em consideração as realidades, os desafios e as oportunidades locais. Fundamental que se tenha clareza do que se quer regular e como regular.

Do ponto de vista da governança, inicialmente devem ser estabelecidas diretrizes para implementação de uma gestão de monitoramento e de supervisão quanto ao uso de sistemas e plataformas de IA. Trata-se de necessário mapeamento para que se possa fazer uma gestão de risco inicial.

Sem prejuízo da primeira, são estratégias de cunho estrutural: i) criação de ecossistemas de governança do uso de I.A.; ii) criação de um observatório de inteligência artificial pelo sistema indústria.

São exemplos práticos que podem ser extraídos das estratégias: I) designação de indivíduos, ou grupos dentro da organização para promover a conformidade com princípios éticos; II) incentivar projetos internos e adotar orientações de mudança cultural organizacional reforçando a importância desta conformidade; III) incentivar treinamentos e aprendizado; IV) criar fóruns de discussões específicos direcionados à conformidade; V) criação de comitês de ética em relação à I.A. ou conselhos técnicos de revisão de dados.

A criação de plataformas digitais de engajamento, ecossistemas, portais de conteúdo e aplicativos, permite atingir grande número de usuários gerando milhares de dados, por outro lado, exige boas práticas de governança e estratégia.

Vale acrescentar outra sugestão estratégica muito bem formulada pela EBIA, no sentido de que sejam adotadas base de dados abertas em conformidade com a LGPD, para o amplo desenvolvimento de estudos e aplicações que envolvam a IA. Para operar esse modelo recomenda-se o uso de *sandboxes regulatórios*³².

Do ponto de vista do pilar ético, outra medida estratégica de controle poderia se dar através da obrigatoriedade da criação de comitês de ética para a inteligência artificial, especialmente recomendável pelas instituições, empresas e indústrias que pesquisam, ou desenvolvem tecnologias de IA. Esses comitês além fiscalizar e aprovar determinados projetos, por evidente, devem possuir membros com formações diversas, visando uma composição multidisciplinar e que represente a diversidade (realizando um crivo social)³³.

Propõe-se ainda, que seja constituída a “Carta Ética da Indústria para a Inteligência Artificial”, documento que poderia funcionar como um guia geral estabelecendo a construção de uma agenda ética de desenvolvimento, aplicação e uso da inteligência artificial no âmbito das atividades do Sistema Indústria, sem descuidar nem abrir mão, da inovação e do desenvolvimento tecnológico.

³² O Sandbox está previsto no Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador. Lei Complementar 182/21. Definindo como um ambiente regulatório experimental controlado pelos reguladores, voltado para as Startups desenvolverem seus modelos de negócios inovadores e testarem novas técnicas e tecnologias, produtos e serviços.

³³ Essa proposta não é novidade pois assim aconteceu no Brasil após o caso da ovelha Dolly, com a criação, na época, do CONEP. (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Res. 196/96 do Min. da Saúde).

A carta adotaria os quatro parâmetros a serem observados desde a concepção da IA: I) Privacy By Design, II) Security by design, III) Human rights by design IV) Ethics by design. As quatro soluções são a base principiológica fundamental dos direitos humanos, da segurança e privacidade dos dados, e os valores éticos.

O foco da política industrial contemporânea está na mudança estrutural e o aumento da competitividade e da produtividade. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) defende que a política industrial brasileira deve ter como foco o aumento da competitividade³⁴.

Espera-se que a partir desta formulação possa ser construída e aprimorada uma agenda de aperfeiçoamento da I.A no âmbito das atividades do Sistema Indústria.

6 CONCLUSÃO

A inteligência artificial combina a ciência da computação com conjuntos de dados robustos para permitir a resolução de problemas. Este conjunto de tecnologias baseadas ou não em algoritmos, estão capacitados para tomar decisões sem intervenção humana. Trata-se de tema atual que é de amplo interesse de toda a sociedade, assim sendo, também é de interesse do sistema indústria, suscitando discussões técnicas e jurídicas acerca da sua utilização, desenvolvimento, aplicação, e seus desafios nas interações humanas.

Os governos de diversos Países e, também, o Poder Legislativo brasileiro estão atentos aos valores éticos como premissas fundamentais para as tecnologias que utilizam a inteligência artificial. O governo alemão por exemplo, pretende que a I.A. fabricada na Alemanha se torne um selo de qualidade reconhecido mundialmente. A estratégia é garantir uma posição de destaque para a Alemanha como centro de pesquisa em Inteligência Artificial, aumentando sua competitividade e promovendo os vários usos da I.A. na sociedade, a fim de alcançar um progresso tangível no interesse de seus cidadãos, tal como divulgado na pesquisa³⁵ realizada pelo ITS – Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro divulgada em março de 2020, detalhando os planos estratégicos de desenvolvimento de inteligência artificial, realizado por países como Alemanha, Canadá, Comissão Europeia, China, e Estados Unidos.

De acordo com a pesquisa, a estrutura jurídica alemã será revisada para garantir que todos os aspectos relacionados a serviços, produtos e decisões baseados em algoritmos e em I.A. estejam regulados e destaca que o uso da tecnologia da I.A. não deve prejudicar os valores

³⁴ Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/politica-industrial/> [acesso em 03/08/2022].

³⁵ Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/03/RelatorioAI.pdf> [acesso em 11/06/2022].

fundamentais subjacentes à ordem democrática da República Federal da Alemanha, nem os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Inegável que os valores éticos oferecem as melhores respostas, para que se possa avaliar se determinada prática, ato ou conduta, ou determinado instituto ou tecnologia é bom ou ruim, justo ou injusto, leal ou desleal assim por diante. O princípio da “dignidade da pessoa humana”, é o fundamento que sustenta sua legitimação e validação como fator de limitação ou restrição no caso do desenvolvimento, aplicação e uso de algumas tecnologias de I.A. Desta forma, a I.A deve ser orientada e concebida, desde sua origem, com base nas premissas éticas, amparadas na dignidade da pessoa humana. Esse desafio prático se desdobra em três eixos: o regulatório, a governança, e os valores éticos.

Neste estudo vimos que os elementos para a prática diária e o sucesso da governança no Sistema Indústria, estão especialmente aglutinados na transparência e nas boas práticas de gestão. Por sua vez, as boas práticas devem ser orientadas por recomendações práticas e objetivas visando a qualidade e a eficiência da gestão organizacional.

Considerando as características e demais aspectos da inteligência artificial mencionadas neste estudo, somos favoráveis ao modelo de governança customizado de I.A, com objetivo na eficiência e ganhos na produtividade, sem perder de foco a responsabilidade social e o desenvolvimento tecnológico. Inteligência artificial é ao nosso ver, sinônimo de competitividade.

A intensidade do uso de novas tecnologias produtivas e a criação de interfaces inteligentes com toda a cadeia dos sistemas de produção deverão estimular o desenvolvimento de novos modelos de negócios e de governança.

A partir de senso crítico baseado nas pesquisas deste estudo, pode-se deduzir que a principal tecnologia que irá ditar e influenciar o mercado produtivo e de consumo é a Inteligência artificial, razão pela qual, nos esforçamos para elaborar uma proposta com viés estratégico, colocando o sistema indústria como protagonista e principal locomotiva no cenário nacional.

O setor industrial, *buscando a almejada competitividade tecnológica*, deve adotar uma postura pioneira liderando o engajamento para a utilização ética das tecnologias de I.A. ao mesmo tempo que fomenta a estruturação customizada do ecossistema de governança de I.A. Os desafios estão lançados.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2006.

KAUFMAN, Dora. Inteligência Artificial: questões éticas a serem enfrentadas. https://abci-ber.org.br/anaisletronicos/wpcontent/uploads/2016/trabalhos/inteligencia_artificial_questoes_eticas_a_serem_enfrentadas_dora_kaufman.pdf [acesso em 12/05/2022].

McCARTHY, John. What is Artificial Intelligence? Stanford University. Revised nov. 2007 <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>. [acesso em 08/05/2022]. www.coe.int - European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, no original em inglês. Integra disponível em <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment> [acesso em 25/06/2022]. www.ebiografia.com. Disponível em https://www.ebiografia.com/alan_turing/ [acesso em 08/05/2022].

www.ec.europa.eu - https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_21_1682. [acesso em 11/05/2022].

https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt. Acesso em: 16/07/2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>. [acesso em 11/05/2022].

Forbes Technology Council. Disponível em <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/09/16-negocios-e-industrias-que-estao-sendo-revolucionadas-pela-inteligencia-artificial/> acesso em 04/07/2022.

Guia: AI Ethics & Governance Body of Knowledge (Bok) – Elaborado pelo Singapore Computer Society SCS – (grupo da indústria fundado em 1967). Disponível em <https://ai-ethics-bok.scs.org.sg/> [acesso em 03/08/2022].

www.ibm.com. IBM Cloud Learn Hub – O que é Inteligência Artificial (IA) IBM Brasil. 03/06/2020 – disponível em <https://www.ibm.com.br/br-pt/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>. [acesso em 06/05/2022].

www.itsrio.org - <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/03/RelatorioAI.pdf> [acesso em 11/06/2022].

www.harvard.edu - Revista digital da Universidade de Harvard. How Companies Are Already Using AI – 14/04/2017. Disponível em <https://hbr.org/2017/04/how-companies-are-already-using-ai> [acesso em 08/04/2022].

www.stanford.edu. <http://jmc.stanford.edu/general/biographi.html>. [acesso em 08/05/2022].

<https://portal.fgv.br/noticias/governanca-etica-e-inteligencia-artificial-sao-assuntos-debate-online> [acesso em 04/08/2022].

<https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/politica-industrial/> [acesso em 03/08/2022].

www.unifor.br – DONEDA, Danilo; MENDES, Laura; AFFONSO, Carlos; NUNO, Norberto. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Revista de Ciências Jurídicas Pensar. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>. [acesso em 21/06/2022]. www.weforum.org - World Economic Forum. Top ethical issues in artificial intelligence disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/10/top-10-ethical-issues-in-artificial-intelligence/> [acesso em 06/06/2022].

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em www.gov.br [acesso em 26/06/2022].

Lei Complementar 182/2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm [acesso em 20/07/2022].

BRASIL. Portaria nº 4.617/2021 - Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações <https://www.gov.br/pt-br/noticias/educacao-e-pesquisa/2021/04/publicada-estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial>. [acesso em 29/07/2022].

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



3 – QUEM PODE SER ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS? PRINCIPAIS DESAFIOS DO SISTEMA S INDÚSTRIA NA ESCOLHA DO ENCARREGADO

Marcos Roberto Oliveira de Souza

Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No inciso VIII do art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, o Encarregado é definido como a “[...] *pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).*”

Originalmente o texto da LGPD trazia a previsão de que o encarregado deveria ser “pessoa natural”, contudo, tal previsão foi retirada com a edição da Medida Provisória nº 869, e depois a partir da vigência da Lei nº 13.853/2019, passando-se a admitir que tanto pessoas jurídicas como pessoas físicas pudessem exercer a função de encarregado, ou seja, as atribuições do encarregado podem ser exercidas também de forma terceirizada por empresas e não apenas por empregados ou pessoa físicas com vinculação direta ao controlador.

Da mesma forma, a Lei nº 13.853/2019 ainda suprimiu o §4º do art. 41 da LGPD, incluindo seus três incisos, e retirando, portanto, previsão quase que idêntica ao disposto no General Data Protection Regulation (GDPR), de que o encarregado deveria possuir conhecimento jurídico-regulatório e ter garantia de autonomia técnica e profissional no exercício do cargo.

2 ATRIBUIÇÕES DO ENCARREGADO NA LGPD E NO GDPR

Para se entender melhor as competências necessárias para ser um encarregado, bem como os limites da atuação desse agente em relação a outras funções dentro da organização em que atuará, tendo em vista a superficialidade com que a LGPD abordou tais questões, deixando a cargo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a regulamentação detalhada das definições acerca das competências e atribuições do encarregado, se mostra oportuna a leitura cuidadosa das disposições contidas no Regulamento Europeu, o GDPR, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Se de um lado o GDPR delimita de modo mais detalhado a atuação do DPO no âmbito corporativo, a LGPD, de modo mais genérico, determina apenas que o controlador dos dados deve indicar um profissional para o cargo de encarregado. Logo, o regulamento europeu apresenta balizas mais clara quanto às atribuições e deveres inerentes à esta posição, já a LGPD é mais generalista e menos invasiva quanto a este agente, deixando a cargo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a incumbência de regular mais detalhadamente essa nova ocupação (MONTEIRO, 2020)

A partir dessa leitura em comparação com as poucas definições trazidas pela LGPD, será possível determinar com considerável grau de assertividade os elementos necessários para se responder aos questionamentos propostos no título do presente artigo.

Destarte, segue o detalhamento de tais itens na LGPD com suas respectivas correspondências, similaridades, e divergências no GDPR.

2.1 DISPOSIÇÕES SOBRE O ENCARREGADO NA LGPD

As definições sobre o encarregado pelo tratamento dos dados na LGPD estão dispostas no art. 41, conforme destacado a seguir:

Com a vigência da LGPD, a partir de 18/09/2020 passou a ser obrigação do controlador indicar a identidade e as informações de contato do encarregado no sítio eletrônico do controlador, senão vejamos:

Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

Em resumo, as principais atribuições do encarregado estão descritas no § 2º do art. 41 da LGPD, as quais destaca-se a seguir:

§ 2º As atividades do encarregado consistem em:

I – aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;

II – receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;

III – orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e

IV – executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Ainda em relação ao art. 41 da LGPD, além das definições contidas no § 2º, o § 3º também estabelece que a ANPD poderá definir normas complementares sobre as atribuições do encarregado e as hipóteses de dispensa de sua indicação;

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

Esse ponto é importante porque demonstra que, embora a LGPD, diferente do GDPR, trate de forma superficial as definições sobre o encarregado, tais definições na verdade ficaram a cargo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

2.2 DISPOSIÇÕES SOBRE O ENCARREGADO NO GDPR

As atribuições mínimas do encarregado, de acordo com o GDPR, estão descritas no seu art. 39, senão vejamos:

Artigo 39º

Funções do encarregado da proteção de dados

1. O encarregado da proteção de dados tem, pelo menos, as seguintes funções:
 - a) Informa e aconselha o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, bem como os trabalhadores que tratem os dados, a respeito das suas obrigações nos termos do presente regulamento e de outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros;
 - b) Controla a conformidade com o presente regulamento, com outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros e com as políticas do responsável pelo tratamento ou do subcontratante relativas à proteção de dados pessoais, incluindo a repartição de responsabilidades, a sensibilização e formação do pessoal implicado nas operações de tratamento de dados, e as auditorias correspondentes;

- c) Presta aconselhamento, quando tal lhe for solicitado, no que respeita à avaliação de impacto sobre a proteção de dados e controla a sua realização nos termos do artigo 35.º;
 - d) Cooperar com a autoridade de controle;
 - e) Ponto de contato para a autoridade de controle sobre questões relacionadas com o tratamento, incluindo a consulta prévia a que se refere o artigo 36.º, e consulta, sendo caso disso, esta autoridade sobre qualquer outro assunto.
2. No desempenho das suas funções, o encarregado da proteção de dados tem em devida consideração os riscos associados às operações de tratamento, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento.

Como se vê, em resumo, o encarregado no GDPR, mais do que o garantidor da proteção de dados dentro da organização e elo de comunicação entre o titular dos dados, o controlador, a autoridade de controle e demais agentes de tratamento, funciona como verdadeiro referencial técnico da proteção de dados.

Essa definição quanto a atuação técnica especialização do encarregado dentro da organização fica mais clara quando se analisa o art. 37 do GDPR, senão vejamos:

Artigo 37º

Designação do encarregado da proteção de dados [...]

5. O encarregado da proteção de dados é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, **nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados**, bem como na sua capacidade para desempenhar as funções referidas no artigo 39º. (grifei)

Essa necessidade de conhecimento técnico altamente especializado, e que alça o encarregado ao nível de referencial técnico da proteção de dados pessoais dentro da organização se reforça ainda mais pela leitura do art. 38 do GDPR.

Artigo 38º

Posição do encarregado da proteção de dados

1. O responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que o encarregado da proteção de dados **seja envolvido, de forma adequada e em tempo útil, a todas as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais**.

[...]

3. O responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que da proteção de dados **não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções**. O encarregado não pode ser destituído nem penalizado pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante pelo facto de exercer as suas funções. **O encarregado da proteção de dados informa diretamente a direção ao mais alto nível do responsável pelo tratamento ou do subcontratante.**
4. Os titulares dos dados podem contactar o encarregado da proteção de dados **sobre todas questões relacionadas com o tratamento dos seus dados pessoais e com o exercício dos direitos que lhe são conferidos pelo presente regulamento.** (grifei)

Essa qualificação técnica especializada atribuída ao encarregado pelo GDPR ajuda a compreender melhor as características e competências necessárias e esperadas de um encarregado de proteção de dados, ficando claro que o conhecimento especializado no domínio do direito e das práticas de proteção de dados é requisito fundamental para a sua atuação e dá uma importante referência para se concluir qual competência é, de fato, indispensável à figura do encarregado na LGPD, elemento central deste artigo e que será tratado mais adiante.

O art. 38 do GDPR por sua vez ainda traz outras definições importantes a serem observadas em relação ao DPO:

Artigo 38.º

Posição do encarregado da proteção de dados [...]

2. O responsável pelo tratamento e o subcontratante apoia o encarregado da proteção de dados no exercício das funções a que se refere o artigo 39.º, fornecendo-lhe os recursos necessários ao desempenho dessas funções e à manutenção dos seus conhecimentos, bem como dando-lhe acesso aos dados pessoais e às operações de tratamento.

[...]

5. O encarregado da proteção de dados está vinculado à obrigação de sigilo ou de confidencialidade no exercício das suas funções, em conformidade com o direito da União ou dos Estados-Membros.

6. O encarregado da proteção de dados pode exercer outras funções e atribuições. O responsável pelo tratamento ou o subcontratante assegura que essas funções e atribuições **não resultam num conflito de interesses**. (grifei)

Em relação ao item 6 do art. 38º, verifica-se importante definição sobre a designação do encarregado, indicando o conflito de interesses dentro da organização como principal impeditivo e que também será tratado mais adiante.

2.3 QUADRO COMPARATIVO DAS ATRIBUIÇÕES DO ENCARREGADO NA LGPD E NA GDPR

Para melhor visualização das diferenças entre as atribuições do encarregado, apresenta-se a seguir um quadro comparativo com as disposições contidas em ambos os normativos, o que ajuda a compreender não só as diferenças entre cada um, mas, principalmente o maior nível de detalhamento do GDPR em relação à LGPD.

| LGPD | GDPR |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; • Receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; • Orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e • Executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares. | <ul style="list-style-type: none"> • Informar e aconselhar o responsável pelo tratamento e os demais profissionais sobre suas obrigações nos termos do GDPR; • Controlar a conformidade com o GDPR e com as políticas do responsável pelo tratamento, incluindo a atribuição de responsabilidades, a sensibilização e a formação do pessoal envolvido no tratamento; • Prestar aconselhamento, se tal for solicitado, no que se refere à avaliação do impacto da proteção de dados, e acompanhar o seu desempenho; • Cooperar com as autoridades; • Servir de ponte para a autoridade de supervisão em questões relacionadas com o tratamento. |

3 AFINAL, QUEM PODE SER O ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LGPD?

Mais importante do que saber quem pode ser o DPO, é saber o que é necessário para exercer tal função, e, principalmente, quais atribuições o controlador, ou mesmo a ANPD, exercendo sua competência normativa instituída pelo art. 41, §3º da LGPD, poderão estabelecer.

A resposta para essa pergunta passa pela definição ou não do encarregado como garantidor do *compliance* da organização com a LGPD e, sobretudo, como referencial técnico especializado na proteção de dados pessoais para a organização, como estabelecido no GDPR.

Caso seja seguido o modelo europeu, há algumas questões importantes que devem ser consideradas:

- I. O encarregado exercerá função consultiva e de assessoramento em relação aos aspectos legais da proteção de dados pessoais?
- II. O encarregado será o responsável pela análise de risco referente aos impactos do tratamento de dados pessoais nos direitos dos titulares?
- III. O encarregado realizará a avaliação do nível de conformidade da organização com a LGPD?
- IV. O encarregado analisará aspectos legais da proteção de dados nas solicitações de titulares dos dados?

Se a resposta a tais questões for positiva, faz-se necessária uma breve leitura do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/1994.

Art. 1º **São atividades privativas de advocacia:** [...]

II – as atividades de **consultoria, assessoria** e direção jurídicas.

[...]

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), [...]

Art. 4º **São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB**, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. (grifei)

A partir da leitura de tais dispositivos é possível compreender, de forma simples e direta, que, no Brasil, apenas um advogado, ou seja, pessoa inscrita nos quadros da OAB, pode realizar as atividades de consultoria ou assessoria jurídicas.

Nesse sentido, para que o encarregado possa legalmente realizar as atividades de consultoria e assessoria em relação aos aspectos legais da proteção de dados pessoais, o que se consubstanciaria na prática na emissão de um parecer jurídico, deveria necessariamente ser advogado inscrito na OAB, sob pena de cometer crime de exercício ilegal da advocacia e emitir ato nulo de pleno direito.

Contudo, deve-se ter bastante cautela com qualquer conclusão a partir disso. Deve ficar claro que não se está com isso a dizer que, apenas advogados podem exercer a função de encarregado, mas, que para exercer as atribuições citadas anteriormente e que são privativas de advogado, obviamente, o encarregado deverá possuir tal habilitação, dentre outras.

Como a LGPD, diferente do GDPR, não traz a obrigatoriedade do conhecimento jurídico para o DPO, o que acontecerá na prática, até que a ANPD defina mais detalhadamente as questões acerca do DPO, é que serão as atribuições a serem determinadas pelo controlador que definirão as habilitações mínimas que o encarregado deverá possuir.

Ainda assim, é relevante destacar que ultrapassada a fase de adequação que demanda maior atuação no âmbito da gestão de projetos e de processos, não há como negar que, parte significativa da atuação do time de proteção de dados irá girar em torno da conformidade da organização com a LGPD, ou seja, necessariamente, exigirá não apenas o conhecimento da lei, mas, a emissão de opinião técnica especializada que se consubstanciará, essencialmente em um parecer de caráter jurídico, já que essa opinião será sempre emitida como aconselhamento técnico.

Dessa forma, ainda que não seja obrigatória a habilitação técnica de advogado para o encarregado no âmbito da LGPD, pode-se concluir que é recomendável que esse profissional possua tal habilitação, sob pena de ter sua atuação altamente limitada, conforme explicitado.

A esse respeito vale trazer importante artigo publicado no site da International Association of Privacy Professionals (IAPP) sobre a necessidade de o DPO ser ou não advogado.

Em uma função independente, um DPO que forneça aconselhamento jurídico e análise que não seja um advogado licenciado também pode se envolver na prática não autorizada da lei. Se, em vez

disso, usarem o conselho corporativo da organização para realizar as análises jurídicas,

Portanto, minha opinião é que **o melhor profissional para preencher a função de DPO no GDPR é um advogado experiente com foco em privacidade e tecnologia**. O foco na privacidade e na tecnologia desse advogado é essencial, pois essas não seriam as habilidades típicas do advogado médio. (Tradução livre), (Butler e Shaw, 2017) (grifei)

Segundo o referido artigo é recomendável que o encarregado de proteção de dados pessoais seja não apenas um advogado, mas, um advogado com significativa experiência e qualificação voltadas para as áreas de privacidade e tecnologia.

Tal conclusão reforça a ideia de que, caso o encarregado funcione como referencial teórico e guardião da conformidade com a LGPD, realizando as tarefas indicadas no início deste capítulo, é imprescindível que seja ao menos advogado legalmente habilitado (inscrito na OAB), sendo recomendável que possua ainda experiência considerável e especialização em proteção de dados, privacidade e tecnologia, além do conhecimento profundo da legislação aplicável.

Como dito, no caso da LGPD, tudo dependerá de quais atribuições serão colocadas para o encarregado, se forem as mesmas contidas no GDPR e não for advogado, dificilmente conseguirá atuar com a amplitude e independência necessárias, ficando altamente dependente de um assessoramento jurídico especializado, mesmo para as atividades mais cotidianas como um aconselhamento que demande análise jurídica.

Vale frisar, o cerne da questão e o que impulsiona esse artigo não é a mera defesa de uma reserva de mercado em prol dos advogados, mas, sim trazer à reflexão a necessária ponderação acerca de quais atribuições podem ser designadas ao encarregado, seja ele advogado ou não, de modo a evitar, em relação à primeira hipótese, a indevida e ilegal prática de atividades que são privativas do advogado.

Em sendo o caso de designação de encarregado integrante de outra categoria profissional, para a realização de atividades que demandem atuação do advogado, deverá o encarregado necessariamente, no que tange às conclusões técnicas privativas de advogado, ser suportado tecnicamente por profissional habilitado, no caso, um advogado, assim como ocorre com um laudo médico, um laudo de engenheiro civil ou outra atividade de natureza privativa de profissional específico.

Portanto, preliminarmente à pergunta de quem pode ser o encarregado segundo a LGPD, é preciso saber quais atividades lhe serão atribuídas. Isso porquê, vale lembrar, independentemente das atribuições que forem estabelecidas pela ANPD e daquilo que já consta na LGPD, conforme dispõe o inciso IV do §2º do art. 41 da referida Lei, poderá o controlador designar outras atribuições ao encarregado

4 CONFLITO DE INTERESSES – QUEM NÃO PODE SER O ENCARREGADO?

Tão importante quanto saber qual qualificação é necessária para ser o encarregado de proteção e dados pessoais, é saber quem não pode exercer tal função.

Não é novidade que a função de encarregado envolverá a fiscalização interna da organização acerca da conformidade das atividades de tratamento de dados com a LGPD. Assim, obviamente é necessário que o encarregado não esteja envolvido com tais atividades, já que não poderia se auto fiscalizar, sob pena de estar em flagrante conflito de interesses.

Logo, para além das questões relacionadas à qualificação exigida para o cargo, é possível compreender que a principal questão impeditiva para que alguém da própria organização assuma tal função de forma cumulativa é exatamente a existência de conflito de interesses.

Assim sendo, qualquer agente da organização que realize atividade de tratamento de dados ou que decida sobre o referido tratamento estaria impedido de exercer a função de encarregado, pelo menos essa seria a conclusão caso a ANPD adote o mesmo entendimento da União Europeia, pois, no caso da legislação brasileira, não há esse grau de detalhamento e, portanto, a ausência de conflito de interesse como requisito regulamentar, dependerá do entendimento a ser adotado pela ANPD, embora essa já seja considerada uma boa prática inclusive adotada em outras posições dentro das organizações, sendo mais do que natural que essa tendência seja cada vez mais seguida, esse é o entendimento de Bellamy, Carloni, Mendes e Doneda, senão vejamos.

De qualquer maneira, as organizações devem considerar uma boa prática garantir que seu encarregado não tenha conflitos de interesse para que possa exercer com eficácia suas atribuições previstas em lei. As organizações já aplicam essa boa prática em outras funções, como auditoria e finanças. Portanto, as organizações devem levar em conta possíveis conflitos de interesses ao nomear um encarregado e

criar mecanismos de proteção para garantir que o encarregado não seja colocado numa posição desconfortável que poderia prejudicar sua autoridade e legitimidade. (Bellamy, Carloni, Mendes e Doneda, 2021, pag. 22)

Um aspecto importante a ser observado nesse caso é que quando um agente da organização realiza a atividade de tratamento ou decide sobre tal tratamento, ele na verdade o faz em nome do controlador, ou seja, atua como verdadeira extensão deste e, dessa forma, não poderia assumir o antagonismo das duas funções: encarregado e controlador.

A exemplo disso, a Autoridade de Proteção de Dados Belga (DPA) aplicou multa de aproximadamente 90 mil euros a uma empresa que nomeou para o cargo de encarregado de proteção de dados seu chefe de conformidade, auditoria e risco. Segundo a DPA, essa combinação de funções constitui uma violação do artigo 38.6 do GDPR, já que cria um evidente conflito de interesses, conforme trecho a seguir destacado da íntegra da decisão, senão vejamos:

[...] Com efeito, o réu afirma explicitamente que, além das responsabilidades como controlador de dados, a mesma pessoa também é responsável pela conformidade, gestão de risco e auditoria interna. O próprio arguido designa assim a mesma pessoa física como responsável pelo tratamento de cada um dos três departamentos e como responsável pela proteção de dados. Esta responsabilidade por cada um destes três departamentos **implica inequivocamente que essa pessoa nessa capacidade determina os fins e os meios de tratamento de dados** pessoais dentro destes três departamentos e é, portanto, responsável pelos processos de processamento de dados que se enquadram no domínio da conformidade, gestão de risco e auditoria interna conforme identificado no relatório de inspeção.

As Diretrizes do Grupo de Trabalho do Artigo 29 para responsáveis pela proteção de dados explicam que o Responsável pela Proteção de Dados não pode ocupar um cargo na organização em que tenha de determinar as finalidades e meios de processamento de dados pessoais. Este é, portanto, um conflito de interesses essencial. A função do gerente departamental é, portanto, inconsistente com a função do DPO, que deve ser capaz de realizar suas tarefas de forma independente. A acumulação da função de controlador de dados para cada um dos três departamentos em causa, por um lado, e a função de responsável pela proteção de dados, por outro, com base

na mesma pessoa física, carece de qualquer supervisão independente possível por parte do responsável pela proteção de dados para cada um desses três departamentos. Além disso, a acumulação destas funções pode conduzir a uma garantia insuficiente de sigilo e confidencialidade em relação aos membros do pessoal, nos termos do artigo 38.º 5 do GDPR. Consequentemente, a Câmara de Contencioso é de opinião que a violação do Artigo 38.6 do GDPR foi comprovada.

É importante que o encarregado da proteção de dados possa cumprir as suas funções e deveres com respeito pelo cargo que lhe é atribuído ao abrigo do artigo 38.º do RGPD, nomeadamente que possa agir sem conflito de interesses. Portanto, a Câmara de Contencioso instrui o réu a adequar o processamento a esse respeito ao Artigo 38.6 do RGPD e, assim, garante que essas tarefas ou deveres não levem a um conflito de interesses.

Levando em consideração o fato de que o GDPR atribuiu um papel fundamental ao oficial de proteção de dados, atribuindo-lhe um papel informativo e consultivo em relação ao controlador de dados em todas as questões relacionadas à proteção de dados pessoais, incluindo a notificação de violações de dados, a Câmara de Contencioso também aplicará multa administrativa. (tradução livre) (grifei)

Com essa decisão, fica claro que, como já dito, não pode o encarregado acumular função em que tenha que exercer as atribuições próprias de controlador de dados ou mesmo que realize efetivamente qualquer atividade de tratamento de dados pessoais, havendo nesse caso, evidente conflito de interesses.

Não obstante, tal constatação sempre carecerá de uma análise do caso concreto, embora, implicitamente, toda a atividade de gestão impõe, em certo grau, a necessidade de se realizar alguma atividade de tratamento de dados pessoais ainda que seja pela mera necessidade de gestão dos agentes hierarquicamente vinculados ao gestor.

De qualquer maneira, as organizações devem considerar uma boa prática garantir que seu encarregado não tenha conflitos de interesse para que possa exercer com eficácia e isenção suas atribuições previstas em lei. As organizações já aplicam essa boa prática em outras funções, como auditoria e finanças. Portanto, as organizações devem levar em conta possíveis conflitos de interesses ao nomear um encarregado e criar mecanismos de proteção para garantir que o encarregado não seja colocado numa posição desconfortável que poderia prejudicar sua autoridade e legitimidade.

5 PRINCIPAIS DESAFIOS PARA O SISTEMA S INDÚSTRIA NA ESCOLHA DO ENCARREGADO

Considerando todos os pontos abordados neste artigo, não seria pouco dizer que a simples indicação do encarregado em uma organização, por si só, não é tarefa trivial.

Basta lembrar que na União Europeia, e conseqüentemente, no contexto do GDPR, a inserção da figura de um Data Protection Officer (DPO) em organizações responsáveis pelo processamento de um volume significativo de dados pessoais ou de dados pessoais sensíveis se mostrou como um importante passo para a implementação de um modelo de correção eficiente. Assim, no caso dos países sob a jurisdição do GDPR, a figura do DPO é responsável pelo monitoramento das atividades de processamento de dados objetivando a redução de notificações feitas às autoridades reguladoras no modelo da Diretiva 95/46. (SOMBRA, 2019)

Tal resultado aqui também é igualmente esperado do encarregado, seja pelo que dispõe a própria legislação brasileira ou mesmo pelo que dele se espera o mercado em geral, já que a LGPD, com todas as suas disposições, em última análise, tem como objetivo circunstancial ou direto exatamente a redução de incidentes e, conseqüentemente, de notificações à ANPD, o que reforça a necessidade de que a escolha do encarregado seja cercada de cautela e assertividade.

Indo além, é possível dizer que há nuances em cada organização que direcionam e moldam a indicação e atribuições do encarregado de proteção de dados em sentidos nem sempre convergentes. Por mais que os *frameworks* (estrutura) apontem para parâmetros similares, a estrutura organizacional é fator importante para se definir a posição e atribuições do encarregado.

Ora, indicar um encarregado para uma rede de supermercados, não implica nos mesmos desafios que seria indicar tal profissional para um conglomerado de empresas multisetoriais e com atuação em várias localidades como é o caso do Sistema S Indústria.

Em alguns casos, nem se pode dizer com absoluta certeza que um único encarregado seria suficiente para atender aos requisitos dispostos na LGPD, como ocorre em grupos econômicos por exemplo.

Nesses casos, a depender da situação, poderá ser indicado um encarregado para cada pessoa jurídica que compõe o grupo ou um único encarregado para todo grupo.

Tudo isso somado ao fato de que o setor industrial brasileiro sozinho responde por 21,6% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil, por 20,2% do emprego formal do país (9,4 milhões de trabalhadores), por 70,8% das exportações de bens e serviços, por 67,4% da pesquisa no setor privado e por 34,2% dos tributos federais (exceto receitas previdenciárias, que equivalem a 28,7%), e que a cada R\$ 1,00 produzido na indústria, são gerados R\$ 2,40 na economia brasileira (BORGES, 2021), e ainda que as entidades que compõem o Sistema S Indústria têm o dado pessoal como principal produto e insumo de suas principais linhas de negócios, tornam a importância de se escolher bem o encarregado algo essencialmente mais complexo do que na maioria das organizações.

Basta ressaltar que apenas o SESI e o SENAI juntos tratam sozinhos quase boa parte dos tipos de dados pessoais listados na LGPD, a saber: dados pessoais em geral, dados de crianças e adolescentes, dados de saúde, dados sobre origem racial ou étnica e dados biométricos, já o IEL e as respectivas federações de indústria estaduais completam essa lista ao tratar, dentre outros, dados sobre opinião política e de filiação a sindicato, todos com volumetria e complexidade consideráveis, haja vista que tais entidades prestam serviço para praticamente todo o setor industrial brasileiro.

Esse cenário se mostra ainda mais complexo se considerarmos que o tratamento de dados pessoais está na base do desenvolvimento da Indústria 4.0, (nome dado à 4ª revolução industrial), que tem como base a digitalização de processos e da produção, e para a qual o concentração de dados (incluindo dados pessoais) é vital para a tomada de decisão das empresas, já que permite que todas as etapas produtivas sejam conectadas, sendo fundamental para o aumento da eficiência desde a concepção dos produtos até a venda ao consumidor (ANDRADE, 2021).

6 CONCLUSÃO

Embora a LGPD não trate das definições sobre o encarregado com a mesma profundidade com que o GDPR o faz, e dependa da atuação normativa da ANPD, o que ainda se encontra em processo de construção, não se pode duvidar que os mesmos parâmetros utilizados na União Europeia venham a ser utilizados aqui.

Ora, tanto o DPO no GDPR quanto o encarregado na LGPD exercem papel essencialmente idêntico, e nesse caso, não haverá, portanto, justificativa para que sejam pensados e tratados de forma diferente.

Mesmo que exista um esforço de alguns atores para que o encarregado pudesse atuar de forma diametralmente oposta ao que se espera ou como atua na União Europeia, a necessidade de celebração de negócios entre as empresas brasileiras e europeias, impele inevitavelmente a necessidade de alinhamento entre as atuações dos encarregados sob ambos os normativos, LGPD e GDPR.

Portanto, é possível concluir que a figura do encarregado de proteção de dados na LGPD, seguirá, senão as mesmas, as principais definições acerca do encarregado no âmbito do GDPR, sejam em relação às imposições práticas das qualificações e habilitações legais mínimas para assumir o cargo ou mesmo pelas definições de quem não pode assumi-lo em razão de conflito de interesse.

E para o Sistema S Indústria, esse desafio da escolha do encarregado, guarda suas próprias complexidades. Se por um lado é importante levar em consideração todos os demais pontos levantados neste artigo e outros que venham a ser estabelecidos pela própria ANPD, por outro, é necessário que esse encarregado conheça as especificidades de um sistema estruturalmente complexo e com o múnus de produzir soluções inovadoras para a indústria, mas que respeitem os direitos dos titulares dos dados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Robson Braga de. **A proteção de dados veio para ficar, afirma Robson Braga de Andrade**. Poder 360, 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opinia0/a-protecao-de-dados-veio-para-ficar-afirma-robson-braga-de-andrade/>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BELLAMY, Bojana, CARLONI, Giovanna, MENDES, Laura Schertel e DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Artigo 3 do Projeto Conjunto LGPD Efetiva - O Papel do/a Encarregado/a conforme a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. o Centre for Information Policy Leadership (CIPL) em colaboração com o Centro de Direito, Internet e Sociedade do Instituto Brasiliense de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Cedis/IDP), 2021. Disponível em: <[https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/\[pt\]_cipl-idp_paper_dpo_under_the_lgpd_27_sept_2021_.pdf](https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/[pt]_cipl-idp_paper_dpo_under_the_lgpd_27_sept_2021_.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2022.

BORGES, Cassio Augusto. **A participação da indústria na formulação de uma política de proteção de dados**. Consultor Jurídico - Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/borges-papel-industria-politica-protecao-dados>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Palácio do Planalto, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm>. Acesso: 01 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Palácio do Planalto, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso: 29 jun. 2022.

BUTLER, Emma e SHAW, Thomas. Two pros weigh in: Should the DPO be a lawyer? Perhaps an auditor? **International Association of Privacy Professionals (IAPP)**, Portsmouth, 28 de mar. de 2017. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/two-pros-square-off-must-the-dpo-be-a-lawyer/#:~:text=In%20an%20independent%20role%2C%20a,longer%20be%20viewed%20as%20independent>>. Acesso: 29 mai. 2022.

LYNSKEY, Orla. **The Foundations of EU Data Protection Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MONTEIRO, Renato Leite; GOMES, Maria Cecilia Oliveira; NOVAES, Adriane Loureiro; MORIBE, Gabriela; CAMARA, Dennys Eduador Gonsales; GHERINI, Pamela Michelena de Marchi. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos**. São Paulo: Baptista Advogados, 2019. p. 33. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2019/01/RD-DataProtectionProvF.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

MURPHY, Jane. **DPO and conflict of interest: the Belgian DPA issues a 50,000 EUR fine. EDPO (European Data Protection Office)**, Bruxelas, 4 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://edpo.com/news/dpo-and-conflict-of-interest-50-000e-fine-by-the-belgian-dpa/>>. Acesso: 11 mai. 2022.

PARENTONI, Leonardo. **A glass half full look at the brazilian data protection authority**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 45, n. 3, p. 1-23, Jan. 2022. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/63785>>. Acesso: 11 mai. 2022.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Direito à privacidade e proteção de dados no Ciberespaço: a accountability como fundamento da lex privacy**. 2019. 219 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35752/1/2019_ThiagoLu%C3%ADsSantosSombra.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (Ue) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. **General Data Protection Regulation (GDPR)**. Parlamento Europeu, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PL>>. Acesso: 18 jun. 2022.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



4 – POSSIBILIDADES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS PELO SESI SEM O CONSENTIMENTO PREVISTO NO ART. 14 §1º DA LGPD

Marcos Roberto Oliveira de Souza

Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709/2018 (LGPD), a temática da privacidade e da proteção de dados pessoais no Brasil ganhou especial relevância, se de um lado as notícias de vazamentos e incidentes envolvendo dados pessoais se torna cada vez mais frequente, por outro, a gradual expansão do processo de regulamentação da matéria ao redor do mundo acaba impactando o mercado mundial, que por sua vez empurra cada vez mais o mercado brasileiro na direção da conformidade.

É justamente nesse contexto que a LGPD, que teve sua origem no Projeto de Lei (PL) nº 4.060, de 2012, de autoria do Deputado Milton Monti, estabeleceu mecanismos voltados para a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Nas palavras de Robson Braga de Andrade (2021):

A LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) estabeleceu uma nova realidade, a que todas as empresas brasileiras devem se submeter para o armazenamento e para a utilização das informações dos clientes. Numa época em que a economia e a vida das pessoas estão cada vez mais governadas pela velocidade do mundo digital, essa legislação é fundamental para disciplinar o uso dos dados com respeito à privacidade dos indivíduos, trazer transparência e segurança jurídica, e diminuir a possibilidade de conflitos. (ANDRADE, 2021)

Mais do que simplesmente proteger os dados pessoais e estabelecer requisitos para o tratamento dos dados pessoais a LGPD acabou estabelecendo um verdadeiro micro ordenamento jurídico. Como lei geral, instituiu mecanismos que unificaram a interpretação sobre o tema, conectando e padronizando os demais normativos já existentes que, em alguns casos, mesmo que indiretamente, já tratavam da privacidade e da proteção de dados pessoais.

Ao estabelecer princípios para o tratamento de dados pessoais das pessoas naturais, o que engloba inclusive os nascituros, bem como os dados pessoais de crianças e adolescentes, os quais já eram protegidos pela legislação especial.

Mais do que simplesmente incluir os dados pessoais de crianças e adolescentes no rol dos seus bens tutelados, a LGPD dedicou uma seção inteira a estes dados, senão vejamos:

Seção III

Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Como visto, no art. 14 da LGPD estão os requisitos que devem ser observados sempre que o tratamento de dados pessoais se referir à dados de crianças.

É justamente neste artigo, já no seu caput que se encontra o elemento hermenêutico determinante na interpretação e aplicação de todo o arcabouço jurídico relacionado ao tratamento de dados pessoais de crianças “a observância do melhor interesse das crianças”, o qual importa não apenas em uma regra específica para o tratamento de dados de tais titulares, mas, em verdadeiro instituto principiológico que seguirá como peça central do presente artigo.

Tal elemento hermenêutico fundamental ratifica a importância e o caráter protetivo que o ordenamento dedica às crianças e, conseqüentemente aos seus dados pessoais, abrindo caminho para o entendimento de que não apenas o art. 14 da LGPD encerra o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

2 UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DO ART. 14 DA LGPD

Para que seja possível compreender os relevos e nuances que permeiam o objeto deste trabalho, faz-se necessário um aprofundamento da análise dos elementos que integram o art. 14 da LGPD.

Partindo-se dessa premissa, verifica-se que, já no seu §1º, o art. 14 traz à tona uma questão que, embora passe despercebida num primeiro momento, se analisada mais detidamente denota, algo um tanto quanto curioso.

Tal dispositivo determina que o “tratamento” de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque de um dos pais ou do responsável legal.

O parágrafo primeiro do art. 14, a princípio, não deixa espaço para que dados pessoais de crianças sejam tratados com fundamento em outra base legal que não o consentimento, e nesse caso, trata-se de um consentimento qualificado, já que poderá ser dado apenas por um dos pais ou pelo responsável legal.

Não obstante, é importante ressaltar que o instituto do “tratamento” constante na LGPD consubstancia hipótese cujo conceito se mostra consideravelmente mais amplo do que o próprio significado do verbete encerra, englobando tantas situações que é possível afirmar que tudo que se possa fazer com o dado pessoal será considerado tratamento, senão vejamos:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Por tal definição, conjugada com o disposto no §1º do art. 14 da LGPD, é possível chegar à interpretação de que apenas o consentimento de um dos pais ou do responsável legal seria o meio de se realizar o tratamento de crianças.

Questiona-se, portanto, se, de fato, a interpretação correta seria essa, ou seja, desconsiderar as demais bases legais trazidas pelo art. 7º e pelo art. 11 da LGPD e restringir o tratamento de dados pessoais de crianças apenas ao consentimento, o qual se encontra, de forma simples, em ambos os artigos.

Seria o caso então de se afirmar que mesmo em casos em que o tratamento se destine a cumprir uma obrigação legal ou regulatória ou mesmo para a própria preservação da vida, no caso para a proteção da vida ou da incolumidade física dessa criança titular dos dados pessoais, tal tratamento apenas seria possível com o consentimento de um dos pais ou responsável legal?

A resposta a este questionamento estará, conforme será abordado a seguir, na *mens legis*, ou seja, na vontade do legislador, naquilo ao que a lei se destinou quando concebida.

A partir dessa perspectiva, não parece ser razoável crer que a intenção do legislador era limitar o tratamento de dados pessoais de crianças da maneira como já mencionado, ao ponto de estabelecer verdadeiras antinomias e até mesmo riscos para as crianças.

Fato é que o tratamento de dados pessoais de crianças, partindo de uma concepção pragmática, antes mesmo da LGPD, já ocorria de forma plenamente regular, como é o caso dos dados de alunos de escolas particulares ou públicas que são compartilhados com o poder público para o cumprimento de políticas públicas pelas secretarias de educação, ou mesmo no caso dos dados das campanhas de vacinação que, seguindo a mesma lógica eram e ainda são compartilhados com as secretarias de saúde.

Como se vê, apenas utilizando a base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatório pelo controlador, é possível citar inúmeras hipóteses nas quais os dados pessoais de crianças devem ser tratados independentemente do consentimento de um dos pais ou do responsável legal, a esse respeito, é importante destacar o caráter obrigatório do tratamento consubstanciado em um dever legal, que não se submete e não pode se submeter ao consentimento.

Seria possível então descumprir a LGPD ao cumprir outro dispositivo legal igualmente vigente? Ora, a toda colisão normativa deve se aplicar mecanismos hermenêuticos e lógicos capazes de estabelecer uma coexistência harmoniosa capaz de manter a segurança jurídica e, conseqüentemente, a solidez do ordenamento jurídico.

Para desvendar tal antinomia aparente é indispensável analisar as discussões que permearam o Projeto de Lei (PL) nº 4.060, de 2012, que deu origem à LGPD, especialmente no que se refere aos debates relacionados ao citado art. 14 da LGPD. A partir da leitura desses debates é possível conceber que, de fato, a intenção principal do legislador esteve sempre voltada a garantir a proteção do melhor interesse da criança, e, é igualmente possível dizer que foi exatamente isso que o levou a acrescentar o citado art. 14 e todos os respectivos parágrafos que o compõem.

Contudo, é possível perceber que essa mesma intenção de proteger os dados pessoais da criança, a partir do que consta nos debates do PL nº 4.060/2012, não coincidia exatamente com a ideia de restringir o tratamento de dados pessoais de crianças apenas e exclusivamente ao consentimento de um dos pais ou do responsável legal, senão vejamos:

Decidimos incluir, como regra geral, ser ilegal a **coleta** de dados pessoais de crianças, abaixo de 12 anos de idade, sem o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal. Nesses casos, o responsável deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que esse consentimento foi dado efetivamente pelo responsável pela criança, levando em consideração as tecnologias disponíveis. A exceção é quando a coleta seja necessária para contatar os pais ou responsável legal. (Parecer ao Projeto de Lei nº 4.060, de 2012) (destaquei)

De acordo como trecho citado, e, principalmente, pela palavra “coleta”, é possível extrair que a limitação proposta foi concebida tendo como preocupação a coleta e não todas as formas de tratamento. Isso porque reside uma importante diferença em relação aos termos “coleta” e “tratamento” na LGPD, haja vista que o primeiro é espécie que integra o segundo que é gênero, possibilitando compreender o tratamento como um grupo e a coleta como elemento que pertence a esse grupo, senão vejamos:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a **coleta**, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; (destaquei)

Assim, quando o legislador substituiu o termo “coleta” – surgido nos debates do PL nº 4.060/2012 – pelo termo “tratamento”, no respectivo §1º do art. 14 da LGPD, acabou, por consequência expandindo a restrição pensada inicialmente, a qual, como citado, deveria se restringir apenas à coleta, e não à todas as atividades de tratamento, o que, se pensado sem a devida compatibilização hermenêutica, acabará culminando em antinomias com efeitos nefastos e contrários ao próprio ordenamento pátrio.

Nessa linha de ideias, a questão a ser tratada neste artigo é justamente buscar elementos que possibilitem compreender essa situação antinômica estabelecida por intermédio da redação do §1º do art. 14 da LGPD, e gerar subsídios que permitam ou não a conclusão pela utilização de outras bases legais para o tratamento de dados pessoais de crianças que não apenas o consentimento de um dos pais ou do responsável legal.

3 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS SOB A PERSPECTIVA DE OUTROS ORDENAMENTOS

É notório que o tratamento de dados pessoais de crianças, é objeto de interesse de organizações mundo afora. Independentemente do meio, sejam em aplicativos, redes sociais ou mesmo plataformas de jogos, o tratamento dos dados pessoais de crianças, especialmente para a identificação de perfil, é cada vez mais utilizado.

Diante disso, cada vez mais países vem estabelecendo mecanismos de proteção normativa, leis, códigos de boas condutas que direta ou indiretamente, valendo-se de princípios similares, visam à proteção dos dados pessoais de crianças.

Não obstante, importa frisar que, embora compartilhem princípios semelhantes tais mecanismos possuem conceitos distintos de quem deva ser considerado criança, conforme se

verifica nos principais e mais influentes mercados do mundo, como é o caso dos Estados Unidos e da União Europeia.

No ordenamento americano a proteção aos dados pessoais é voltada inicialmente para os dados que identificam o indivíduo quando coletados em meio digital, hipótese em que é exigido o consentimento específico dos responsáveis da criança para que o tratamento dos seus respectivos dados pessoais seja considerado lícito.

Já no caso da União Europeia, são várias as leis e normas que cuidam do tema da proteção de dados pessoais para cada um dos respectivos grupos de titulares, tais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção 108 de 1981, e finalmente o General Data Protection Regulation (GDPR) aprovado em 15 de abril de 2016, legislação que inspirou a LGPD.

Embora a idade para se considerar alguém criança na União Europeia varie de país para país, nos termos do GDPR, são considerados crianças apenas os indivíduos com idade inferior a 16 anos, haja vista que o seu texto deixa claro que os “Estados-Membros” tem a prerrogativa de definir essa idade, que, como dito, pode diferir do padrão geral de 16 anos, contanto que não seja inferior a 13 anos de idade, conforme segue destacado *in verbis*:

Artigo 8

Condições aplicáveis ao consentimento da criança em relação aos serviços da sociedade da informação

1. Sempre que se aplique o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), em relação à oferta de serviços da sociedade da informação diretamente a uma criança, o tratamento dos dados pessoais de uma criança é lícito se a criança tiver pelo menos 16 anos. Quando a criança tiver menos de **16 anos, tal processamento será lícito apenas se e na medida em que o consentimento for dado ou autorizado pelo titular da responsabilidade parental sobre a criança.**

Os Estados-Membros podem prever por lei uma idade inferior para esses fins, desde que essa idade inferior não seja inferior a 13 anos. (destaquei)

Vale ressaltar que a importância da definição do conceito de criança decorre justamente do grau de proteção que a lei em geral dispensa a estes indivíduos, similaridade encontrada também na legislação americana, conforme se verá adiante.

Partindo-se da transparência como um princípio presente em quase todos os ordenamentos, no caso das crianças a informação clara do quê e como esses dados são tratados, é o consentimento dos pais quase uma unanimidade nessas normas.

Considerando essa necessidade de proteção mais robusta aos dados das crianças bem como de se demonstrar a regularidade e legitimidade do consentimento dos pais, autoridades de proteção de dados europeias, como o ICO (Information Commissioner's Office) do Reino Unido e o DPC (Data Protection Commission) da Irlanda, acabaram publicando guias orientativos especialmente voltados para o tratamento de dados pessoais de crianças.

Além disso, outra quase unanimidade é a obrigação de se elaborar um relatório de impacto à privacidade (Data Protection Impact Assessment ou DPIA) para mitigar os riscos às crianças e também restringir ou até mesmo proibir o “perfilamento”, principalmente quando a finalidade for a realização de ações de marketing, com agravante no caso de serem realizadas por meio de inteligência artificial com decisões automatizadas.

Já os Estados Unidos não contam com um texto constitucional que se destine à proteção de dados pessoais.

Contudo, existe uma decisão da Suprema Corte Americana que, adotando uma interpretação extensiva, reconheceu o direito dos americanos à privacidade, em que pese o cerne da ação se referir à possibilidade de a autora realizar um aborto.

Na verdade, embora existam algumas leis federais que regulam o tema, os principais normativos americanos que se referem à privacidade e à proteção de dados pessoais, foram editados em âmbito estadual, senão vejamos.

Exemplos de leis federais de proteção de dados nos EUA:

- Driver's Privacy Protection Act (DPPA);
- Children's Online Pivacy Protection Act (COPPA);
- Fair Credit Reporting Act (FCRA);
- Telemarketing Sales Rules (TSR);
- Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act (CAN-SPAM);
- Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA);
- Family Educational Rights and Privacy (FERPA).

Leis estaduais de proteção de dados nos EUA:

- California Consumer Privacy Act (CCPA);
- New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD).

Dentre esses normativos, no que se refere aos dados de crianças, tem destaque a denominada Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) de 1998, que nada mais é do que a legislação norte americana mais antiga a proteger os dados dessa categoria de titulares, a qual se aplica a pessoas com idade inferior a 13 anos.

Embora o foco principal da legislação americana acabe recaindo sobre a proteção de dados pessoais, a preocupação desses normativos quase sempre gira em torno dos dados referentes à identificação individual de uma pessoa que são coletados online, e nestes casos quando se referem a dados de crianças, é exigido o consentimento específico dos seus respectivos responsáveis legais para que o tratamento seja considerado lícito.

Tendo em vista todos os normativos destacados, não resta dúvida de que o tratamento de dados pessoais de crianças é e continuará sendo uma preocupação adicional em quase todos os ordenamentos ao redor do mundo, sendo importante, porém, entender como deva ser compreendida essa proteção no Brasil e qual interpretação será mais aderente ao ordenamento brasileiro.

4 A LGPD E DEMAIS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA

Embora a LGPD se destine a estabelecer princípios e regras que objetivam à a proteção dos dados pessoais como bem tutelado em geral, o fato de as crianças estarem cada vez mais presentes nos ambientes digitais, traz à tona uma preocupação que, no texto normativo da LGPD se materializa em regras específicas e mais rígidas que se encontram estabelecidas no seu art.14.

O acesso ao mundo digital, tem-se tornado mais comum e prematuro, sendo uma realidade cada vez mais presentes entre as crianças, e algo que, com certeza, potencializa os riscos existentes nesse ambiente, o que que as deixam expostas a muitos perigos, principalmente considerando nível de discernimento necessário para compreender as consequências do compartilhamento de seus dados pessoais.

Não obstante, essa proteção ao menor, como ocorre em todos os ordenamentos, no ordenamento brasileiro não se restringe apenas ao texto da legislação voltada à privacidade e proteção dos dados pessoais, essa proteção se estende por várias Leis, sob vários aspectos, mas sempre voltada ao melhor interesse da criança, como é caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº. 8.069/90.

O ECA não apenas estabelece uma série de mecanismos de proteção à criança, como também define quem é considerado criança para o ordenamento brasileiro, que no caso são os indivíduos com idade igual à 12 (doze) anos ainda incompletos, senão vejamos:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (grifei)

Essa mesma proteção também se encontra presente na Constituição da República de 1988, a qual estabelece que menores de 18 anos são considerados vulneráveis e por esse motivo demandam uma proteção especial, também denominada como Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, disposta em seu art. 227, senão vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tal instituto encontra suporte também no ECA, conforme segue destacado:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente. [...]

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei**, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (grifei)

Como se vê, a Proteção Integral se consubstancia em um dever da sociedade como um todo, de priorizar os direitos fundamentais dos menores de 18 anos.

Ademais o ECA ainda estabelece uma série de outros mecanismos que, pautado nessa proteção, vai muito além do que encerra a Proteção Integral. Mais do isso, o ECA prima pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

E é justamente partindo deste aspecto que se pauta a LGPD no seu artigo 14, o qual, embora já tenha sido citado neste artigo, pede-se vênica para citá-lo mais uma vez.

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes **deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.** (grifei)

Destarte, a partir dessa concatenação normativa, não é possível conceber o comando legal disposto no art. 14 da LGPD sem que esse mesmo comando não esteja embasado e voltado para o melhor interesse da criança. Isso não apenas pelo fato desse mesmo interesse estar expressamente escrito no caput do referido art. 14, mas, também porque tal princípio é formado pelo melhor interesse da criança, bem como pela sua prioridade absoluta, conforme consta no mencionado art. 227 da CR/88, bem como nos dispositivos também já citados do ECA.

Nessa linha de ideias o tratamento de dados pessoais de crianças, tem suas raízes fincadas no princípio da proteção integral e no do melhor interesse da criança, logo, é indispensável que a interpretação do art. 14 da LGPD seja feita de forma teleológica, ou seja, a partir não apenas do texto “seco” da lei, mas considerando a finalidade para a qual a lei foi promulgada.

Essa ideia se mostra ainda mais lógica, se observado que o mesmo caput do art. 14 também determina que o tratamento dos dados pessoais de crianças deva observar a legislação pertinente, de modo que esse tratamento deva observar, além do que dispõe o referido artigo, também outros normativos que igualmente se voltam para a proteção do melhor interesse da criança, seja no texto constitucional ou infraconstitucional, conforme será melhor demonstrado a seguir.

5 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 14 DA LGPD

Como já demonstrado neste artigo, o tratamento de dados pessoais de crianças é tema adornado de complexidades e polêmicas.

Tais complexidades e polêmicas acabam por demandar uma harmonização do que determina a LGPD com os demais dispositivos legais que igualmente se destinam a proteção da criança.

Logo, a partir de uma técnica hermenêutica mais acurada, é possível perceber que a restrição textual aparentemente atribuída às bases legais cabíveis em relação à criança, com base na previsão constante no §1º do art. 14 da LGPD, não merece prosperar ou, ao menos deva ser relativizada ou melhor contextualizada.

Seguindo esta lógica, não é forçoso afirmar que o legislador, quando definiu o texto do art. 14, de fato estava preocupado em atender o melhor interesse da criança, e com base nisso, definir alguma forma de proteção especial, como é o caso do consentimento de um dos pais ou do responsável legal, conforme segue destacado do trecho do parecer já citado, referente ao Projeto de Lei nº 4060

Na questão do tratamento de dados de crianças e adolescentes, **o Projeto original apenas determina, de maneira superficial, que a atividade deva se dar “no seu melhor interesse, nos termos da legislação pertinente”**. Entendemos que esse comando não acrescenta nenhuma proteção especial para esse vulnerável grupo de pessoas. Não é o que ocorre em outros países. Nos EUA, como já foi dito, o Children’s Online Privacy Protection Act, de 1998, conhecida como Lei COPPA,²² possui importante contribuição, a qual utilizamos como inspiração para a questão. **Decidimos incluir, como regra geral, ser ilegal a coleta de dados pessoais de crianças, abaixo de 12 anos de idade, sem o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal.** (grifei)

Contudo, é possível concluir que, na verdade, o consentimento específico e destacado para o tratamento de dados pessoais de crianças, estabelecido no §1º do art. 14 da LGPD nada mais é um cuidado adicional ao que já estabelece à referida Lei.

Vê-se, portanto, que tal disposição se orienta, sobretudo, para ratificar e potencializar o melhor interesse da criança, ao passo que permite, a partir de uma função de precaução, maior controle sobre o tratamento de dados pessoais daqueles titulares. Esse mesmo entendimento encontra eco nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Taísa Macena de Lima, senão vejamos:

A função precaucional do Direito, mais do que a função preparatória ou compensatória tem uma significação muito mais relevante em

se tratando de crianças e adolescentes. Com efeito, a proteção é mais efetiva quando se evita a concretização do dano do que quando se busca repará-lo. Nessa linha de pensamento, as tutelas para inibir ou fazer cessar exposições inadequadas de crianças e adolescentes configuram uma resposta mais adequada da ordem jurídica.

De fato, a função precaucional, materializada por esse consentimento específico do §1º do art. 14 da LGPD pode representar muito mais do que a simples restrição de que o tratamento desses titulares deva ser realizado apenas sob o prisma desse consentimento qualificado.

Assim, como o tema deste artigo, uma das mais relevantes questões relacionadas ao tratamento de dados pessoais, excluindo-se do debate as exceções já constantes no mesmo art. 14 da LGPD, é justamente concluir se esse consentimento qualificado seria, de fato, a única base legal cabível quanto se estiver diante do tratamento de dados pessoais de crianças.

A resposta a esse questionamento, passa pela necessidade de se compreender, de fato, com base em uma abordagem hermenêutica, o que pretendeu o legislador quando estabeleceu esse texto e, mais do que isso, qual a melhor interpretação deve ser estabelecida nesse caso.

É justamente por isso que tal interpretação deva ocorrer com base no diálogo das fontes oriundo da Teoria Geral do Direito, como forma de solucionar a aparente antinomia já apontada no presente artigo em relação ao art. 14 da LGPD, conforme propõe Flávio Tartuce, de modo que “[...] a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução de antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico)”. O que também é reforçado nas palavras de Cláudia Lima Marques, senão vejamos:

[...] o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘Zersplietierung’), manifesta-se no pluralismo de sujeito a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes normativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double Coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos.

Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos espaços de excelência”.

Em outras palavras, não se vislumbra neste trabalho e com base nas técnicas hermenêuticas apresentadas, espaço para que a interpretação da LGPD se dê de forma isolada, do ordenamento pátrio, e pior, em prejuízo do que dispõem o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e até mesmo a Constituição Federal, além de outras tantas normas que igualmente se mostrem relevantes nessa interpretação, seja de forma principiológica ou mesmo casuística. Isso é o que podemos encontrar nas palavras de Ronald Dworkin, que diz o seguinte:

[...] os intérpretes têm responsabilidades críticas, e a melhor interpretação de uma lei ou de um poema ou de uma época é aquela que melhor concretiza essas responsabilidades em determinada ocasião.

Como já dito, em vários casos, o princípio do melhor interesse da criança, pode servir de base para fundamentar seguramente a necessidade de ampla proteção da criança e do adolescente, inclusive quando essa proteção for necessária até mesmo em relação aos seus próprios representantes legais ou pais, como bem advertem Maria de Fátima Freire de Sá e Thaísa Maria Macena de Lima, senão vejamos:

[...] portanto, na contemporaneidade, a presunção absoluta no sentido que as decisões dos pais correspondem sempre às necessidades e interesses dos filhos revela-se insustentável.

Apenas com base nesse simples apontamento, pode-se concluir pela existência de uma base legal externa ao art. 14 da LGPD e perfeitamente aplicável às situações subjetivas de tratamento de dados pessoais de crianças sem, contudo, estabelecer qualquer conflito real entre a legislação aplicável e o que uma interpretação literal e rasa do que dispõe o §1º do art. 14 da mesma LGPD possa levar a concluir.

Nesse sentido, o diálogo das fontes não inviabiliza por si só a manutenção ou a aparente inaplicabilidade de uma ou de outra norma, sendo perfeitamente aceitável que diante de um determinado caso concreto haja maior ênfase histórico-discursiva-cultural de um princípio, entendido este como obrigação, em detrimento de outro, ou seja, o diálogo das fontes não impede que dois normativos incidam sobre o mesmo caso de forma harmônica.

Esse mesmo entendimento foi consubstanciado no Enunciado nº 684 da IX Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal neste ano, senão vejamos:

ENUNCIADO 684 – O art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) **não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança.**

Justificativa: A Lei Geral de Proteção de Dados estabelece regras específicas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes em seu art. 14. No entanto, não está claro se apenas o consentimento poderia ser utilizado como base legal para o tratamento de dados ou se as outras bases legais também se aplicariam nesse contexto. **Considerando a interpretação sistemática da lei, é de se entender que o art. 14 não exclui as demais bases legais, desde que elas sejam utilizadas para atender o melhor interesse da criança.** (grifei)

Assim sendo, entende-se como perfeitamente possível que incida no tratamento de dados de crianças, outras bases legais que justifiquem tal tratamento como é o caso do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador ou outra que melhor se adequa ao caso, desde que tal tratamento seja legitimamente voltado a atender ao melhor interesse da criança, como requer o caput do art. 14 da LGPD e demais normativos citados.

6 A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 14 DA LGPD PARA O SESI

Com centenas de escolas distribuídas por todo o território nacional e com aproximadamente 1.171.852 matrículas em educação básica e continuada o SESI é hoje uma das principais entidades de ensino em educação básica do Brasil.

Dito isso, considerando que, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), a educação básica é obrigatória a partir dos quatro anos de idade até os dezesseis, boa parte dos alunos do SESI são crianças.

Logo, surge daí um grande problema para o SESI no que tange ao tratamento de dados pessoais de crianças, especialmente se aplicado o disposto no §1º do art. 14 da LGPD sem a adoção da interpretação tratada no capítulo anterior.

Isso porque a totalidade dos dados de crianças tratados pelo SESI, ou se destina à execução do contrato ou ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória, haja vista que, nesse último caso, boa parte dos dados pessoais dos alunos é tratada justamente para atender a exigências legais que se destinam ao cumprimento de políticas públicas, como é caso do Censo

da Educação ou mesmo se destinam a atender a necessidades de fiscalização e controle exercidas pelas secretarias de educação municipais, estaduais e até mesmo ao próprio Ministério da Educação.

Por esse prisma, a imposição do consentimento de um dos pais ou do responsável legal como única base legal aplicável, desafia não apenas a harmonia do ordenamento jurídico pátrio como também a própria lógica inerente à aplicação do consentimento.

Partindo de uma análise inicial, já é possível perceber que o consentimento, comum ou qualificado, não seria aplicável ao caso, haja vista que, conforme dispõe a própria LGPD, o consentimento deve ser livre, o que não ocorre, quando o tratamento é realizado por força de Lei, já que nesse caso, obviamente, ou os dados do aluno serão tratados ou o responsável legal ao não consentir com o tratamento estaria inviabilizando a própria matrícula do aluno, e, portanto, estaria descumprindo a lei, conforme dispõe o art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que estabelece que “[...] *é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade*”.

Além disso, uma das prerrogativas do consentimento é justamente a possibilidade de revogação, a qual, em relação aos exemplos dados, não seria possível, já que uma vez compartilhados os dados com o poder público, não seria possível desfazer esse compartilhamento, já que este teria ocorrido justamente para atender a uma obrigação legal. Igualmente não poderia ser revogado o consentimento e conseqüentemente o tratamento dos dados que se deram estritamente para execução dos serviços educacionais, já que esse tratamento teria ocorrido também no contexto da formação educacional do aluno, e, portanto, esses dados também não poderiam ser apagados.

Nessas hipóteses estaria o SESI, obrigado a coletar e gerir um consentimento que não atenderia aos requisitos básicos de legalidade dispostos na própria LGPD, além de poder inviabilizar o cumprimento de normativos que se destinam justamente à proteção do melhor interesse da criança, no caso de revogação desse consentimento.

Tudo isso somado ao quantitativo de crianças estudando no SESI em todo o território nacional, geraria, além de uma enorme insegurança jurídica, um impacto operacional e dispêndio de recursos para coletar e gerir um consentimento, que se pode dizer, incompatível com a própria LGPD e com o ordenamento jurídico pátrio.

Nesses termos pode-se concluir que a adoção da interpretação constante no capítulo anterior não só seria consideravelmente benéfica ao SESI, como também se mostraria mais adequada do ponto de vista legal.

7 CONCLUSÃO

Como se pode perceber, o tratamento de dados pessoais de crianças é algo que demanda maior cuidado e proteção, tendo sido essa a tônica adotada pela LGPD por meio de seu art. 14. A esse respeito, legislações de proteção de dados e privacidade por todo mundo, em especial na União Europeia e nos Estados Unidos, têm transparecido e consubstanciado essa preocupação e cuidado ainda que de diferentes formas e abordagens, e isso serve de norteador para que possamos entender melhor como interpretar e compreender os aspectos que envolvem a proteção dos dados pessoais desses titulares.

Não obstante, é preciso lembrar que, no ordenamento jurídico pátrio e mesmo em outros ao redor do mundo, a questão acerca da proteção do menor ou mesmo do seu melhor interesse não se centra apenas na dimensão dada pela legislação de proteção de dados e de privacidade.

Assim, a partir de elementos da hermenêutica e da lógica jurídica, é necessário dar a melhor interpretação ao que dispõe o art. 14 da LGPD, em especial para se entender que as atividades de tratamento de dados pessoais de crianças não podem se restringir ou se submeter ao consentimento (elemento volitivo) do responsável legal da criança. Isso porque ao se entender assim, estaríamos diante de uma norma que se sobreporia à várias outras que, inclusive, poderiam se destinar justamente à defesa do melhor interesse do menor.

Tal situação dificultaria até mesmo obstando a própria defesa do menor, como é o caso da atuação dos órgãos de defesa da criança como os Conselhos Tutelares, Secretarias de Educação, os quais, inevitavelmente, realizam diversas atividades de tratamento com dados pessoais de crianças que, independem ou mesmo conflitam com eventual necessidade de autorização dos responsáveis legais, inclusive em casos de abuso ou maus tratos pelos próprios responsáveis legais.

Assim, é possível concluir que, mais do necessária é indispensável a interpretação do art. 14 que afaste eventual conflito com outras normas e até mesmo com a própria LGPD ao ponto de obstar a defesa do melhor interesse da criança, como ocorreria se tal interpretação considerasse apenas o aspecto literal do texto.

Por tal motivo conclui-se que o tratamento de dados de crianças, em especial no caso dos alunos do SESI, deve-se dar em total consonância com todo o ordenamento jurídico vigente e não apenas ao que define a literalidade do art. 14 §1º da LGPD, sendo possível apenas mediante o consentimento dos pais ou responsável legal, mas, também nas demais hipóteses apresentadas pela mesma Lei, em especial quando necessário para cumprimento de

obrigação legal relacionada a própria defesa do melhor interesse da criança, ou mesmo no caso da execução do contrato de serviços educacionais.

Em outras palavras, o tratamento de dados pessoais de titulares menores de 12 anos de idade sempre deve ocorrer a partir da regra geral definida no caput do próprio art. 14 da LGPD, ou seja, em seu melhor interesse, nos termos deste mesmo artigo e da legislação pertinente, ou seja, é a partir dessa diretriz que o tratamento deve ocorrer, independentemente do consentimento dos pais ou responsável legal, o que sim, deverá ser observado sempre que compatível com tal diretriz.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Robson Braga de. **A proteção de dados veio para ficar, afirma Robson Braga de Andrade**. Poder 360, 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opinia0/a-protecao-de-dados-veio-para-ficar-afirma-robson-braga-de-andrade/>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 01 jul. 2022.

BRASIL, Distrito Federal, **SESI em números**, Portal da Indústria, 2022, disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/sesi/institucional/#carrossel>>. Acesso em: 07 ago. 2022.

BRASIL. **IX Jornada de Direito Civil**. Justiça Federal – Conselho da Justiça Federal, 2022. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>>. Acesso: 06 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Palácio do Planalto, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso: 01 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Palácio do Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso: 03 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Palácio do Planalto, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm>. Acesso: 01 jul. 2022.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CALIFÓRNIA. **California Consumer Privacy Act (CCPA)**. State Of California Department Of Justice Office Of The Attorney General, 2018. Disponível em: <<https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>>. Acesso: 06 ago. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA")**. Federal Trade Commission – Protecting America's Consumers, 1998. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>>. Acesso: 06 ago. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **ROE v. WADE (1973) No. 70-18 Argued: December 13, 1971 Decided: January 22, 1973**. United States Supreme Court. Findlaw For Legal Professionals, 1973. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html?atCaselawLink=1&atText=upper>>. Acesso: 06 ago. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, FLORIDA. **Feds investigating Pasco schools giving student data to sheriff**. Tampa Bay Times, 2021. Disponível em: <https://www.tampabay.com/investigations/2021/04/19/feds-investigating-pasco-schools-giving-student-data-to-sheriff/?mkt_tok=MTM4LUVaTS0wNDIAAAAF8j1rVCKV7cZ1KoJh4wA4Ezqp3C130NHKv_4M4fNx5kaeZlt4_fnYNJdMz9K7b0O7CTVL16CwMamTJwRQtY4y96os0EifwOuCX36QA0311ZMsB>. Acesso: 02 ago. 2022.

LYNSKEY, Orla. **The Foundations of EU Data Protection Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Renato Leite; GOMES, Maria Cecilia Oliveira; NOVAES, Adriane Loureiro; MORIBE, Gabriela; CAMARA, Dennys Eduardo Gonsales; GHERINI, Pamela Michelena de Marchi. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos**. São Paulo: Baptista Advogados, 2019. p. 33. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2019/01/RD-DataProtectionProvF.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

MONTI, Milton e SILVA, Orlando. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 4060, de 2012 (tratamento e proteção de dados pessoais) Projeto de Lei nº 4.060, DE 2012 (Apenso PLs nos 5.276/16 e 6.291/16)**. Portal da Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305 &filename=>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

PARENTONI, Leonardo. **A glass half full look at the brazilian data protection authority.** Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 45, n. 3, p. 1-23, Jan. 2022. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/63785>>. Acesso em: 24 jul. 2022

REINO UNIDO. WESTMINSTER. **TikTok sued for billions over use of children's data.** BBC News, 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-56815480>>. Acesso: 01 ago. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, e LIMA, Taisa Maria Macena de. **Esquecimento versus memória: uma análise do direito ao esquecimento à luz do melhor interesse da criança e do adolescente.** PUC-Minas, Virtuajus, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, 2020, ISSN 1678-3425. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/24207/17004>>. Acesso em: 31 jul. 2022

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Direito à privacidade e proteção de dados no Ciberespaço: a accountability como fundamento da lex privacy.** 2019. 219 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35752/1/2019_ThiagoLu%C3%ADsSantosSombra.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 2015, volume único, 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. ISBN 978-85-309-6210- 4.

UNIÃO EUROPEIA. **Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108).** Consil of Europe, 1985. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=108>>. Acesso: 01 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **European Convention on Human Rights.** European Court of Human Rights, 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso: 18 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (Ue) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. **General Data Protection Regulation (GDPR).** Parlamento Europeu, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PL>>. Acesso: 18 jun. 2022.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



5 – DA INCOMPATIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS PELOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Leticia de Oliveira Lourenço Gallo

Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais

1 INTRODUÇÃO

O Serviço Social da Indústria (SESI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), por força do art. 70, parágrafo único¹, da Constituição Federal, são em regra, unidades jurisdicionadas pelo Tribunal de Contas da União.

Embora esses serviços sociais autônomos, vinculados ao sistema sindical patronal (assim como o SESC/SENAC; SENAR; SEST/SENAT) tenham sua natureza jurídica privada confirmada constitucionalmente pelo art. 240² da Carta de 1988, esta condição vem sendo comumente desconsiderada pela própria Corte de Contas.

Não é muito recente o comportamento do Tribunal de Contas da União de ignorar o comando do art. 240 da Constituição Federal e exercer um controle que extrapola o finalístico. O TCU vem exercendo um controle que invade a gestão efetiva, partindo da premissa de que os serviços sociais autônomos, pelo simples fato de gerirem recursos públicos, devem obediência às normas e aos princípios da Administração Pública e subordinação ao Poder Público, essencialmente no que diz respeito à destinação desses recursos.

Os recentes precedentes do tribunal vêm confundindo o dever de prestar contas – este decorrente da natureza compulsória dos recursos de que os serviços sociais autônomos vinculados ao sistema sindical são titulares³, com a natureza privada destas instituições e da respectiva autonomia de que gozam, suficientes para afastar qualquer tipo de subordinação gerencial advinda do Poder Público.

Acompanhando este cada vez mais constante posicionamento do TCU no sentido de se aproximar dos mecanismos de gestão desses serviços sociais, vêm sendo dirigidos aos serviços sociais autônomos acórdãos com comandos cogentes para atuações como instauradores de processos de tomada de contas especiais, cujo procedimento se afasta da natureza jurídica dessas instituições.

Assim, o presente art. destina-se a analisar o âmbito de aplicação do regramento de instauração de tomadas de contas especiais aos serviços sociais autônomos, em especial, ao SESI e

¹ Art. 70, parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

² 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.

³ Art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal; art. 5º, inciso V, da Lei 8.443/92; art. 183 do DL 200/67 e art. 11 da Lei 2.613/55

SENAI, haja vista (i) a impossibilidade de cumprimento dos comandos do tribunal; e (ii) à sua consequência direta de penalização dos gestores.

As determinações constantes nos acórdãos cujos efeitos cogentes e obrigatórios para a instauração de tomada de contas especiais acabam por aproximar os serviços sociais autônomos vinculados ao sistema sindical ao poder público, gerando insegurança jurídica quanto à natureza dessas entidades.

Conforme será explorado adiante, por simples leitura dos tutoriais de instauração de tomada de contas especial, bem como em análise dos campos a serem preenchidos no “Sistema E-TCE”, é possível perceber a incompatibilidade de atuação dos serviços sociais autônomos como instauradores de procedimento desta natureza.

A ameaça de penalização do gestor – em hipótese que não comporta esfera recursal, como é o caso de determinação para instauração de tomada de contas especial, faz com que o Tribunal de Contas da União imponha ao SESI e ao SENAI – em caso de deliberação impositiva de instauração de “TCEs” um agir que é dever estatal, e não de entidades privadas.

Com efeito, nem o Tribunal de Contas da União (TCU), tampouco a doutrina administrativista têm se manifestado sobre essa interessante hipótese em situações concretas.

2 A HIPÓTESE DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL PREVISTA NO ART. 2º, CAPUT, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU 71/2012

2.1 REQUISITOS MÍNIMOS PARA INSTAURAÇÃO

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

Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.

A tomada de contas especial constitui medida de exceção, portanto, a administração pública deve esgotar todas as medidas administrativas para elidir a irregularidade ensejadora da TCE ou obter o ressarcimento do dano antes de formalizar a instauração do processo.

A apreciação do processo de TCE no âmbito da União Federal, constitui competência constitucional do Tribunal de Contas da União prevista no art. 70, parágrafo único, c/c art. 71, ambos da Constituição Federal.

Atualmente os processos de tomada de contas especial são instaurados pelo sistema e-TCE, que tem por objetivo a tramitação e a autuação destes procedimentos, nos termos do art. 5º, da IN-TCU nº 71 alterado pela IN-TCU nº 76/2016⁴, de 23 de novembro de 2016 e §4º do art. 11⁵ da DN-TCU nº 155/2016.

A utilização do formato eletrônico para instauração do processo de TCE se tornou obrigatória a partir de 1º de julho de 2018, através do art. 40⁶ da Portaria-TCU nº 122, a qual dispõe sobre a implantação e operacionalização do sistema e-TCE.

A referência ao formato eletrônico obrigatório para a instauração do processo se faz necessária para melhor compreender a impossibilidade de aplicabilidade do procedimento do TCE aos serviços sociais autônomos, tendo em vista que a construção dos módulos que integram o sistema é integralmente dirigida à Administração Pública, com exigências impossíveis de serem atingidas por entidades como o SESI e SENAI.

2.2 PRESSUPOSTOS A SEREM OBSERVADOS NA CONSTITUIÇÃO DE TCE

De acordo com o já citado art. 5º da IN TCU 71/2012, constitui pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ao erário.

Quanto às decisões de rejeição de contas, de conversão da fiscalização em tomada de contas especial, ou ainda de aplicação de sanção aos responsáveis, não há dúvidas de que os serviços

⁴ “Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário.

⁵ Art. 11. O Tribunal de Contas da União disponibilizará sistema informatizado para a constituição e tramitação do processo de tomada de contas especial, que observará os princípios, diretrizes e requisitos dispostos em normativo próprio.

⁶ Art. 40. A instauração de TCE via Sistema e-TCE pelos órgãos ou entidades da administração pública federal será obrigatória a partir de 1º de julho de 2018.

sociais autônomos são destinatários – na condição de unidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas da União.

O ponto de conflito reside justamente quando os serviços sociais autônomos recebem deliberação de efeito cogente (ou seja, obrigatório), para que tenham atuação ativa na instauração de tomada de contas especial, agindo assim como responsáveis pelas atividades administrativas e de fiscalização para a garantir o pagamento do débito por aquele apontado como responsável.

Sob este prisma, a instauração de tomada de contas especial pelo SESI e pelo SENAI, deve indicar, entre outros:

- I) os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado;
- II) a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência;
- III) exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano;
- IV) evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.

Antes de formalizar a instauração da TCE, a autoridade competente do órgão instaurador deve imediatamente adotar medidas administrativas para a caracterização ou elisão do dano, nos termos do art. 3º⁷ da IN TCU 71/2012.

No âmbito do SESI e do SENAI, a indevida atuação dessas entidades instauradoras de tomada de contas especial somente irá ocorrer quando houver determinação expressa do TCU neste

⁷ Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

sentido, em especial em processos em que as decisões do tribunal resultem em imputação de débito, como ocorre no recente Acórdão 8614/2021 – TCU – 1ª Câmara:

9.3 determinar ao Departamento Regional do Senai no Estado de Minas Gerais (Senai/DRMG) e ao Departamento Regional do Sesi no Estado de Minas Gerais (Sesi/DRMG) que, em relação ao Contrato 51.875/2007:

9.3.1 apurem a realização de pagamentos sem cobertura contratual em favor do escritório Enver Martins, no montante de R\$ 69.745,22, de modo a identificar os responsáveis e a buscar o correspondente ressarcimento, **instaurando a devida tomada de contas especial** caso infrutíferas as medidas adotadas para esse ressarcimento e, ainda, se o valor do dano apurado for igual ou superior ao limite mínimo prescrito no art. 15 da IN-TCU 71/2012; (...)

Outro pressuposto que deve ser observado para a instauração de tomada de contas especial é o valor de alçada para sua instauração, que a partir da IN TCU 76/2016, passou para R\$100 mil, conforme disposto no art. 6º, inciso I, da IN TCU 71/2012. Assim, esse limite é o valor referencial para determinar, ou não, a instauração de TCE.

Entretanto, de acordo com o § 1º do art. 6º da referida instrução normativa, quando a soma de débitos de um mesmo responsável atingir o referido valor (R\$ 100 mil), a tomada de contas especial deverá ser instaurada.

A existência de ação judicial em tramitação não implica suspensão de processos que tratem do mesmo objeto no TCU, em virtude do princípio de independência das instâncias, conforme Acórdão 2017/2007 – Segunda Câmara. O julgamento de tomada de contas especial decorrente de irregularidades que resultem prejuízo ao erário é competência constitucional originária conferida ao TCU pela Constituição Federal (art. 71, inciso I).

Logo, tendo em vista o entendimento do TCU de que o SESI e o SENAI devem atuar como instauradores de tomada de contas especial, caso seja assim determinado, deve-se observar os seguintes pressupostos: a) existência de deliberação de efeito cogente para a instauração de TCE pelo SESI e SENAI; b) valor do débito (individual ou somado) superior a R\$100 mil; e c) diligências administrativas anteriores que tenham resultado infrutífero para reparação do dano.

2.3 DA AUSÊNCIA DE NEXO ENTRE A NATUREZA JURÍDICA DO SESI E DO SENAI E DAS INFORMAÇÕES EXIGIDAS NOS MÓDULOS DO E-TCE PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO

Como derradeira e decisiva condição à instauração de tomada de contas especial através do sistema e-TCE, deve a unidade instauradora promover o preenchimento de todos os campos constantes nos módulos disponibilizados pelo TCU através do link <https://tce.apps.tcu.gov.br/login>.

Ao dar início ao procedimento de instauração da TCE já é possível perceber a incompatibilidade do processo de instauração com a natureza institucional de conformação do SESI e do SENAI. Isto porque essas entidades se organizam em órgãos normativos e de administração, em âmbito nacional e regional, conforme art. 18⁸ do Regulamento do SESI e art. 14⁹ do Regulamento do SENAI.

Para possibilitar suas atuações em todo o território nacional, o SESI e o SENAI foram conformados sob típica forma federativa, com indiscutível autonomia orçamentária, financeira e administrativa de seus órgãos nacionais e regionais.

A formatação da instauração do procedimento de tomada de contas inicial, em seu início, já solicita a habilitação de um “operador” e de um “instaurador” do órgão responsável pelo sistema, conforme consta do “tutorial do sistema e-TCE para usuário externo”:

- 2) Na instância do instaurador, o e-TCE dispõe dos perfis:
 - a. operador da unidade instauradora: destinado aos operadores do sistema para informar os dados da TCE, inserir documentos, salvar como rascunho, enviar para revisão, revisar, porém não se pode concluir a instauração e enviar para o controle interno.
 - b. instaurador: realiza tudo que o operador da unidade instauradora faz, também conclui a instauração e envia para o controle interno. Além disso, os detentores deste perfil podem conceder o de “operador da unidade instauradora” para usuários do sistema no respectivo órgão do detentor.

⁸ Art. 18. O Serviço Social da Indústria, para a realização das suas finalidades, corporifica órgãos normativos e órgãos de administração, no âmbito nacional e no âmbito regional.

⁹ Art. 14. O SENAI, para a realização de suas finalidades, corporifica órgãos normativos e órgãos de administração, de âmbito nacional e de âmbito regional.

Após registro das habilitações nos perfis “operador” e “instaurador”, compete ao SESI e ao SENAI habilitarem o “perfil supervisor”. Este perfil, quando indicado pela administração pública, corresponde à indicação do Ministério do respectivo órgão instaurador, ou seja, ao órgão ministerial ao qual se vincula.

Ocorre que como o SESI e o SENAI não possuem em seus decretos de criação a vinculação ministerial em suas estruturas, ficando este papel de supervisão ministerial prejudicado, uma vez que os regramentos vigentes não conferem competência a nenhuma instituição/órgão para um agir ministerial no tocante à atuação como órgão a ser cientificado da instauração de tomada de contas especial.

A existência dessa supervisão ministerial é condição essencial ao prosseguimento da instauração da TCE e consequente validação do procedimento. Seu objetivo é um pronunciamento ministerial no âmbito de todas os órgãos que estão sob supervisão de uma pasta ministerial, o que se afasta do modelo normativo dos serviços sociais vinculados às entidades sindicais.

Prosseguindo na análise acerca da incompatibilidade dos módulos do e-TCE com as estruturas do SESI e do SENAI, é que o sistema está organizado de acordo com a origem dos recursos objeto da TCE, conforme consta na “Lista de Origens de Valores Reclamados”.

Ocorre que tanto o SESI como o SENAI, devido à natureza específica do “Sistema Indústria”, realizam conjuntamente contratações, parcerias, transferências voluntárias, em que mais de uma entidade configura como ordenadora de despesa. Contratações corporativas não possuem espaço no módulo de instauração de TCE, materializando mais um empecilho de instauração por mais de um órgão.

Neste contexto, o módulo não atende à estrutura do Sistema Indústria, pois, por exemplo, apurado débito em um contrato corporativo, apenas um entidade deve atuar como instauradora do débito oriundo da contratação questionada. Isso porque o e-TCE apenas permite que uma unidade instauradora atue por vez, devendo-se considerar o montante total do prejuízo “ao erário”.

A única e exclusiva possibilidade de prosseguir com instauração do procedimento é a unidade instauradora (SESI ou SENAI) preencher os módulos com informações duvidosas e, muitas vezes, conflituosas, o que pode gerar apurações de responsabilidades em duplicidade e desviadas da finalidade que se propõe.

Desta forma, as deliberações do TCU que determinam ao SESI e ao SENAI a instauração de tomada de contas especial por meio do sistema e-TCE se tornam impossíveis de serem cumpridas, vez que o sistema não está parametrizado para a estrutura dessas entidades.

2.4 DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA QUE O MINISTÉRIO APROVADOR DAS PEÇAS ORÇAMENTÁRIAS DO SESI E DO SENAI TAMBÉM ATUE COMO “SUPERVISOR” NOS PROCESSOS DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS

Conforme disposto no art. 2º da Portaria nº 263 do Ministério da Economia, de 05 de junho de 2019, restou subdelegada ao Secretário Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia, nos termos do disposto no Decreto nº 715, de 29 de dezembro de 1992, a competência para aprovar os **orçamentos gerais** do:

- I. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI;
- II. Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC;
- III. Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR;
- IV. Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT;
- V. Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP; e
- VI. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE.

A Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial do TCU justifica a necessidade de atuação do Ministério da Economia como “supervisor” com o argumento de que a competência para aprovação dos orçamentos gerais é suficiente para um agir ministerial apenas “cientificador” na instauração de TCE do SESI e do SENAI.

Neste particular, utiliza como precedente a instauração de tomada de contas especial por outras entidades do “Sistema S” que em suas constituições – mais recentes que os regramentos instituidores do SESI e do SENAI - já preveem explicitamente o instrumental que deve ser adotado na supervisão ministerial.

Este entendimento da secretaria parte de premissa equivocada ao caracterizar, como decorrente da supervisão ministerial, a competência advinda da Lei 2.613/1955 (autoriza a União a criar o Serviço Social Rural) que, em seu art. 13¹⁰, estabeleceu ao Poder Executivo Federal o papel de **aprovar os orçamentos** do SENAI, do SESI, do SESC e do SENAC.

Não se pode confundir uma coisa com a outra. A competência legal advinda do mencionado art. 13 confere efetividade ao controle finalístico que cabe ao Poder Público exercer sobre a aplicação dos recursos compulsoriamente arrecadados das empresas contribuintes.

¹⁰ 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)

Nada tem a ver com subordinação ou supervisão da gestão e das atividades daqueles serviços sociais autônomos.

Note-se que o art. 11 da Lei 2.613/1955, a um só tempo, determina a aprovação do orçamento pelo presidente da República (controle finalístico prévio), bem como a remessa das contas executadas ao Tribunal de Contas da União (controle finalístico posterior):

Art 11. O S. S. R. é obrigado a elaborar anualmente um orçamento geral, **cuja aprovação cabe ao Presidente da República, que englobe as previsões de receitas e as aplicações dos seus recursos** e de remeter ao Tribunal de Contas no máximo até 31 de março do ano seguinte, as contas da gestão anual, acompanhadas de sucinto relatório do presidente, indicando os benefícios realizados.

(...)

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).

Esse conjunto legal não confere ao Poder Executivo outra competência para além da aprovação do orçamento nem dele é permitido extrair, por extensão ou analogia, qualquer comando que inclua aqueles serviços sociais autônomos no rol dos órgãos e entes públicos sujeitos à supervisão de qualquer ministério.

O Decreto 715, de 29/12/1992, com a redação dada pelo Decreto 3.334, de 11/1/2000, é claro quanto àquele aspecto, ao delimitar a delegação da competência do presidente da República de aprovação do orçamento ao ministro do Trabalho:

Art. 1o Fica **delegada ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego competência para aprovar os orçamentos gerais do Serviço Social da Indústria (SESI), do Serviço Social do Comércio (SESC), do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), do Serviço Social do Transporte (SEST), do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP).**(Redação dada pelo Decreto nº 3.334, de 11.1.2000)

Com efeito, o papel que cabe ao Ministério é exatamente o de aprovar o orçamento, considerando a missão institucional do respectivo serviço social autônomo, cujo papel social de atendimento a uma determinada coletividade (indústria, comércio ou transporte) não se confunde com as políticas públicas executadas pelo Estado. E aqui não se faz qualquer avaliação crítica acerca da (in)competência do ministro da Economia para subdelegar, por meio da Portaria 263, de 3/5/2019, a competência que o Decreto 715/1992 conferiu ao ministro do Trabalho e não a ele.

A pretensão decorrente da exigência da indicação do órgão ministerial como supervisor no procedimento de tomada de contas especial também encontra obstáculo no modelo estrutural e organizacional da Administração Pública. Veja-se o disposto nos artigos 19 e 20 do Decreto-lei 200/1967:

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.

Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.

O art. 183 do Decreto-lei 200/1967, ao remeter o controle finalístico às regras decorrentes dos seus próprios normativos de regência, reforça a não submissão desses serviços sociais ao controle ministerial, confirmando a inteligência do modelo concebido na década de 40 e recepcionado pela Constituição de 1988:

Art. 183. As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.

O Decreto-lei 200/1967 se ajustou comodamente à estrutura concebida pela Constituição Federal à Administração Pública, em seu art. 37. Em reforço a opção constitucional pela não inclusão dos serviços sociais autônomos no rol taxativo da Administração Pública, o seu art. 240:

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.**

Na medida em que vinculadas às confederações patronais sindicais, aquelas entidades não podem estar submetidas à supervisão ministerial, nem que lei assim quisesse. Neste ponto, a Constituição tratou de conferir autonomia aos entes sindicais e os protegeu contra interferência e intervenções estatais que busquem molestar as suas atribuições institucionais, dentre as quais, a administração superior dos serviços sociais autônomos:

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

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, **vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;**

Portanto, não por outra razão, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já se posicionou pela inexistência de competência por parte do Poder Executivo Federal **para qualquer tipo de atribuição, que extrapole o controle finalístico exercido pelo ministério competente**, por delegação, quando da aprovação da peça orçamentária do SENAI e dos demais serviços sociais autônomos vinculados às confederações sindicais patronais.

Em verdade, a Constituição Federal sequer autoriza a supervisão sugerida pelo Tribunal de Contas da União, diante dos obstáculos intransponíveis advindos dos comandos normativos decorrentes dos seus artigos 37 e 240.

No mais, ainda que fosse possível ajustar a legislação do SENAI e do Sesi para acolher a pretendida supervisão ministerial na tomada de contas especial, o que se amoldaria a um controle efetivo na gestão (e não finalístico), as demais entidades do chamado “Sistema S” jamais poderiam ser utilizadas como parâmetro referencial para a exigência em comento.

Em que pese diversas entidades tenham sido apontadas como passíveis de agir como instauradoras de tomada de contas especial, as suas finalidades e estruturas organizacionais, bem como respectivos modelos diretivos e de governança evidenciam possuírem naturezas jurídicas distintas.

A clara distinção dos serviços sociais autônomos vinculados aos entes sindicais patronais, daqueles que não se constituíram neste formato já foi notada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 789.874, que decidido sob o rito da repercussão geral, os ministros foram unânimes em afastar a incidência do art. 37 da Constituição sobre as contratações de empregados dos serviços sociais autônomos vinculados aos entes patronais sindicais.

Naquela oportunidade, o STF entendeu por bem fazer a distinção entre os serviços sociais clássicos – os que são vinculados aos entes sindicais patronais e gozam verdadeiramente de autonomia gerencial e financeira –, dos demais formalmente nominados de serviços sociais, a exemplo da ABDI. Veja-se:

3. (...)

Presente esse quadro normativo, pode-se afirmar **que os serviços sociais do Sistema “S”, vinculados às entidades patronais de grau superior e patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, receberam, tanto da Constituição Federal de 1988, como das legislações que os criaram, inegável autonomia administrativa, limitada, formalmente, apenas ao controle finalístico**, pelo Tribunal de Contas, de aplicação dos recursos recebidos.

(...)

4. **É importante não confundir essas entidades, nem equipará-las com outras criadas após a Constituição de 1988, cuja configuração jurídica tem peculiaridades próprias.** É o caso, por exemplo, da Associação das Pioneiras Sociais - APS (serviço social responsável pela manutenção da Rede SARAH, criada pela Lei 8.246/91), da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX (criada pela Lei 10.668/03) e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (criada pela Lei 11.080/04). Diferentemente do que ocorre com os serviços autônomos do Sistema “S”, essas novas entidades (a) tiveram sua criação autorizada por lei e implementada pelo Poder Executivo, não por entidades sindicais; (b) não se destinam a prover prestações sociais ou de formação profissional a determinadas categorias de trabalhadores, mas a atuar na prestação de assistência médica qualificada e na promoção de políticas públicas de desenvolvimento setoriais; (c) são financiadas, majoritariamente,

por dotações orçamentárias consignadas no orçamento da própria União (art. 2º, § 3º, da Lei 8.246/91, art. 13 da Lei 10.668/03 e art. 17, I, da Lei 11.080/04); (d) estão obrigadas a gerir seus recursos de acordo com os critérios, metas e objetivos estabelecidos em contrato de gestão cujos termos são definidos pelo próprio Poder Executivo; e (e) submetem-se à supervisão do Poder Executivo, quanto à gestão de seus recursos.

(...)

Justamente por isso, a doutrina especializada registra e classifica:

“(...) dois tipos distintos de Serviços Sociais Autônomos: a) aqueles aos quais foi atribuída capacidade tributária para arrecadar e gerir contribuições sociais, e que atuam em uma nova atividade criada pela iniciativa privada para o desenvolvimento de atividades do terceiro setor; e b) aqueles cuja subsistência decorre de repasses governamentais, decorrentes de receita própria, seja em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos obtidos interna ou externamente, e que são criados a partir de um órgão público preexistente, assumindo-lhe as funções e que, para sua efetiva implementação como instrumentos da atuação do Estado nesta área, devem estar acompanhados de contrato de gestão.

Em vista dos esclarecimentos acima, é de se concluir que exercer o papel de supervisor nas tomadas de contas especiais que venham a ser instauradas pelos serviços sociais autônomos, em especial e no que aqui se trata, pelo SESI e pelo SENAI, extrapola o papel ministerial de chancela orçamentária, que vem sendo cumprido de acordo e nos limites e garantias próprios que a lei e a Constituição concedem ao Poder Executivo e ao SESI e SENAI.

2.5 INADEQUAÇÃO NA INDICAÇÃO DOS DEPARTAMENTOS NACIONAIS COMO INSTÂNCIA “SUPERVISORA” NAS TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS

Tanto o SESI como o SENAI são pessoas jurídicas únicas, com patrimônios únicos e receitas próprias, com regulamento e regimento que preveem suas organizações em órgãos normativos e de execução, em âmbitos nacionais e regionais, atuando sob regime de unidades normativas e descentralização administrativa.

Significa dizer que, obedecidos os ditames legais, estatutários e as diretrizes gerais emanadas dos órgãos normativos, os órgãos de execução, denominados departamentos regionais e nacionais, têm autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional, contratual, trabalhista, para consecução dos objetivos da instituição.

Os decretos de criação do SESI e do SENAI não definiram as naturezas jurídicas destas entidades, os seus princípios sistêmicos, nem enunciaram as suas estruturas organizacionais e de governanças internas, as competências de seus órgãos e as suas vinculações às federações e confederação das indústrias.

Competiram aos regimentos internos do SESI e do SENAI, ambos elaborados pela CNI, a definição das competências dos órgãos executivos das entidades, sendo que no art. 32 do Regulamento do SESI e no art. 28 do Regimento do SENAI foram atribuídas as competências dos departamentos nacionais.

De forma resumida, compete aos departamentos nacionais a organização, execução, elaboração de estudos, programas, orientações aos departamentos regionais, além de acompanhar e avaliar o cumprimento de metas, prestar orientações orçamentárias e contábeis, buscando a uniformidade na atuação.

Não se verifica subordinação executiva dos departamentos nacionais do SESI e do SENAI com os departamentos regionais dessas entidades, uma vez que estes órgãos foram concebidos e detalhados nos regimentos das entidades, sendo frações das mesmas pessoas jurídicas de direito privado. Todos os “departamentos” (nacionais e regionais) são dotados de alto grau de autonomia para melhor realização dos objetivos das instituições, devendo ser observada a diretriz sistêmica de generalidade versus peculiaridade.

Logo, merece repúdio a interpretação de que os departamentos nacionais atuam como uma esfera supervisora, lhes atribuindo uma competência semelhante à subordinação da administração pública federal aos respectivos ministérios, sendo este entendimento equivocado.

3 CONCLUSÃO

Diante dos diversos aspectos levantados a respeito da instauração de tomada de contas especial pelos serviços sociais autônomos, em especial, pelo SESI e pelo SENAI, observa-se a existência de obstáculos tanto procedimentais como legais, a permitir que estas entidades, ao menos no modelo atual, atuem nos formatos descritos das Instruções Normativas Nº 71 e Nº 76 e da Decisão Normativa Nº 155, todas no TCU.

Como vimos, por ser o sistema e-TCE de cunho bastante amplo e juridicamente indeterminado com relação aos seus destinatários, há a necessidade de interpretação restritiva das normativas que dispõem sobre o procedimento, sob pena de incorrer em impropriedades e erros nas informações preenchidas quando da instauração do processo.

Logo, considerando que da decisão da instauração de tomada de contas especial não cabe recurso, é necessário a realização de um trabalho institucional em nível nacional, para que (i) ou o sistema e-TCE seja parametrizado à instauração de tomada de contas especial pelos serviços sociais autônomos; (ii) ou seja criado mecanismo para evitar a ameaça de responsabilização de gestores na ausência de cumprimento de determinação do TCU que delibere sobre a incumbência de instauração de tomada de contas especial pelo SESI e pelo SENAI.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SALLES, Alexandre Aroeira. *O Processo nos Tribunais de Contas: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de Gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 12, ano 3, out./dez. 2001

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

TCU. Instrução Normativa. Nº 72. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, de 28.11.2012.

TCU. Instrução Normativa. Nº 76. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, de 23.11.2016.

TCU. Decisão Normativa. Nº 155. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, de 23.11.2016.

TCU. Portaria. Nº 122. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, de 28.04.2018.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Portaria. Nº 263. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, de 05.06.2019.

BRASIL. Lei. Nº 2663. Autoriza a União a criar uma Fundação denominada Serviço Social Rural. Brasília, DF. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], de 27.09.1955.

BRASIL. Decreto. Nº 715. Delega aos Ministros de Estado, do Trabalho e da Indústria, Comércio Exterior e Serviços competência para aprovar os orçamentos das entidades que menciona. Brasília, DF. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], de 30.12.1992.

BRASIL. Decreto-Lei. Nº 200. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], de 27.02.1967.

TCU. Acórdão. Relator Ministro Benjamin Zymler. Nº 8614/2021. Primeira Câmara. Brasília, DF, de 08.06.2021.

STF. Acórdão. Relator Ministro Teori Zavascki. Nº 789.874. Plenário. Brasília, DF, de 17.09.2014.

Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI): atualizado pelo decreto nº 6.635, de 5 de novembro de 2008. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 2009.

Regulamento do Serviço Social da Indústria (SESI): atualizado pelo decreto nº 6.637, de 5 de novembro de 2008. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 2009.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



6 – APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.800/19 AOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E FEDERAÇÕES SINDICAIS DA INDÚSTRIA

Matheus Henrique Costa Maia
Jordana Generoso Tomazzi de Oliveira

Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais

RESUMO / ABSTRACT:

O presente artigo pretende analisar a aplicabilidade da Lei nº 13.800/19 pelas Entidades dos Serviços Sociais Autônomos e Federações Sindicais da Indústria, que autorizou a constituição de fundos patrimoniais com o objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas, projetos e demais finalidades de interesse público, dentre estes interesses, a **educação básica e continuada**. Por meio dos Instrumentos de parceria e termos de execução dos programas, os fundos patrimoniais mais conhecidos como “*endowment*” ou “*endowment funds*”, constituídos nos termos da Lei nº 13.800/19, poderão apoiar instituições públicas e privadas que exerçam atividades de interesse público, como desenvolvimento da ciência e tecnologia, pesquisa e inovação, saúde, meio ambiente, cultura e esportes, segurança pública, dentre outras tantas finalidades de interesse público.

Palavras-chave: 1) Endowments. 2) Fundos Patrimoniais. 3) Educação Básica. 4) Serviços Sociais Autônomos e Federações Regionais. 5) Sustentabilidade financeira e perpetuidade das Entidades.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo propor discussões referentes à captação de recursos pelos Serviços Sociais Autônomos e pelas Entidades Patronais de Grau Superior a eles vinculados. O trabalho decorre da oportunidade de implementação de aprofundar mecanismos de financiamento eminentemente privados que possam, de alguma maneira, contribuir para a **sustentabilidade financeira e perpetuidade das referidas Entidades** que, por longa data, atuam com destacada relevância como agentes comprovadamente eficientes na utilização de recursos destinados à diversas áreas de interesse social e coletivo, especialmente na defesa dos interesses da indústria e dos industriários, inclusive ofertando serviços educacionais de forma gratuita e permanecendo, ainda assim, operacionalmente rentáveis, embora majoritariamente dependentes das Contribuições Compulsórias instituídas por Lei.

Pretende-se apresentar uma alternativa de financiamento próprio, desvinculada à atividade Estatal ou da conjuntura econômica, cujos recursos recebidos podem ser reinvestidos ciclicamente em diversas finalidades de interesse social.

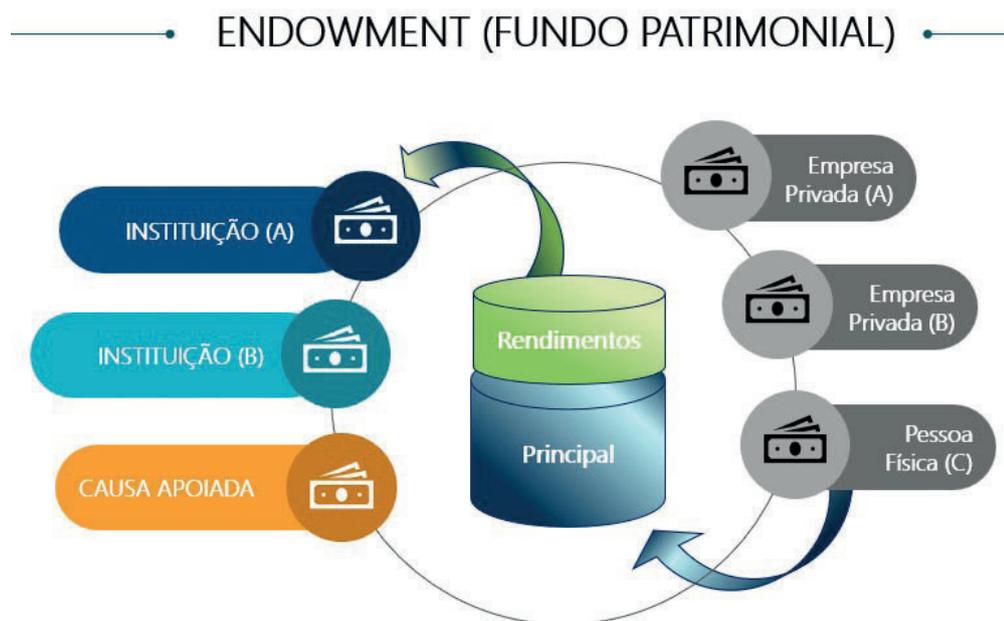
1 NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DOS *ENDOWMENTS FUNDS* (FUNDOS DE INVESTIMENTO PATRIMONIAIS/FILANTRÓPICOS)

Os Fundos Patrimoniais, no Brasil, foram brevemente regulamentados pela MP 851/2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.800/2019, que disciplinou a constituição e organização dos Fundos, seus mecanismos de captação e utilização de recursos, princípios e regras mínimas de governança e gestão, com o intuito de constituir *fonte de recursos de longo prazo* à instituição apoiada, a partir da preservação de seus recursos e **aplicação de seus rendimentos**.

A definição jurídica do instituto é trazida pelo próprio Art. 2º, IV, como “conjunto de ativos de natureza privada instituído, gerido e administrado pela organização gestora de fundo patrimonial com o intuito de constituir fonte de recursos de longo prazo, a partir da preservação do principal e da aplicação de seus rendimentos.”

Felipe Linetzky Sotto-Maior (2011, p. 66), define fundos patrimoniais como:

estruturas que recebem e administram bens e direitos, majoritariamente recursos financeiros, que são investidos com os objetivos de preservar o valor do capital principal na perpetuidade, inclusive contra perdas inflacionárias, e gerar resgates recorrentes e previsíveis para sustentar financeiramente um determinado propósito, uma causa ou uma entidade.¹



¹ HIRATA, Augusto Jorge. Fundos patrimoniais e organizações da Sociedade Civil. FGV Direito. São Paulo. 2019.

Outras questões que posteriormente serão melhor abordadas neste trabalho, devem ainda ser observadas visando a estruturação adequada dos fundos patrimoniais em relação à Entidade gestora, às Instituições apoiadas e às limitações de utilização dos recursos, à medida que fundos próprios e segregados, certamente adotarão estruturas diferentes.

No Brasil, a legislação está mais direcionada às parcerias e destinação dos recursos em favor de Organizações da Sociedade Civil (OSC), sem estipular, no entanto, qualquer vedação à utilização dos recursos por entidades *privadas* apoiadas, *desde que sem fins lucrativos*.

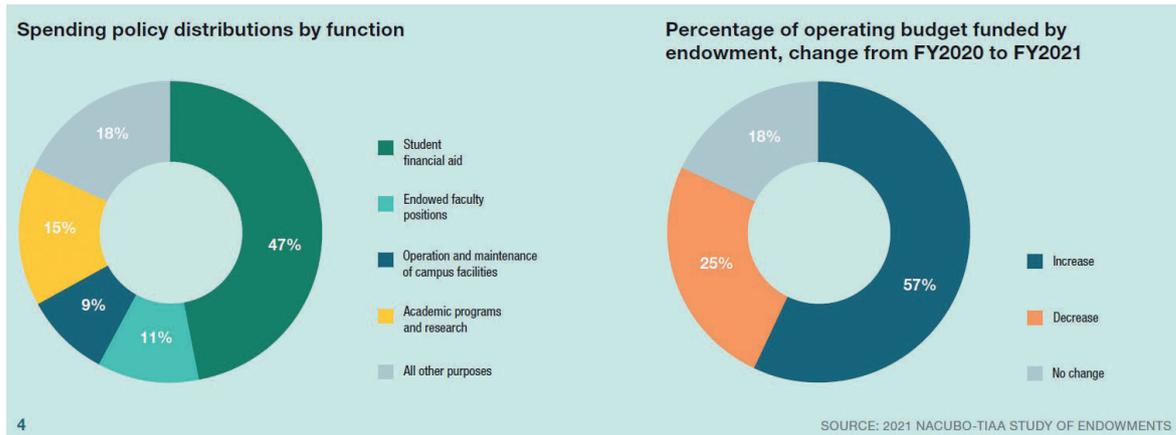
Nos Estados Unidos, berço deste modelo de perpetuidade de financiamento das instituições e causas apoiadas pelas suas mantenedoras e apoiadores (“*donors*”), a **gestão financeira profissional e eficiente** dos recursos oriundos das doações realizadas, têm apresentado retornos financeiros expressivos e **consistentes** ao longo dos anos, convertendo-se em ferramenta imprescindível ao financiamento das despesas da Universidade, garantindo, também, a eficiência e direcionamento pretendidos para aplicação dos recursos em favor das causas apoiadas pelos doadores e pela instituição de ensino.

Neste sentido, oportuno ilustrar a eficiência de alguns *endowments* universitários, como os fundos da *Stanford University* e *Yale University*, que de acordo com os *reports* de 2021, tiveram retornos de **US\$ 12.1 bilhões** e contribuíram, respectivamente, por 21% e 35% das despesas/orçamento da Universidade.²

O estudo revela oportuna a reflexão, à medida que as instituições de ensino superior norte-americanas consolidam a gestão de um patrimônio total de **US\$ 821 bilhões** em fundos patrimoniais (“*endowments*”) capazes de suportar em 2020, cerca de **US\$ 23.3 bilhões** em apoios financeiros aos estudantes e às universidades, sendo que deste valor, 48% correspondem à apoio financeiro aos alunos e 17% para atividades acadêmicas, como pesquisa, tutoria, dentre outros programas.³ Acreditamos que este mercado possa se expandir no Brasil e, com sorte, corrigindo o problema da escassez de recursos estatais para a educação básica.

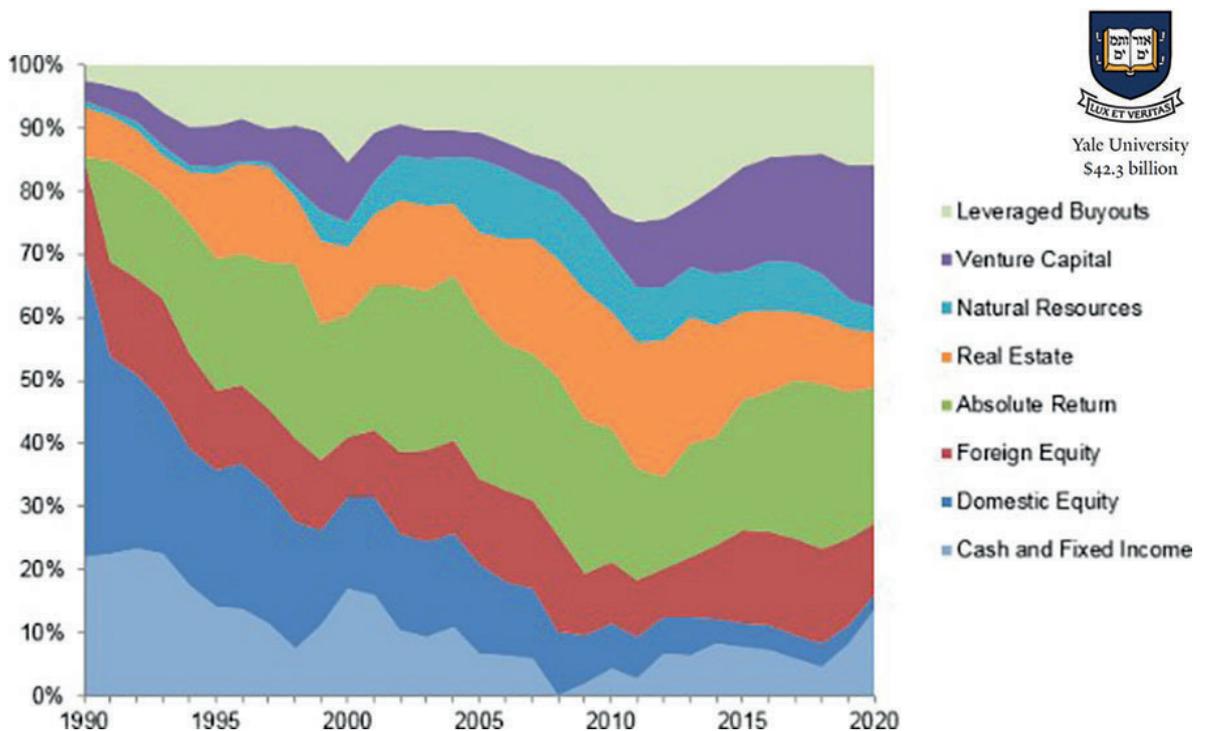
² The Yale Endowment. 2021 (<https://news.yale.edu/2021/10/14/yale-endowment-earns-402-investment-return-fiscal-2021>) e Stanford University Investment Report 2021. Disponível em: https://smc.stanford.edu/assets/Stanford-University-Investment-Report_2021.pdf

³ <https://www.nacubo.org/Press-Releases/2021/Higher-Education-Endowments-Provide-More-Than-23-Billion-to-Support-Students-Mission>



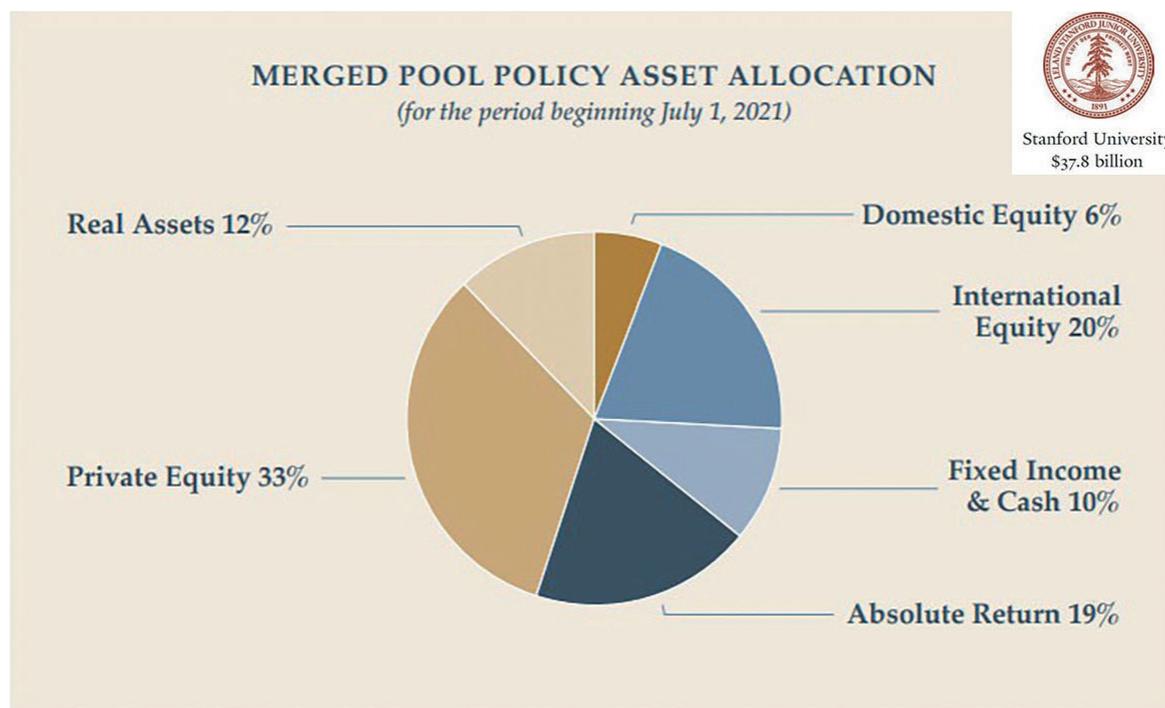
Ainda nos Estados Unidos encontram-se os maiores *endowment funds* em volume de recursos, cuja gestão dos recursos em geral se utiliza de **alocação** de portfólio extremamente **variada** e com **exposição ao risco ajustada aos retornos estimados acima da inflação, de acordo os gráficos a seguir:**

YALE ASSET ALLOCATION (Portfólio de Investimentos)⁴
VOLUME DE RECURSOS EM 2021: US\$ 42.3 bilhões de dólares



⁴ <https://investments.yale.edu/>

STANFORD ASSET ALLOCATION (Portfólio de Investimentos)⁵:
VOLUME DE RECURSOS EM 2021: US\$ 37.8 bilhões de dólares



HARVARD ASSET ALLOCATION & PERFORMANCE
 (Portfólio de Investimentos e Retorno em 2021)⁶
VOLUME DE RECURSOS EM 2021: US\$ 53.2 bilhões de dólares



Harvard University
\$53.2 billion

Performance

| Asset Class | Allocation | Return |
|-------------------|-------------|------------|
| Public Equity | 14% | 50% |
| Private Equity | 34% | 77% |
| Hedge Funds | 33% | 16% |
| Real Estate | 5% | 13% |
| Natural Resources | 1% | (1)% |
| Bonds/TIPS | 4% | 3% |
| Other Real Assets | 1% | 1% |
| Cash & Other* | 8% | --- |
| Endowment | 100% | 34% |

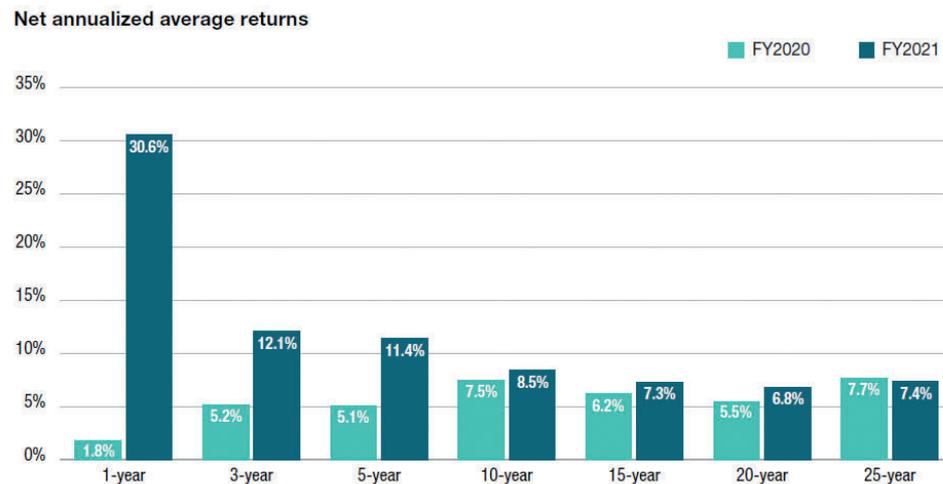
*Cash held alongside equity index hedges used to reduce risk.

⁵ **Stanford University Investment Report 2021.** Disponível em: https://smc.stanford.edu/assets/Stanford-University-Investment-Report_2021.pdf

⁶ **Harvard Management Company 2021.** Disponível em: https://www.hmc.harvard.edu/wp-content/uploads/2021/10/FY21_HMC_Annual_Report.pdf

Historicamente, os retornos anualizados perfazem incríveis 7,4% de retorno durante os últimos 25 anos, conforme demonstrado no gráfico abaixo: ⁷

FY2021's market environment caused annualized returns to rise ...



Entendemos que ainda há certa imprecisão em relação a alguns aspectos da Lei nº 13.800/19, pois carecem de maior segurança jurídica quanto à interpretação do texto legal e dos efeitos jurídicos, inclusive tributários, decorrentes de sua utilização. No entanto, a normativa já representou um grande avanço ao estabelecer diretrizes básicas a serem cumpridas pelos Agentes envolvidos em todos os âmbitos dos *Endowments* no Brasil, incluindo sugestões de uma estruturação mínima para a constituição dos Fundos Patrimoniais, de acordo com o Art. 2º, conforme esquematizamos a seguir:

| | |
|--|---|
| Instituição Apoiada (Art. 2º, inciso I) | Podem ser Instituições públicas ou privadas, sem fins lucrativos , bem como os órgãos a ela vinculados dedicados à consecução de finalidades de interesse público e beneficiários de programas, projetos ou atividades financiados com recursos de fundo patrimonial. |
| OGFP – Org. Gestora do Fundo Patrimonial (Art. 2º, inciso II) | Pode ser qualquer Instituição privada sem fins lucrativos instituída na forma de associação ou de fundação privada com o intuito de atuar EXCLUSIVAMENTE para um fundo patrimonial, na <i>captação</i> e na <i>gestão</i> das doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas e do patrimônio constituído do fundo. As OGFP poderão enquadrar seus respectivos fundos como Fundos Patrimoniais, desde que adequem seus Estatutos Sociais às disposições na Lei 13.800/19, bem como atribuir a gestão do fundo à uma ou mais administradoras de recursos registradas na CVM. |
| Organização Executora (Art. 2º, inciso III) | Instituição sem fins lucrativos ou organização internacional reconhecida e representada no País, que atua em parceria com instituições apoiadas e que é responsável pela execução dos programas, dos projetos e de demais finalidades de interesse público. |

⁷ <https://www.nacubo.org/-/media/Nacubo/Documents/research/2021-NTSE-Public-Tables--Executive-Summary-February-18-2022.ashx?la=en&hash=FA6BCBFCEC3039F61F6C615F95C25575669D4FBB>

Interessante observar o alto grau de discricionariedade atribuído aos agentes envolvidos, pela Lei nº 13.800/19 no que tange à *arrecadação, gestão e alocação* dos recursos geridos pelos respectivos *Endowments*, visando a perpetuidade das instituições e da adequada destinação dos recursos disponíveis.

Quanto às regras básicas de atribuições e Governança estipuladas pela Normativa, o Art. 5º, inciso II regulamentou que a OGFP (Organização Gestora do Fundo Patrimonial), será dotada de **Conselho de Administração, Comitê de Investimentos e Conselho Fiscal**, ou *órgãos semelhantes*, sem prejuízo da possibilidade de implantação de outros Órgãos e da definição de regras próprias para a participação efetiva dos doadores na composição destes órgãos.

1.1 PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA

A constituição do fundo patrimonial, como pessoa jurídica própria e autônoma, acaba por segregar patrimonialmente os agentes envolvidos. Ou seja, em princípio, e ainda que consideradas as fragilidades impostas pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a legislação priorizou a **separação administrativa e financeira dos gestores e das instituições apoiadas**, estabelecendo uma clara separação entre as **condutas e atribuições de todos**, a responsabilidade e o patrimônio dos doadores, dos gestores e das instituições apoiadas pelo fundo patrimonial⁸.

1.2 ASPECTOS DE GOVERNANÇA DA ORGANIZAÇÃO GESTORA DO FUNDO PATRIMONIAL

Os Arts 5º e 6º da Lei nº 13.800/19 trazem algumas definições acerca da constituição e funcionamento da OGFP, o que impactará diretamente na tese de investimentos, alocação de recursos e na própria gestão financeira de um determinado fundo patrimonial. Assim, a fundação ou associação criada para a gestão de um determinado fundo patrimonial, em seu ato constitutivo, deverá definir:

- I. as instituições apoiadas ou causas de interesse público às quais serão destinadas as doações recebidas, sendo **VEDADAS quaisquer alterações** sem aprovação de *quórum qualificado*, a ser definido de acordo com o seu Estatuto.
- II. Formas de aprovação das políticas de **gestão**,

⁸ HIRATA, Augusto Jorge. Fundos patrimoniais e organizações da Sociedade Civil. FGV Direito. São Paulo. 2019. p. 27.

- III. Formas de aprovação das políticas de *investimento*;
- IV. Formas de aprovação das políticas de *resgate e aplicação de recursos*, observando também as diretrizes e limites estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional ou CVM⁹, conforme aplicável, bem como a formalização dos termos de parceria e termos de execução necessários.¹⁰

Neste aspecto, oportuno observar que a Legislação, talvez por sua maior proximidade com as doações direcionadas às entidades eminentemente *públicas*, se por um lado garante o direcionamento de recursos para determinadas instituições públicas, de certa forma acaba por reduzir a agilidade da OGFP para *alterar* as instituições por ela apoiadas. Novamente, a imprecisão técnica da legislação acaba por não deixar claro se instituições/causas que não estejam expressamente descritas nos termos de constituição do *endowment* poderão ser eventualmente contempladas por certas doações ou se deverão, necessariamente, ser incluídas ou excluídas exclusivamente por meio da deliberação qualificada de seus membros.

Salvo melhor juízo, não nos parece razoável simplesmente entender que, numa situação hipotética, um determinado *endowment* direcionado à *saúde*, seja impedido de destinar bens e recursos a um hospital que possa aproveitar tais recursos mas que não esteja expressamente mencionada em seu Estatuto, ainda que de forma excepcional. Mais absurdo ainda, e com as devidas *venias*, seria admitir que tal destinação de recursos – mesmo quando havida com a observância das formalidades dos respectivos Termos de Parceria e Termos de Execução obrigatórios – poderia ensejar a responsabilização dos gestores, nos termos do Art. 26, §2º, inciso II.

De toda sorte, visando sugerir um regramento mínimo, inicialmente a legislação estabeleceu as regras básicas de constituição e governança da OGFP, conforme demonstrado a seguir:

| | |
|----------------------------------|--|
| Conselho de Administração | Composição de até sete membros, que podem ser, inclusive, remunerados. Poderão também ser admitidos outros integrantes, desde que, sem remuneração |
| Conselho Fiscal | Composto por três a cinco membros, com experiência e formação técnica condizente com as atividades de Conselheiro, sendo responsável por fiscalizar os gestores e elaborar os relatórios periódicos competentes. |
| Comitê de Investimentos | Composto por três a cinco membros, também com experiência técnica condizente com as atividades relacionadas à gestão dos recursos do Fundo Patrimonial, bem como recomendar ao Conselho de Administração, a política de investimentos e regras de resgate, além de acompanhar a atuação dos gestores dos recursos do Fundo e elaborar os relatórios periódicos competentes. |

⁹ Conforme disposto no Art. 20 da Lei nº 13.800/19 e Instrução Normativa 558 CVM

¹⁰ Conforme disposto no Art. 21, *caput* da Lei nº 13.800/19.

Visando a melhor constrição da temática do Artigo, não adentraremos de forma mais aprofundada nas regras avançadas de governança e **CONTROLE** estabelecidas pela Legislação, à medida que, pretende-se apenas avaliar a possibilidade jurídica de utilização dos mecanismos de financiamento estabelecidos pela Lei nº 13.800/19 aos Serviços Sociais Autônomos e Federações Sindicais da Indústria, sendo impossível delimitar as regras que podem ser pactuadas pelos agentes e Partes relacionadas, no caso concreto.

Portanto, é pertinente recomendar ao *endowment* e aos seus doadores, que estabeleçam desde o princípio, um regramento próprio e **suficientemente robusto** quanto às (i) *políticas de doação*, (ii) de *solução de conflito de interesses*, (iii) de *investimentos* e (iv) *código de ética* minimamente capazes de ao menos **MITIGAR**, na prática e de acordo com o caso concreto, situações que acabariam por expor os agentes envolvidos na gestão do fundo – **e das instituições apoiadas** – a riscos de conformidade diversos, impactando na perpetuidade do fundo patrimonial.

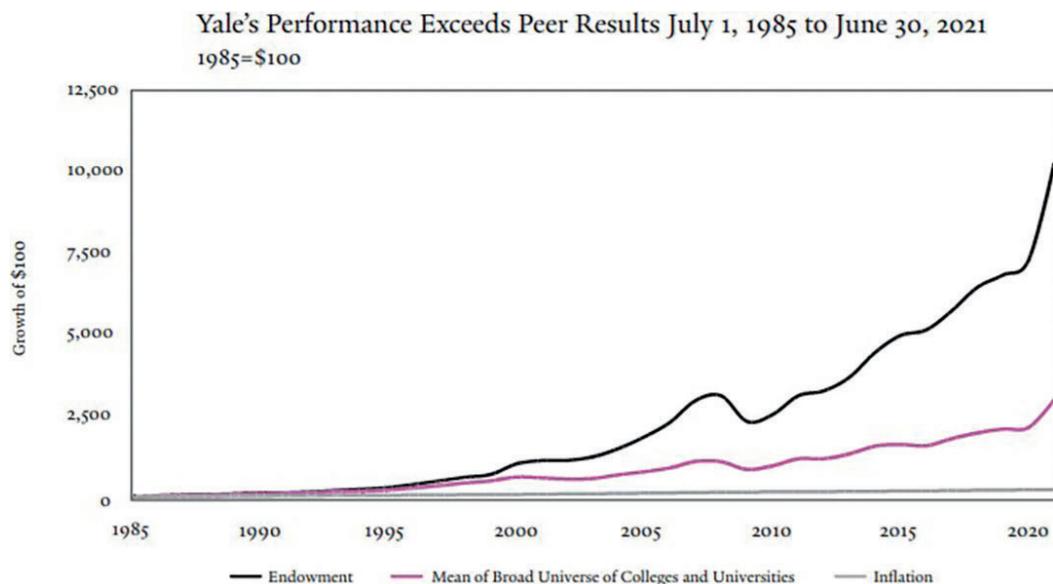
1.3 O GESTOR DE RECURSOS E A NECESSÁRIA ADERÊNCIA À POLÍTICA DE INVESTIMENTOS DO *ENDOWMENT*

O Gestor de Recursos exercerá um papel de extrema relevância no *endowment*. Afinal de contas, é ele o agente responsável pela rentabilidade financeira dos recursos do fundo patrimonial e, conseqüentemente, pela capacidade de gerar retornos financeiros reais ao fundo, disponibilizando-os para efetiva destinação em favor das instituições, projetos, causas e programas apoiados pelo *endowment*, contribuindo decisivamente para a sua *sustentabilidade* e perpetuidade.

A *necessidade de retorno* do fundo deve estar aderente aos seus objetivos, de forma que o gestor deverá buscar MITIGAR os efeitos de uma alocação demasiadamente exposta ao risco, ultrapassando limites incompatíveis com as necessidades e objetivos de rentabilidade do fundo e colocando, sob dúvida, a sua perpetuidade e a consecução de seus objetivos.

David Swensen, cujos grandiosos feitos à frente do “*The Yale Endowment Fund*” de 1985 até 2021, em muito inspiraram e encorajaram a pesquisa para realização deste trabalho acadêmico, destacava “*o risco de ser diferente*”, tendo sido extremamente exitoso em criar estratégias de diversificação e análise de risco criteriosas, que pudessem gerar retornos financeiros igualmente diferenciados, contemplando alocações que variam desde títulos de tesouro americanos (*bonds*) e de outros países, bem como aquisição em *private equity*, de empresas tanto no mercado doméstico quanto no exterior, **gerando retornos reais muito superiores** à inflação do período, de forma consistente e resiliente ao longo dos anos, superando inclusive outros Endowments universitários, como veremos no gráfico a logo seguir.

De forma que os estudos e modelos já estruturados principalmente pelos grandes fundos de endowment, atestam a capacidade de geração de resultados consistentes, convertendo-se em fonte de receitas bastante relevante para a sustentabilidade financeira da Universidade, bem como de apoio acadêmico e financiamento estudantil. Assim, ressalvadas expressamente as questões peculiares do cenário macroeconômico no Brasil, o presente trabalho pretende contribuir para fomentar a criação e adoção de mecanismos privados ao financiamento da educação básica e continuada, que também possam contribuir para a sustentabilidade e perpetuidade das Federações Sindicais dos Serviços Sociais Autônomos.



Certamente inspirada a estas situações, a legislação nacional estipulou a contratação de **gestores profissionais**, obrigados a seguir, conforme aplicável, os *limites prudenciais estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (art. 20, caput)* e recomendou, de certa forma, a contratação de agentes registrados na CVM¹¹, como analistas, consultores e administradores de carteiras de valores mobiliários.

Conforme já abordamos, uma vez determinadas as políticas de investimento do fundo patrimonial, caberá ao gestor, buscar no mercado as alocações que possam gerar maior rentabilidade possível ao fundo, de forma compatível com a consecução dos seus objetivos, necessidades e metas definidas.

A *Yale University*, por exemplo, já em 1972, estabeleceu uma *política de ética de investimentos*¹² que traçou uma série de critérios e procedimentos aos quais o fundo da Universidade estaria vinculado¹³, considerando uma série de **fatores adicionais aos econômicos** e que,

¹¹ CVM: Comissão de Valores Mobiliários

¹² “*Ethical Investing Policy*” (em tradução literal realizada pelo Autor)

¹³ *The Ethical Investor: Universities and Corporate Responsibility*. Published in March 1972 by the Yale University Press. Ethical Investing Policy. Disponível em <https://investments.yale.edu/social-responsibility>.

posteriormente, serviu de referência a uma série de políticas de investimentos implementadas por outras Universidades.

Estas referências básicas (“*guidelines*”) devem ser pontualmente revistos, sempre que o *board*¹⁴ do *Endowment* entender que uma situação ou caso concreto, demanda uma necessidade de *restrição* OU *direcionamento* dos recursos, seja em razão de questões referentes às causas e/ou às instituições apoiadas, em temas variados, como exemplificadamente, empresas fabricantes de armas, investimentos na África do Sul no período do *Apartheid*, empresas que se recusam a reconhecer o impacto social e financeiro das mudanças climáticas e que não agem para reduzir a emissão de gases do efeito estufa.

Neste mesmo sentido, o *report* de 2020 do SMC (Stanford Management Company), o que seria, em tese, equivalente à OGFP na gestão do Endowment da Stanford University, indicou que “*aproximadamente 25% do valor ativo de investimendo do “merged pool” (portfólio de investimentos da Stanford University) está alocado em companhias lideradas ou co-lideradas por mulheres ou pessoas de minorias éticas ou raciais.*”¹⁵

E conforme já abordamos, além da natural rentabilidade esperada pelo fundo, a própria escolha dos gestores por alocar os recursos em atividades e companhias específicas, representam um impacto significativo no crescimento destas empresas, que poderiam, não raro, encontrar dificuldades na captação de recursos para o financiamento de suas atividades empresariais.

1.4 O CONCEITO DE EXCLUSIVIDADE PARA OS FUNDOS PATRIMONIAIS

A Lei nº 13.800/19 absorveu o modelo de fundo patrimonial *segregado*, ao adotar a expressão “Organização Gestora” como sinônimo da Entidade que gere, **com exclusividade**, um “Fundo Patrimonial”, sendo a Instituição apoiada, a beneficiária dos recursos. (HIRATA, Augusto Jorge. Fundos patrimoniais e organizações da Sociedade Civil. FGV Direito. São Paulo. 2019. p. 15), contemplando, assim, apenas o modelo de *endowment* gerido por entidade DIVERSA da Instituição apoiada.

¹⁴ Para fins de facilitação da compreensão deste trabalho, a expressão “board”, aplicada neste contexto, será referente à denominação/referência genérica dos agentes/representantes das universidades responsáveis pela tomada de decisão sobre política de investimentos dos endowment funds americanos, à medida que cada fundo pode conter denominação, atribuições e limitações específicas não relevantes para o presente trabalho acadêmico.

¹⁵ Tradução livre para: “*Approximately 25% of the value of Stanford’s active investment portfolio is placed with external firms led or co-led by women or members of racial and ethnic minorities.*” – *Stanfor University Investment Report*

As experiências norte-americanas e europeias, contudo, atestam a viabilidade prática da adoção de mecanismos em que o fundo é gerido pela própria instituição destinatária dos recursos. Assim, mostra-se necessária a diferenciação entre os fundos patrimoniais *próprios* e fundos patrimoniais *segregados* (HIRATA. p.26) Portanto, para fins didáticos e visando contribuir para o avanço das discussões sobre o tema no Brasil, independentemente da disciplina instituída pela Lei, HIRATA propõe quatro elementos distintivos da delimitação da definição de Fundo Patrimonial, quais sejam: (i) a existência de um patrimônio capaz de gerar renda, (ii) **não gerido pelo antigo titular-doador**, com (iii) o objetivo de perpetuar uma atividade de (iv) interesse social.

O modelo sugerido pela legislação nacional, veda a impossibilidade de participação do doador na gestão do fundo, e por conseguinte, preserva a característica essencial ao endowment – que é a **vinculação patrimonial das doações** realizadas para a consecução dos objetivos definidos pelo fundo, comprometendo os agentes envolvidos (OGFP e Instituição Apoiada), a aplicar os recursos mas tão somente atividades pré-determinadas.

1.5 ESPÉCIES DE DOAÇÃO ADMITIDAS PELA LEI Nº 13.800/2019

Definidas no art. 14 e desde que recepcionadas pelos respectivos Estatutos sociais do fundo patrimonial, serão admitidas as doações de acordo com as categorias descritas abaixo:

| | |
|---|--|
| Doação permanente não restrita | Recurso cujo <i>principal</i> é incorporado ao patrimônio permanente do fundo e não pode ser resgatado. Os rendimentos oriundos destas doações podem ser utilizados em programas, projetos e demais Finalidades de interesse público. |
| Doação permanente restrita de propósito específico | Recurso cujo <i>principal</i> é incorporado ao patrimônio permanente do fundo Patrimonial e não pode ser resgatado. Os rendimentos <i>podem</i> ser utilizados em programas, projetos e demais Finalidades relacionados ao propósito previamente estabelecido no instrumento de doação , que inclusive poderá estipular determinados encargos ou obrigações futuras. |
| Doação de propósito específico | Recurso atribuído a projeto previamente definido no instrumento de doação, direcionado aos investimentos que serão realizados pelo Fundo. Não pode ser imediatamente utilizado e deve ser incorporado ao patrimônio permanente do fundo patrimonial. O <i>principal</i> pode ser resgatado pela OGFP de acordo com as regras e condições estabelecidos no instrumento de doação. |

HIRATA,¹⁶ no entanto, apresenta uma classificação que nos parece mais assertiva, de acordo com a destinação e restrições eventualmente impostas, combinando os critérios temporal e finalístico das doações:

| <i>Perenidade/ Especificidade</i> | <i>Propósito Específico</i> | <i>Livre (não restrita)</i> |
|---|---|--|
| <i>Permanente</i> | Doação permanente restrita de propósito específico. | Doação permanente. Não restrita. |
| <i>Empregável de acordo com as restrições da doação</i> | Doação de propósito específico. | Doação não regulada pela lei (sem relação com o fundo patrimonial) |

Nota-se que a legislação, novamente por sua maior aderência à celebração de parcerias com instituições **públicas** e consecução de objetivos de *interesse público* (ao invés “social”), deixou de aproveitar a oportunidade para simplificar e abarcar questões fáticas que preservem a segurança jurídica dos atos de vontade realizados pelo doador, afetando a dinâmica da captação de recursos, da alocação dos recursos doados e da política de resgate.

A nosso ver, e com as devidas *vênias*, considerando que a legislação também trata de relações formadas exclusivamente entre agentes **PRIVADOS**, e juridicamente capazes na forma da Lei, melhor seria se a legislação permitisse, *de forma mais clara*, que os Estatutos de Constituição e políticas de investimentos, de resgate e demais políticas de governança determinassem, com maior autonomia e discricionariedade, quais recursos poderão ser recebidos pelo fundo e em quais condições, custos de transação, encargos e demais aspectos jurídicos e tributários envolvidos. Afinal, quanto às questões de interesse público expressamente mencionadas pela Lei e já expostas neste trabalho (cultura, saúde, educação, etc), subsistem classificações e interesses variados, de forma que pode haver aderência sobre um determinado recurso/bem para um fundo e não há para outros.

E neste sentido, as disposições atuais do art. 15 e seguintes, acabam por obstar a captação de recursos que poderiam ser doados ao fundo patrimonial, em princípio, sem maior complexidade. Ademais, a normativa acaba por invocar, ainda que não intencionalmente, mas como é de praxe nas relações com o *fisco*, **barreiras tributárias substanciais e impeditivas às doações**. Ao deixar de regulamentar os aspectos tributários, a normativa pode trazer celeumas homéricas que impactam diretamente na segurança jurídica dos atos e nos custos – diretos e indiretos – das operações realizadas, da gestão do fundo e, conseqüentemente, na própria sustentabilidade econômica e perpetuidade do fundo e das Instituições Apoiadas, sejam elas públicas ou privadas.

¹⁶ HIRATA, Augusto Jorge. Fundos patrimoniais e organizações da Sociedade Civil. FGV Direito. São Paulo. 2019. p. 107.

Até pela impossibilidade de esgotamento do tema, dado o ineditismo da matéria e obscuridade da normativa, registra-se que as barreiras e desafios tributários representam um cenário desafiador à maior eficiência da captação e aplicação de recursos pelos *Endowments*, sejam eles fundos patrimoniais *próprios* ou *segregados*. Infelizmente, algumas das consultas à RFB¹⁷ “que condenam diretamente a participação de entidades sem fins lucrativos em qualquer Entidade com fins lucrativos” (HIRATA, Augusto Jorge. Fundos patrimoniais e organizações da Sociedade Civil. FGV Direito. São Paulo. 2019. p. 67), inclusive aquelas cujo objetivo é a gestão de recursos, que porventura administram o fundo patrimonial, podendo ensejar, em tese, à perda das imunidades e isenções fiscais aplicáveis.

2 SESI E SENAI: NATUREZA JURÍDICA E ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO

Detalhadas a natureza jurídica e demais características dos fundos patrimoniais (*endowment funds*), para os fins pretendidos por este trabalho acadêmico, resta saber se as Entidades dos Serviços Sociais Autônomos da Indústria têm aptidão para acessar, de alguma forma, os recursos captados e geridos pelos respectivos fundos patrimoniais, bem como se poderiam, hipoteticamente, constituir ou fazer parte diretamente de determinados fundos, na condição de cotistas.

Primeiramente, importante salientar que tanto SESI quanto SENAI, como entidades privadas sem fins lucrativos, sendo Entidades integrantes dos Serviços Sociais Autônomos, que realizam **atividades de interesse coletivo e social**, à medida que devem organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem e atender às missões culturais, educacionais e de promoção ao bem estar coletivo, sobretudo dos industriários.

Parte-se também da premissa que o SESI e o SENAI, são pessoas jurídicas que atuam com o Estado, sem que com ele sejam confundidas, sendo entes **privados** que NÃO integram a Administração pública, Direta ou Indireta, mas exercem atividades de interesse público/social sem finalidade lucrativa e, no caso específico do SESI e do SENAI, muitas vezes de forma **gratuita**.

Neste aspecto, cumpre salientar que o desenvolvimento de atividade de interesse social, encontra melhor definição em seu caráter distributivo e de possibilitar, através do esforço de entes privados – no sentido de não serem pertencentes ao Estado, o acesso à um determinado

¹⁷ Solução de Consulta 199 da Coordenação do Sistema de Tributação (Cosit), de 5 de novembro de 2018.

bem comum. Certamente, a promoção de educação gratuita com recursos de um conjunto de pessoas ou empresas (públicas ou privadas, inclusive com fins lucrativos), certamente transfere riqueza dos financiadores aos agentes beneficiados pela educação. De forma que a execução de certas atividades, como aquelas inerentes à promoção da saúde, educação, cultura, dentre tantas outras, inequivocamente deve ser compreendida como ferramenta essencial à redução das desigualdades e de interesse público.

O SENAI é um dos cinco maiores complexos de educação do mundo e o maior da América Latina. A entidade oferece cursos de qualificação profissional aos empregados das indústrias e também oferta diversos cursos e serviços reconhecidamente qualificados ao público em geral, com valores acessíveis, gerando melhores oportunidades e contribuindo para o ingresso e aprimoramento técnico dos alunos no mercado de trabalho.

Tanto SESI quanto SENAI são entidades reconhecidamente eficazes na gestão dos recursos recebidos, com um histórico de mais de 70 anos contribuindo para o desenvolvimento social, proporcionando a capacitação aos alunos desde a educação básica até a formação nos cursos técnicos, promovendo o desenvolvimento social e garantindo acesso à educação de qualidade aos cidadãos.

No entanto, as receitas obtidas por estas Entidades estão diretamente vinculadas à capacidade de arrecadação das contribuições compulsórias¹⁸ devidas pelas indústrias contribuintes (que em 2021 responderam por 87,8% das receitas realizados no exercício)¹⁹. Tais receitas, no entanto, são *variáveis* e diretamente atreladas à saúde financeira dos contribuintes e à legislação, que por sua vez decorre das relações com o Estado, representando um risco considerável para sustentabilidade financeira destas Entidades.

2.1 INDICADORES EDUCACIONAIS DO SESI E DO SENAI E CAPACIDADE DE APLICAÇÃO EFETIVA DOS RECURSOS ADMINISTRADOS

Em que pese o nosso entendimento acerca da possibilidade jurídica e pertinência da garantia de acesso a recursos de fundos de *endowment* pelo SESI (e pelo SENAI), na condição de *Instituições Apoiadas*, convém salientar que além dos aspectos jurídicos e práticos já mencionados, as Entidades têm superado as metas pactuadas, conforme último Relatório de Gestão de 2021 do Departamento Nacional do SESI, em que foram detalhados:

¹⁸ CF/88 e Decreto-Lei nº 4.048/42, Decreto-Lei nº 4.936/42, Decreto-Lei nº 6.246/44 e Decreto-Lei nº 8.621/46

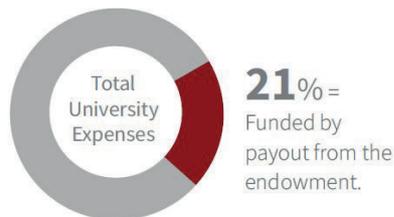
¹⁹ SESI: Relatório de Gestão 2021, fls. 96/130

- **Aplicação do percentual de 50,10% de RLCC²⁰ em educação básica e continuada, o equivalente ao montante de quase R\$ 2,2 bilhões.**
- Gratuidade regulamentar no valor de **R\$ 870.729.149,24.**²¹
- As despesas com **Gratuidade** no exercício de 2021 representaram aproximadamente **14%** da despesa total da Entidade em educação básica e continuada.

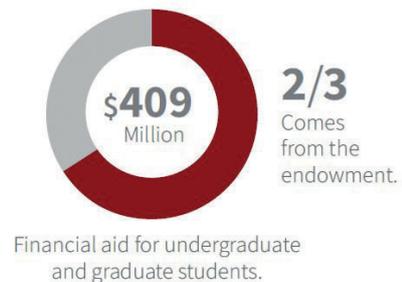
Para se ter uma idéia deste comparativo, o investimento total da Secretaria de Educação Básica (GOVERNO FEDERAL) no mesmo período foi de apenas R\$ 1,114 bilhão de reais, correspondendo à 99,97% do orçamento da pasta e praticamente metade do que foi aplicado pelo SESI.

A conclusão quase óbvia é de que o SESI encontra-se limitado a ampliar a oferta de educação básica e continuada, sobretudo por questões orçamentárias, sob pena de colocar em risco à sua sustentabilidade financeira, ainda bastante dependente de recursos oriundos das contribuições compulsórias. Por outro lado, o endowment da Stanford University é diretamente responsável por praticamente **2/3(dois terços) da fonte de financiamento para concessão de apoio financeiro aos estudantes**, correspondendo a US\$ 409MM e **21% das despesas** da Universidade.

Payout from the endowment supports nearly every part of the university, including **faculty salaries, research, student services, libraries, athletics and student financial aid.**



Payout from the endowment is the **largest source of undergraduate and graduate student financial aid.**

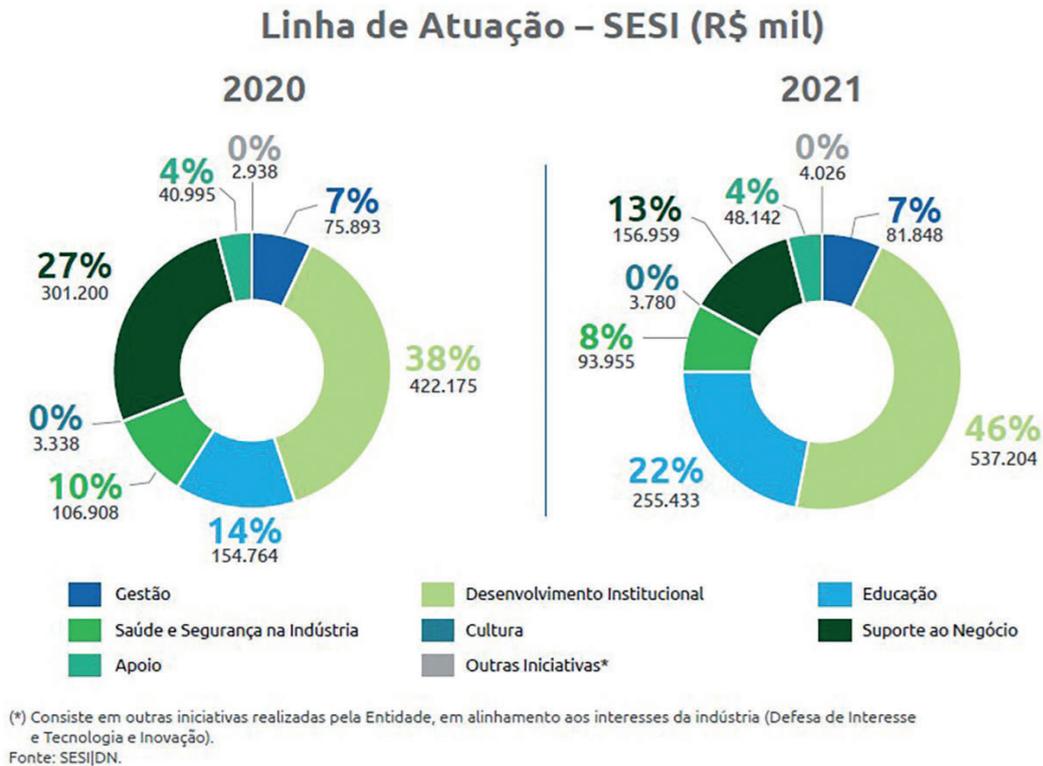


Motivos pelos quais entedemos que o SESI e o SENAI podem figurar como “**instituições apoiadas**” (Art. 2º, Inciso I, Lei nº 13.800/19) e, portanto, *deveriam* ter acesso a recursos eventualmente captados por Endowments diversos, aderentes às finalidades institucionais das r. Entidades, sem prejuízo do encorajamento, desde já, para que sejam promovidas as alterações legislativas que permitam uma alocação de recursos mais eficiente pelas Entidades, como comprovadamente outras instituições de Ensino têm se mostrado capazes de fazer ao longo dos anos.

²⁰ Receita Líquida de Contribuição Compulsória

²¹ SESI: Relatório de Gestão 2021, pgs.74/130 e 110/130

Abaixo, seguem gráficos acerca da alocação orçamentária/finalidade dos recursos no período de 2021, demonstrando aderência as finalidades de interesse público de que trata a lei nº 13.800/19:



3 APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.800/19 ÀS FEDERAÇÕES SINDICAIS

Sem a pretensão de esgotarmos a vasta matéria neste Artigo, ultrapassadas as questões principais acerca da possibilidade de participação do Sesi e do SENAI no mecanismo de financiamento privado regulamentado pela Lei nº 13.800/19, avançaremos em direção à breve análise acerca da possibilidade de participação das Federações Sindicais (Entidades Sindicais de Grau Superior) na constituição e/ou gestão destes Fundos Patrimoniais. E neste sentido, necessária a análise preliminar dos Estatutos e regimentos de constituição das próprias Federações, como no caso da FIEMG – Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, objeto de estudo para elaboração deste Artigo.

Em parecer/consulta interna acerca do tema, “considerando a construção do conceito de que a FIEMG é Entidade que se pauta no **reconhecimento social** e econômico da importância da indústria mineira e na primazia do seu fortalecimento e manutenção, valores que devem ser colocados acima de quaisquer interesses ocasionais, acima de quaisquer governos, governantes, Estados e dos próprios segmentos industriais os quais se defende” (GALLO. Letícia de

Oliveira Lourenço – SSJ nº 038246/2022). Posteriormente, ainda concluiu o r. parecer, (com os nossos grifos):

“Inafastáveis a finalidade social e interesse público dos Serviços Sociais Autônomos, o que torna a direção superior do SESI e do SENAI exercidas pelas federações regionais, atividade preponderante no fortalecimento e coesão destas entidades. E nessa linha de raciocínio, é pacífico que os **fundos patrimoniais servem ao financiamento de atividades de interesse COLETIVO**, pois as atividades de interesse privado são financiadas de outras formas. Na opinião desta Gerência Jurídica, a FIEMG encontra resguardo para a defesa de que sua atividade possui relevante interesse público e finalidade social.”

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sem prejuízo da eventual recomendação de determinadas alterações estatutárias das Federações Sindicais, não vislumbramos quaisquer óbices à criação de **FUNDOS PATRIMONIAIS**, *próprios e segregados*, que visem a melhor eficiência nos processos de captação, gestão, alocação e destinação de recursos recebidos pela Entidade, de forma a permitir o **reinvestimento constante** de recursos nos Serviços Sociais autônomos, contribuindo, finalmente, para a perpetuidade das Entidades e da consecução de seus objetivos institucionais.

Cumpra ratificar desde já, que a sustentabilidade financeira destas Entidades – Federações, SESI e SENAI – constitui fator primordial à consecução dos seus objetivos. Outrossim, o material consultado para elaboração do presente trabalho, conclui pela capacidade histórica e destacada das Entidades de realizar a gestão eficiente de recursos que, embora *privados*, **SUPERAM** os parâmetros e objetivos de *interesse público* definidos pela Lei nº 13.800/19 de maneira ainda **mais eficiente**.

As Federações e as referidas Entidades têm exercido ao longo dos anos, cada uma nos limites legais de suas atribuições e competências, papéis de altíssima relevância na promoção de diversos feitos de interesse coletivo e social, dos quais frisamos a importância do investimento na educação em todos os níveis, **sobretudo na educação básica**, contribuindo decisivamente para a melhoria do bem-estar social, redução das desigualdades socioeconômicas historicamente insanáveis pelo Estado Brasileiro e para o fortalecimento do setor industrial.

Tais realizações, obviamente amparadas pelo apoio das respectivas Federações, conforme aplicável, encontram-se em espectro **muito superiores** àquelas finalidades de interesse público mencionadas na Lei 13.800/19. Razões que nos levam a crer que fundos patrimoniais “*endowment funds*” possam se apresentar como mecanismos capazes de contribuir decisivamente para a sustentabilidade financeira e a manutenção das atividades das Federações e dos serviços sociais autônomos.

Os modelos e espécies de fundos patrimoniais apresentados neste artigo, sugerem a possibilidade de realização de doações e investimentos tanto pelas Federações Sindicais dos Serviços Sociais Autônomos aos fundos de *endowments* cujas políticas de investimento e definições acerca das **causas e instituições apoiadas**, sejam plenamente aderentes às suas finalidades institucionais.

Alternativamente, e ainda considerando as Federações Sindicais referidas neste Artigo, nos termos e limites da legislação aplicável, sobretudo da Lei nº 13.800/19, competirá às referidas Entidades, por sua conveniência e discricionariedade, avaliar e definir quais as **causas e instituições apoiadas** seriam aderentes às suas finalidades institucionais, sem prejuízo de observar, preliminarmente, quais alterações estatutárias deveriam preceder, tanto em seus Estatutos, quanto nos Estatutos e políticas de investimento e destinação de recursos. Não há obrigatoriedade, em princípio – que determinado Endowment seja constituído tão somente para financiar as atividades do SESI e do SENAI relativas à educação, podendo inclusive destinar recursos diversos para a consecução de outros objetivos institucionais, inclusive de outras entidades e empresas, ainda que privadas, desde que preservado o caráter do melhor interesse social e das demais políticas de investimento e governança que vierem a ser estabelecidas.

E por fim, no intuito de contribuir para o fortalecimento das discussões pertinentes ao tema, considerando os dados comparados com instituições de Ensino que utilizam-se do financiamento dos seus respectivos fundos patrimoniais (como Yale, Stanford, Harvard, dentre tantas outras Universidades), entendemos como oportuno o debate para avaliação e proposição de medidas que possam apresentar maior discricionariedade do SESI e do SENAI para a aplicação de recursos financeiros em fundos patrimoniais aderentes às suas finalidades institucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

HIRATA, Augusto Jorge. Fundos patrimoniais e organizações da Sociedade Civil. FGV Direito. São Paulo. 2019.

The Yale Endowment. 2021 (<https://news.yale.edu/2021/10/14/yale-endowment-earns-402-investment-return-fiscal-2021>)

Stanford University Investment Report 2021. Disponível em: https://smc.stanford.edu/assets/Stanford-University-Investment-Report_2021.pdf.

NACUBO - NATIONAL ASSOCIATION OF COLLEGE AND UNIVERSITY BUSINESS OFFICERS:

<https://www.nacubo.org/Press-Releases/2021/Higher-Education-Endowments-Provide-More-Than-23-Billion-to-Support-Students-Mission>.

<https://investments.yale.edu/>

Stanford University Investment Report 2021. Disponível em: https://smc.stanford.edu/assets/Stanford-University-Investment-Report_2021.pdf.

Harvard Management Company 2021. Disponível em: https://www.hmc.harvard.edu/wpcontent/uploads/2021/10/FY21_HMC_Annual_Report.pdf.

<https://www.nacubo.org/-/media/Nacubo/Documents/research/2021-NTSE-Public-Tables--Executive-Summary-February-18-2022.ashx?la=en&hash=FA6BCBFCEC3039F61F6C-615F95C25575669D4FBB>.

Lei nº 13.800/19

Instrução Normativa 558 CVM

The Ethical Investor: Universities and Corporate Responsibility. Published in March 1972 by the Yale University Press. Ethical Investing Policy. Disponível em <https://investments.yale.edu/social-responsibility>.

CF/88 e Decreto-Lei nº 4.048/42, Decreto-Lei nº 4.936/42, Decreto-Lei nº 6.246/44 e Decreto-Lei nº 8.621/46.

SESI: Relatório de Gestão 2021

Ministério da Educação: SECRETARIA DE EDUCAÇÃO BÁSICA – Relatório de Atividades de 2021.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



7 – PORTAL DE INCLUSÃO: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA CIDADANIA

**Maria Antonia Amboni
Carlos José Kurtz
Jomara Cadó Bessa**

Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina

1 DA INTRODUÇÃO

A legislação brasileira avançou em assegurar direitos e garantias de inclusão às pessoas com deficiência, porém, na prática, muitos ainda são os desafios para uma inclusão efetiva com igualdade de oportunidades e de condições de permanência no mercado de trabalho. Investimentos em infraestrutura, transporte público e qualificação dos candidatos às vagas de emprego são alguns fatores que continuam precisando de atenção.

Paralelo aos desafios que precisam ser superados, o mundo vivencia a era da Indústria 4.0, também chamada de 4ª Revolução Industrial, que une sistemas de tecnologias avançadas como inteligência artificial, robótica, internet das coisas, computação em nuvem, que requerem profissionais cada vez mais habilitados para as novas formas de trabalho.

Se por um lado a tecnologia exige qualificação e requalificação para lidar com o mundo moderno, por outro, tem sido uma aliada na transformação de sistemas de produção e modelos de negócios, com melhorias em produtividade e eficiência, ampliando sobremaneira a conexão entre as pessoas.

Ciente desse contexto, a Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina – FIESC desenvolveu um espaço democrático, gratuito e voluntário, que conecta pessoas, empresas e instituições com a finalidade de promover a inserção da pessoa com deficiência e reabilitadas no mercado de trabalho, bem como o acesso à capacitação e (re)qualificação profissional.

2 DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A igualdade entre todos, sem qualquer distinção, proclamada pela Declaração Universal dos Direitos Humanosⁱ, inspirou as Constituições de Estados democráticos de todo o mundo, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitosⁱⁱ, possui entre seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”ⁱⁱⁱ.

Associado ao fundamento de valorização social do trabalho^{iv}, a Constituição Federal brasileira proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;”^v.

No intuito de efetivar as garantias asseguradas às pessoas com deficiência, assim como promover seu acesso ao mercado de trabalho, a legislação brasileira, desde 1991, obriga as empresas com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com pessoas com deficiência ou com beneficiários da seguridade social reabilitados^{vi}. Conhecida como Lei de Cotas, a Lei nº 8.213/1991 significou um verdadeiro marco na inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, enfrentando desde então os desafios para sua efetivação.

Em continuidade às medidas de inclusão social, o Brasil ratificou, em 2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas – ONU, comprometendo-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência^{vii}.

Em 2015, de modo a confirmar as alterações trazidas pela Convenção Internacional (aprovada com equivalência de emenda constitucional e, portanto, com efeito revogatório de normas infraconstitucionais que lhe sejam contrária)^{viii}, o Brasil aprovou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que trouxe significativas transformações à legislação brasileira, a começar pelo conceito de pessoa com deficiência.

Considerada, anteriormente, como “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”^{ix}, a pessoa com deficiência passa a ser definida como:

“aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”^x.

O novo conceito parte do pressuposto que a deficiência não está na pessoa, mas na relação dela com a sociedade, ou seja, são as barreiras existentes no meio que impedem sua participação social plena.

Nessa linha de pensamento, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência dedica um capítulo “DO DIREITO AO TRABALHO”, no qual obriga as pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos^{xi}.

Atento às transformações legais e sociais, o Judiciário brasileiro também vem adaptando e evoluindo seu entendimento sobre a matéria. No que tange ao acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, o foco, que antes se restringia a demonstrar o cumprimento

ou não do percentual de contratação fixado na Lei de Cotas, passa a considerar também a preparação da empresa para receber o profissional com deficiência – desde o processo de seleção e contratação, bem como o treinamento de lideranças e de equipe, adaptação de infraestrutura, softwares, etc.; ou seja, se o ambiente de trabalho é, de fato, acessível e inclusivo.

Nesse sentido, recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

(...) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COTA LEGAL. ARTIGO 93 DA LEI 8.213/1991. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (...)

Conforme bem pontuado pela Corte Regional, “não bastam atitudes cômodas ou atos formais por parte da empresa para se desencilhar da obrigação de atingir a cota mínima de contratação de trabalhadores com deficiência, sem demonstração de que houve, por sua parte, a preparação do local e da rotina de trabalho para promover efetivamente a inclusão laboral desses cidadãos. A imposição para a implantação de um ambiente de trabalho aberto, inclusivo e acessível cobra uma atitude afirmativa de responsabilidade social da empresa, para salvaguardar o direito ao trabalho digno das pessoas com deficiências”, o que, a teor do quadro fático traçado no acórdão recorrido, não ficou plenamente comprovado no caso dos autos. (Ag-AIRR-10228-09.2017.5.03.0041, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 03/06/2022)

Percebe-se que, assim como a legislação brasileira sofreu alterações no tocante aos direitos e garantias da pessoa com deficiência, o Judiciário também vem amoldando seu posicionamento às novas diretrizes de inclusão estabelecidas pela Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, inserida no ordenamento jurídico com status de Emenda Constitucional.

3 DOS DESAFIOS ENFRENTADOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Incontestável a relevância social dos direitos assegurados à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, com o propósito, não só de promover o bem-estar sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, mas também de inserir no mercado de trabalho essa parcela da população historicamente marginalizada.

No entanto, a efetivação das políticas de acesso ao trabalho esbarra, entre outros fatores, na carência de beneficiários reabilitados e de pessoas com deficiência habilitadas que possuam interesse nas vagas ofertadas.

Segundo o Censo Demográfico 2010, o Brasil possui 45,6 milhões de pessoas com algum tipo de dificuldade para ver, ouvir, se movimentar ou algum tipo de incapacidade mental, o que corresponde a 23,91% da população brasileira^{xii}. No gráfico^{xiii} abaixo, é possível verificar que a maioria das deficiências declaradas está na dificuldade visual:



É preciso considerar, todavia, que nem toda deficiência declarada no Censo Demográfico enquadra-se para o fim de cumprimento da cota legal estabelecida. Para que uma pessoa com deficiência seja contratada na cota da empresa é preciso que sua condição seja comprovada por meio de laudo médico ou de certificado de reabilitação profissional emitido pelo INSS, e os limites e graus de comprometimento deviam estar previstos nas definições de deficiência estabelecidas pelo Art. 4º do Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004.

A visão monocular, por exemplo, não era considerada deficiência para fins de acesso a benefícios legais, incluindo a Lei de Cotas. Somente após o Parecer/Conjur nº 444/2011, do Ministério do Trabalho, é que se passou a manifestar o entendimento de que a visão monocular

deveria ser considerada deficiência para fins de preenchimento da cota prevista no Art. 93 da Lei 8.213/1991, sendo que a previsão legal só veio recentemente com a Lei nº 14.126/2021.

Importa destacar que, com a nova Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a avaliação da deficiência deverá ser biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, que considerará os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, assim como a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação^{xiv}.

A avaliação biopsicossocial está pendente de regulamentação. Enquanto isso, os limites e graus de comprometimento, para fins de enquadramento na Cota Legal, continuam sendo caracterizados nos termos do art. 4º do Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

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

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Os critérios técnicos caracterizadores de deficiência estabelecidos pela legislação evidenciam o quão dissociado está o Censo Demográfico de 2010 do real número de pessoas que se enquadram para fins de cumprimento da Cota Legal prevista pela Lei nº 8.213/1991, haja vista que nem todo comprometimento de função física ou intelectual é caracterizada como deficiência nos termos da lei.

Há ainda que se considerar a baixa escolaridade e a falta de qualificação profissional. Apesar das crescentes taxas de inclusão dos alunos com deficiência nas escolas públicas e privadas, recente estudo^{xv}, realizado pelo IBGE em 2019 e divulgado em agosto/2021, acusou que 67% da população com alguma deficiência não tinham instrução alguma ou tinham apenas o ensino fundamental incompleto, sendo a situação ainda pior para as pessoas com deficiência intelectual – apresentam o maior percentual sem instrução ou com apenas ensino fundamental incompleto.

O Portal da Inspeção do Trabalho^{xvi} também destaca que, mesmo com o avanço observado no período de 2003 a 2018, pouco mais de 50% das vagas destinadas a trabalhadores com deficiência foram ocupadas – das 768,7 mil vagas potenciais, apenas 389,2 mil foram preenchidas.

A realidade com que se depara, portanto, é que a oferta de empregos para essa parcela da sociedade é muito maior que a demanda de pessoas habilitadas às vagas, o que impede o preenchimento total das vagas reservadas a essa parcela da população.

Tal dado, por si só, já traduziria a necessidade de adequação da Lei, de modo a equiparar o percentual de contratação exigido ao número real de pessoas com deficiência ou reabilitadas que se enquadram nos critérios legais para fins de cumprimento da Lei de Cotas, devendo ainda ser considerado o interesse de inserção no mercado de trabalho.

Outro ponto que merece atenção é a falta de profissionais especializados com capacidade para preencher vagas abertas em diversos setores. Se, por um lado, o avanço tecnológico facilita a inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência no mercado de trabalho; por outro, exige investimentos na formação dos profissionais, de modo a qualificá-los para enfrentar os desafios advindos da indústria 4.0. Exigência esta que se estende a todos – jovens e adultos, com deficiência ou não.

Diante dessa situação desconexa entre a legislação e a realidade, decisões judiciais mais recentes vêm isentando de condenação empresas que não preencheram as vagas destinadas a pessoas com deficiência ou reabilitadas quando demonstrado que a cota mínima não foi cumprida por motivos alheios à vontade da empresa.

Nessa linha, os seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho:

(...) C) RECURSO DE REVISTA. VAGAS DESTINADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. DIFICULDADE NA CONTRATAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. Nesse contexto, em que a empresa descumpriu, por determinado tempo, o seu dever, e que o fato se deu por circunstâncias alheias a sua vontade, afigura-se indevida a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RRAg-11953- 16.2015.5.15.0026, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 07/02/2022)

(...) 2.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO CUMPRIMENTO DA QUOTA DE EMPREGO DESTINADA A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. VAGAS NÃO PREENCHIDAS. DIFICULDADE NA CONTRATAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. (...) Não obstante a determinação legal, não há como penalizar a empresa, quando demonstrado que a não realização das contratações na quantidade exigida não dependeu de sua vontade. Isso pode acontecer, por exemplo, quando as atividades exploradas pelo empreendimento se mostram incompatíveis com a capacidade laboral do portador de deficiência ou reabilitado, impedindo-o de desempenhar a função que se encontra disponibilizada; ou quando, mesmo tendo sido tomadas as providências cabíveis, não surgem pessoas suficientes e aptas à contratação, dentro do percentual estabelecido pela lei. (...) Para as situações em que a empresa demonstra dificuldade em cumprir o número mínimo das contratações previstas no artigo 93

da Lei nº 8.213/1991, este Tribunal Superior tem afastado a aplicação de multa ou de qualquer outro tipo de penalidade, consoante se observa em vários Precedentes. (...) A referida decisão, como visto, se alinha à jurisprudência desta Corte Superior, uma vez que, evidenciado que a empresa recorrente envidou esforços para realizar as contratações estabelecidas pela lei, não lhe pode ser aplicada penalidade em razão de não ter atingido a quota mínima exigida, já que tal fato não decorreu da sua vontade, mas das dificuldades encontradas para o preenchimento das vagas disponibilizadas, como ficou demonstrado. (Ag-AIRR- 11713-38.2014.5.03.0077, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 03/09/2021)

Afora o reconhecimento das dificuldades encontradas para o preenchimento das vagas disponibilizadas diante da impossibilidade material de cumprimento por insuficiência de pessoas aptas e interessadas à contratação, outro desafio a ser enfrentado é facilitar a conexão das pessoas com deficiência que buscam se inserir no mercado de trabalho com as empresas que possuem vagas destinadas a esse público.

A Lei nº 8.213/1991, ao fixar a cota legal, incumbe ao Ministério do Trabalho e Emprego gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social^{xvii}. Assim como o Estatuto da Pessoa com Deficiência cria o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), cuja finalidade é coletar, processar, sistematizar e disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como das barreiras que impedem a realização de seus direitos^{xviii}.

Nenhum desses sistemas, contudo, tem o condão de interligar e aproximar as partes interessadas no preenchimento das vagas reservadas à cota legal. Atualmente, as empresas divulgam as vagas nos meios de comunicação de forma aleatória, assim como os beneficiários interessados na contratação buscam empregos de forma aleatória.

Diante desse contexto e ciente de sua responsabilidade social, a Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina – FIESC, por meio do Serviço Social da Indústria – SESI/SC e do Serviço Nacional da Aprendizagem – SENAI/SC, criou o Portal de Inclusão, cujo objetivo é conectar as pessoas com deficiência interessadas em ingressar no mercado de trabalho às empresas que buscam por esses profissionais.

4 PORTAL DE INCLUSÃO – A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA CIDADANIA

O Portal de Inclusão desenvolvido pela FIESC consiste em um espaço democrático e gratuito, que conecta voluntariamente pessoas, empresas e instituições com a finalidade de facilitar a contratação de profissionais com deficiência e reabilitados.

Mais do que cumprir o disposto na Lei de Cotas e na Lei Brasileira de Inclusão, o Portal pretende oportunizar um efetivo espaço de inclusão, com foco nas habilidades e competências das pessoas com deficiência. Além das oportunidades de trabalho, é possível encontrar informações, notícias, serviços e cursos para capacitação e qualificação profissional.

Os interessados podem fazer o seu cadastro e visualizar as vagas de emprego ofertadas, ao passo que as empresas podem disponibilizar as suas vagas de trabalho, acessar os cadastros e outras informações sobre o tema.

O Portal de Inclusão da FIESC não se confunde com o banco de dados e estatísticas ao qual está incumbido o Ministério do Trabalho e Emprego^{xix}, assim como também não se sub-rosa no Cadastro-Inclusão, previsto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência^{xx}.

Por outro lado, ao servir como instrumento que conecta voluntariamente as pessoas com deficiência interessadas e reabilitadas em ingressar no mercado de trabalho com as empresas que disponibilizam vagas de emprego, o Portal de Inclusão está em consonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que garante à pessoa com deficiência o direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo^{xxi}.

Importante destacar que a construção do Portal contou com a participação de órgãos de controle, que validaram as várias etapas de desenvolvimento, inclusive com sugestões de melhoria e apresentação da plataforma na “Semana Inclusiva” coordenada pelo Ministério Público do Trabalho de Santa Catarina, oportunidade em que se promoveu a conexão entre as empresas e os profissionais com deficiência.

A título de ilustração, colacionam-se leiautes do Portal de Inclusão, o qual pode ser acessado em <https://inclusao.sesisc.org.br/>:

inclusao.sesisc.org.br

FIESC CIESC SESI SENAI IEL Fale conosco | *A* | Alto Contraste

FIESC HOME | CANDIDATO | EMPRESA | INSTITUIÇÃO

INCLUSÃO
MELHORA A VIDA DAS PESSOAS.
TRANSFORMA A INDÚSTRIA.

VENHA FAZER PARTE [CADASTRE-SE COMO CANDIDATO](#) [CADASTRE-SE COMO EMPRESA](#) [CADASTRE-SE COMO INSTITUIÇÃO](#)

Vagas abertas

| Nome da Vaga | Carga horária | Ver detalhes |
|------------------------------------|---------------|--------------------------|
| Técnico (a) de Enfermagem | 44 hs | Detalhes |
| Empacotador PCD Filial 26, 42, 39 | 20 hs | Detalhes |
| VENDEDOR - UNIDADE COMERCIO DE AÇO | 44 hs | Detalhes |
| OPERADOR DE MÁQUINA | 44 hs | Detalhes |
| ANALISTA DE SISTEMAS | 44 hs | Detalhes |
| PROJETISTA SR | 44 hs | Detalhes |
| Operador de Produção I - PCD | 42 hs | Detalhes |
| RECEPCIONISTA | 44 hs | Detalhes |
| Programador de Sistemas | 44 hs | Detalhes |
| Auxiliar Administrativo | 44 hs | Detalhes |

[Primeira](#) [Anterior](#) [1](#) [2](#) [Próxima](#) [Última](#)

Se você já está cadastrado, faça seu login:

CPF para Candidato
E-mail para Empresa/Instituição

CPF ou E-mail

Senha

Senha

[Entrar](#)

[Esqueci a senha](#)

VENHA FAZER PARTE [CADASTRE-SE COMO CANDIDATO](#) [CADASTRE-SE COMO EMPRESA](#) [CADASTRE-SE COMO INSTITUIÇÃO](#)

Vagas abertas

| Nome da Vaga | Carga horária | Ver detalhes |
|--|---------------|--------------------------|
| Auxiliar de Operador de Máquinas | 44 hs | Detalhes |
| Operador de Máquinas | 44 hs | Detalhes |
| Auxiliar de embalagem | 44 hs | Detalhes |
| Auxiliar de expedição | 44 hs | Detalhes |
| Montador de Bicicletas (Exclusiva PCD's) | 44 hs | Detalhes |
| Auxiliar de Produção | 44 hs | Detalhes |
| Auxiliar de Produção | 44 hs | Detalhes |

[Primeira](#) [Anterior](#) [1](#) [2](#) [Próxima](#) [Última](#)

Se você já está cadastrado, faça seu login:

CPF para Candidato
E-mail para Empresa/Instituição

CPF ou E-mail

Senha

Senha

[Entrar](#)

[Esqueci a senha](#)

Os resultados iniciais já demonstram que o Portal de Inclusão tem repercutido positivamente na concretização da função social da empresa e da inclusão da pessoa com deficiência, uma vez que o preenchimento das vagas através da plataforma se dá mediante sua livre escolha e aceitação, conforme suas aptidões e interesse, atendendo ao que dispõe o Estatuto da Deficiência^{xxii}.

O Portal está ainda em consonância com o referido Estatuto, na medida em que disponibiliza suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive recursos de tecnologia assistiva^{xxiii}.

Importa observar, por fim, que, por estar diretamente relacionado com o cumprimento de leis trabalhistas, transparência e efetividade dos direitos da pessoa com deficiência, o Portal constitui instrumento de cidadania que posiciona a empresa frente aos pilares do ESG (*Environmental, Social, Governance*), os quais têm se tornado referência para as organizações que buscam a integração do valor econômico com questões socioambiental, de reputação e credibilidade.

Diante disso, pode-se afirmar que o Portal de Inclusão da FIESC traduz-se, em síntese, em iniciativa que congrega a responsabilidade social, a tecnologia e o cumprimento da legislação a serviço da cidadania. Além disso, empodera a pessoa com deficiência, que passa a dispor de um espaço democrático, gratuito e voluntário para ampliar seu acesso à inclusão, em especial no campo do trabalho, propiciando um círculo virtuoso de oportunidades e qualificação profissionais.

ⁱ Art. 7º, da Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948.

ⁱⁱ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ⁱⁱⁱ Art. 3º, inciso IV, Constituição Federal.

^{iv} Art. 1º, inciso IV, Constituição Federal.

^v Art. 7º, inciso XXXI, IV, Constituição Federal.

^{vi} Art. 93, Lei nº 8.213/1991: “A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I- até 200 empregados: 2%;

II- de 201 a 500: 3%;

III - de 501 a 1.000: 4%;

IV - de 1.001 em diante: 5%.

V - (VETADO): (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)”

^{vii} Art. 4º, Decreto nº 6.949/2009.

^{viii} Conforme prevê o Art. 5º, o §3º Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

^{ix} Art. 20, § 2º (revogado), da Lei nº 8.742/1993.

^x Art. 2º, Lei nº 13.146/2015.

^{xi} Art. 34, § 1º, Lei nº 13.146/2015.

^{xii} <https://censo2010.ibge.gov.br/>

^{xiii} <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html>

- xiv Art. 2º, § 1º, Lei nº 13.146/2015.
- xv Pesquisa nacional de saúde: 2019 : ciclos de vida : Brasil / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101846.pdf>
- xvi <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>
- xvii Art. 93, § 2º, Lei nº 8.213/1991.
- xviii Art. 92, Lei nº 13.146/2015.
- xix Art. 93, § 2º, Lei nº 8.213/1991.
- xx Art. 92, Lei nº 13.146/2015.
- xxi Art. 34, Lei nº 13.146/2015.
- xxii Idem.
- xxiii Art. 37, II, Lei nº 13.146/2015.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



8 - DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA QUE OBRIGUE O INSTITUTO EUVALDO LODI (IEL) A RECOLHER AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS, CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS, PARA O INCRA E PARA O SALÁRIO EDUCAÇÃO - UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA IMUNIDADE PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL, ART. 150, VI, "C" E 195, §7º

Bruno Napoli Carneiro
Luiz Carlos Fernandes dos Santos

Federação das Indústrias do Estado de Goiás

1 INTRODUÇÃO

O IEL é uma associação civil sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais estão descritos em estatuto social. O Instituto não distribui lucros, tendo em vista aplicar os seus recursos integralmente no país, na manutenção dos seus objetivos sociais, conforme determina expressamente o art. 53 do Código Civil.

Diante da sua natureza jurídica, sem sombra de dúvidas, o IEL é uma entidade beneficente de assistência social, o que faz com que seja imune a todos os impostos incidentes sobre o patrimônio, rendas e serviços, bem como às contribuições sociais patronais, nos termos do art. 150, inciso VI, alínea “c” e 195, §7º da Constituição Federal e do art. 14 do Código Tributário Nacional – CTN.

Por outro lado, a União condiciona o gozo da imunidade das Contribuições Sociais, prevista no art. 195, §7º da Constituição Federal, ao atendimento aos INCONSTITUCIONAIS requisitos elencados no art. 28 da Lei n.º 12.101/2009.

As referidas contribuições sociais, pela forma como vêm sendo exigidas, são completamente ilegítimas, haja vista que a União não está observando que o IEL não se enquadra no conceito de empresa e goza de imunidade tributária, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal – STF – adotado em sede de Repercussão Geral quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 566.622-RS (Tema 32).

Desta feita, sem sombra de dúvidas, diante do disposto no inciso VI, alínea “c”, do art. 150 e no §7º do art. 195 da CF/88, o IEL é imune a todos os impostos e contribuições, dentre as quais se incluem as contribuições sociais patronais incidentes sobre a folha de salários e sobre as remunerações pagas aos contribuintes individuais.

Apesar de não ser equiparado à empresa e gozar de imunidade à tributação de todas as contribuições sociais, a União exige que, mensalmente, o IEL proceda com o recolhimento das seguintes contribuições sociais patronais:

- Contribuição Previdenciárias Patronais, com fundamento no art. 22, incisos I, II, III e IV da Lei n.º 8.212, de 24.07.1991;
- Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS sob a alíquota de 1% (um por cento) incidente sobre a folha de salários, nos termos do art. 13, incisos III e IV, da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24.08.2001;

- Contribuição para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA incidente sobre sua folha de salários mediante a aplicação da alíquota de 0,2% (dois décimos por cento);
- Contribuição para o Salário-Educação sob a alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) incidente sobre a folha de pagamentos.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue o Instituto Euvaldo Lodi (IEL) a recolher as contribuições previdenciárias patronais, contribuições para o pis, para o Incra e para o salário educação, demonstrando a aplicabilidade da imunidade prevista no texto constitucional – art. 150, VI, “c” e 195, §7º.

Assim, os Institutos Euvaldo Lodi de todos os regionais poderão alcançar uma expressiva economia e tornarem-se ainda mais competitivos no mercado, já que a dita economia poderá propiciar uma redução nos custos e no preço dos serviços ofertados.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DO IEL

O Código Civil Brasileiro, no seu art. 44, elenca, de forma clara e precisa, quais são as pessoas jurídicas de direito privado existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre as pessoas jurídicas descritas no mencionado dispositivo, encontram-se as “associações” e as “sociedades”.

Por força do que prescreve o art. 53 do Código Civil, as ASSOCIAÇÕES são pessoas jurídicas de direito privado que OBRIGATORIAMENTE atuam sem a finalidade lucrativa. Aliado a isso, dados os objetivos sociais do IEL, de prestar a educação, atividade esta que visa a proteger a família e integrar o homem ao mercado de trabalho, conforme disposto no art. 203, incisos I a III da Constituição Federal, o IEL é uma ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS.

Não é demais lembrar que as empresas, atualmente denominadas de sociedades empresárias, são pessoas jurídicas de direito privado de natureza jurídica distintas das associações.

A atividade das Associações não as enquadra como empreendimento empresarial, mas, sim, como uma forma atípica, instituída no ordenamento jurídico para incentivar e facilitar a realização do sonho de todos os cidadãos brasileiros, qual seja, a moral, cultura e a educação.

Ora, se as associações não possuem fins econômicos, e os empresários atuam com a finalidade econômica, não restam dúvidas de que o IEL não se enquadra no conceito de EMPRESA.

Diante disso, dúvidas não restam de que a própria razão de existir das associações é diferenciada, não se confundindo com um empreendimento empresarial.

Logo, as associações não se enquadram no conceito de EMPRESA, para fins de incidência das contribuições previdenciárias patronais, previstas no art. 22, incisos I, II e III da Lei n.º 8.212/91.

Não resta dúvida, portanto, de que o IEL é uma entidade beneficente de assistência social.

3 DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO IEL, DA APLICABILIDADE DOS REQUISITOS DO CTN E AFASTABILIDADE DOS REQUISITOS CONTIDOS EM LEI ORDINÁRIA PARA O GOZO DA IMUNIDADE

Uma vez devidamente conceituado como associação, é imprescindível que lhe seja concedida a imunidade constitucional em relação às contribuições sociais.

O Código Tributário Nacional – CTN –, em seu art. 9º c/c art. 14, prescreve quais os requisitos que uma pessoa jurídica deve obedecer para ser considerada imune à tributação dos impostos. Dentre os requisitos elencados no art. 14, encontra-se a necessidade da instituição não possuir a finalidade lucrativa e manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão, o que acontece nos Institutos Euvaldo Lodi de todo o país.

Cumprido esclarecer que a imunidade tributária dos impostos foi devidamente recepcionada pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso VI, alínea “c”, que prescreveu expressamente que as entidades de assistência social sem fins lucrativos gozam de imunidade quanto aos impostos incidentes sobre as suas rendas, o patrimônio e os seus serviços.

Sem sombra de dúvidas, quis o Constituinte de 1988 dar uma maior segurança jurídica às entidades assistenciais, dado o seu relevante caráter social. Ora, nos termos da Constituição Federal, não basta ser uma entidade de assistência social; mister se faz que as atividades exercidas por essas entidades não visem lucros, ou seja, que não haja qualquer distribuição de lucros entre os seus sócios e/ou dirigentes.

Quanto à escrituração dos livros que comprovem as receitas e despesas, é importante esclarecer que esse requisito é **INDISPENSÁVEL** para que uma entidade seja qualificada como Associação sem fins lucrativos. Isto é, uma entidade só será qualificada como entidade imune, caso comprove que possui livros que comprovem as suas receitas e despesas.

Como dito acima, o IEL preenche os requisitos do art. 14 do CTN, assim como os requisitos suplementares elencados no art. 12, da Lei n.º 9.532/1997, goza de imunidade tributária ampla quanto aos impostos, o que faz entender que não deve recolher os impostos sobre os seus imóveis (IPTU) ou veículos (IPVA), os seus serviços (ISS), sobre a sua renda (IRPJ), sobre operações financeiras que compõem o patrimônio da instituição (IOF), nem tampouco sobre os bens adquiridos para compor o seu patrimônio (ICMS, IPI e II).

Sendo assim, como o IEL não é contribuinte de nenhum imposto, dentre os quais se enquadra o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nem tampouco da Contribuição Social sobre o Lucro, só resta o entendimento de que se está diante de uma entidade de assistência social sem fins lucrativos, ou em outras palavras, de uma entidade beneficente de assistência social.

Faz-se importante traçar um paralelo da forma de constituição do IEL com a Constituição Federal e a Lei n.º 8.742, de 07.12.1993.

Sobre o assunto, urge esclarecer que a Constituição Federal determina de forma expressa que a assistência social é uma das modalidades de ação compreendidas pela seguridade social.

Por seu turno, a mesma Carta Constitucional determina, de forma inquestionável, que compete privativamente à União Federal legislar sobre a seguridade social.

Sendo assim, atendendo à determinação constitucional, o legislador ordinário instituiu a Lei n.º 8.742/93, que nos seus arts. 1º, 2º, inciso I, alínea “c” e 3º, da Lei n.º 8.742/93 define de forma clara e precisa o conceito de assistência social, comprovando o enquadramento do IEL aos conceitos pré-estabelecidos em LEI ORDINÁRIA FEDERAL.

Não é demais lembrar que é princípio basilar da assistência social a supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre o intuito de obtenção de lucro, tal como previsto no art. 4º da Lei 8.742/93.

Em que pese uma grande discussão existente sobre o enquadramento das entidades educacionais e assistenciais como entidades beneficentes, o Governo Federal editou a Lei n.º 12.101, de 27.11.2009, que em seu art. 1º assim prescreveu: *a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às*

peças jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei.

Ocorre que, apesar de ser uma ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS ou uma ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, a Administração Pública não reconhece o IEL como tal, uma vez que para conceder o atestado e o registro de entidade beneficente de assistência social, exige que o Instituto conceda bolsas de estudos parciais e integrais nos termos preconizados pelo art. 13 e seguintes da Lei n.º 12.101/2009.

Noutras palavras, o conceito de ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, apesar de ser CONSTITUCIONAL, está se submetendo às disposições contidas em uma LEI ORDINÁRIA que determina como condição ao gozo do benefício constitucional a oferta de diversas bolsas de estudos, mutilando o instituto da IMUNIDADE e criando restrições ao seu gozo, o que é inconcebível.

Disso resulta que, sem sombra de dúvidas, o IEL é uma ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Ao seu turno, segundo o art. 195, da Constituição Federal, na sua redação original, a seguridade social será financiada por toda a sociedade, pela União, pelos Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Vale salientar que a seguridade social compreende um complexo de ações integradas, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, nos moldes do art. 194 do Texto Supremo.

Por sua vez, o art. 203, também da Carta Magna, define os objetivos da assistência social que, dentre outros, enquadra-se a promoção da integração ao mercado de trabalho e a proteção à família.

A proteção à família e a integração do cidadão ao mercado de trabalho é feita de diversas formas que são de responsabilidade do Governo, tais como, saúde, educação e até mesmo apoio financeiro, e, para incentivar a iniciativa privada a prestar tais serviços à sociedade no lugar do Estado, a Constituição Federal no §7º do 195 estabeleceu um limite ao poder de tributar do Estado.

Assim, nada mais justo do que “isentar” das contribuições devidas à seguridade social, àquelas entidades que, no lugar do Estado, prestam serviços à comunidade, serviços esses que seriam de competência do Poder Público.

No intuito de regulamentar a parte final do §7º do art. 195 da CF/88, o legislador ordinário, no “suposto” uso de suas atribuições, editou a Lei nº 8.212/91, que dispôs sobre a organização da seguridade social e apresentou o seu plano de custeio.

Dentre os requisitos impostos pela Lei nº 8.212/91, em seu art. 55, estava a obrigatoriedade da entidade ser portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo respectivo Ministério.

Diante disso, dúvidas não restam de que toda a legislação infraconstitucional que tenta limitar o alcance do §7º, do art. 195 da Carta Magna é completamente inconstitucional. Isto porque o ordenamento jurídico é integrado por inúmeros princípios e preceitos jurídicos nitidamente diversificados, com os mais variados significados. Ante esse leque de princípios e preceitos, o aplicador do direito vê-se compelido a estudar, examinar, pesquisar, o verdadeiro significado e extensão das normas e princípios jurídicos, a fim de proporcionar uma maior segurança ao ordenamento jurídico.

Essa atividade é denominada de interpretação. Segundo a doutrina tradicional, interpretação é a atividade lógica pela qual se determina o significado da norma jurídica. O intérprete não cria norma jurídica, apenas determina o seu verdadeiro significado e seu real alcance e quais as situações jurídicas reguladas por determinada norma.

O §7º do art. 195 da CF/88 trata de “isenção”, todavia, sabe-se que este dispositivo constitucional deve ser interpretado como sendo uma limitação ao poder de tributar imposta pelo constituinte, constituindo uma garantia do contribuinte, ou seja, trata-se de “imunidade”.

A imunidade, como exposto, constitui uma limitação ao poder de tributar, ou seja, a lei tributária está proibida, por disposição constitucional, de incidir sobre determinados fatos e pessoas, como no presente caso: diferentemente da isenção, a qual exclui, mediante lei, parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação.

Para distinguir a isenção da imunidade, nada melhor do que as palavras do brilhante Juiz Aposentado do Tribunal Regional da 5ª Região, Dr. Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, 12ª Edição, p. 154:

“O que distingue, em essência, a isenção da imunidade é a própria posição desta última em plano hierárquico superior. Daí decorrem consequências da maior importância, tendo-se em vista que a Imunidade, exatamente porque estabelecida em norma residente na Constituição, corporifica princípio superior dentro do ordenamento

jurídico, a servir de bússola para o intérprete que ao buscar o sentido e o alcance da norma imunizante não pode ficar preso a literalidade.

Ainda que na Constituição esteja escrito que determinada situação é isenta, na verdade de isenção não se cuida, mas de imunidade. E se a lei porventura referir-se a hipótese de imunidade, sem estar apenas reproduzindo, inutilmente, a norma da Constituição, a hipótese não será de imunidade, mas de isenção.”

Na doutrina, a matéria já se encontra pacificada. Roque Antônio Carrazza, in Curso de Direito Constitucional Tributário, 11ª edição, p. 473, também entende que a regra do §7º, do art. 195, da Carta Magna, trata de imunidade:

“São imunes à tributação por via de contribuição para a seguridade social (que, para o empregador, como vimos, é um imposto) as entidades beneficentes de assistência social, que atendam as exigências estabelecidas em lei (art. 195, §7º da CF).

A esta lei (que só pode ser uma lei complementar) não é dado inviabilizar a fruição do benefício. Presentemente faz as vezes desta lei o art. 14 do CTN.”

Não é a toa que o Ilustre Autor afirma com tanta veemência, que a lei a que o §7º, do art. 195, da Carta Magna se refere deve ser, necessariamente, uma Lei Complementar. Isto porque, tratando-se de regra de imunidade, como uma limitação constitucional ao poder de tributar, os requisitos para a sua concessão devem vir expressos em Lei Complementar, nos termos do inciso II, do art. 146, também da Constituição Federal.

Por sua vez, os requisitos para a concessão da imunidade em tela, vêm expressos no art. 14, do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, elevada à categoria de lei complementar nos termos constitucionais.

Em sendo obedecido o disposto no art. 14 e incisos, do CTN, é claro o direito do IEL à imunidade de todas as contribuições sociais.

Como forma de robustecer o entendimento até então esposado, transcreve-se o entendimento do ilustre doutrinador Dr. Ives Gandra da Silva Martins a respeito do tema, in Consulta publicada na Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 37, p. 97 até 117, acerca da “Imunidade Tributária das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior” que, em sua resposta às questões formuladas, conclui:

“11) Como já respondi na questão 3, todas as entidades que preenchem os requisitos do art. 14 do CTN gozam de imunidade do §7º do artigo 195 quanto às contribuições sociais, sendo entidades imunes, desde que cuidando de assistência social, ou seja, concedendo bolsas de estudos a alunos carentes.

(...)

O caso do §7º do artigo 195 é de imunidade e não de isenção, apenas outorgável pelo legislador ordinário e, em casos excepcionais, pelo legislador complementar e nunca pelo constituinte. O vocábulo utilizado pelo constituinte de “isenção” em lugar da “imunidade” do §7º é lapso que a doutrina e a jurisprudência já corrigiram.”

A matéria já havia sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 232-1/RJ, publicado no D. J. de 27.03.1992, quando o Ministro Carlos Velloso já entendia que a regra disposta no §7º do art. 195 da Constituição Federal de 1988 tratava-se de regra de imunidade. Segue trecho do voto da lavra do Eminentíssimo Ministro:

“O direito está concedido desde que atendidas as condições e os requisitos inscritos em lei. Que requisitos seriam esses? A Impetrante quer sabê-los, quer conhecê-los. Poderiam ser requisitos que estabelecessem exigências além da situação ontológica de entidade beneficente? Penso que não! Uma entidade que na realidade seja beneficente – e não há qualquer impugnação a essa condição da Impetrante, ou que não fosse ela, na verdade, entidade beneficente – e que atenda, por exemplo, os requisitos inscritos no Código Tributário Nacional para o gozo da imunidade relativamente aos impostos (art. 14 do Código Tributário Nacional), tem, lícitamente, a pretensão de gozar daquilo que a Constituição no art. 195 chama de <<isenção>> e que, concebo, seja, na realidade, uma imunidade.”

Posteriormente, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.192-9/DF, publicado no D. J. de 19.12.1996, o Pretório Excelso, de forma clara e cristalina, reconheceu que a regra disposta no §7º, do art. 195, da Carta Magna, trata de uma “típica garantia de imunidade”, nos termos da Ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – QUOTA PATRONAL – ENTIDADE DE

FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS – IMUNIDADE (CF, ART. 195, §7º) – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social – e, por também atender, de modo integral, às exigências estabelecidas em lei – tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições à seguridade social.

A cláusula inscrita no art. 195, §7º da Carta Política não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedentes: RTJ 137/965.

Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua mesma natureza, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente e absoluta impossibilidade jurídica de autoridade executiva mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, §7º, da Carta Política, para em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo.”

Desta forma, qualquer lei de hierarquia inferior à lei complementar, que vise a impor limites ou restrições ao gozo da imunidade concedida às entidades beneficentes de assistência social, é inconstitucional, por afrontar o disposto no §7º do art. 195 e no art. 146, II, todos do Texto Supremo, concluindo-se pela total ilegitimidade das Contribuições Sociais Patronais.

Por fim, visando a sacramentar a discussão em questão, o Supremo Tribunal Federal – STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 566.622-RS, submetido ao rito da Repercussão Geral, assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 566.622-RS

Relator: Ministro Marco Aurélio

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Data do Julgamento: 23.02.2017

Data da Publicação: 22.08.2017

“IMUNIDADE – DISCIPLINA – LEI COMPLEMENTAR. Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz- se mediante lei complementar.”

Sendo assim, não pairam dúvidas de que o IEL cumpre os requisitos contidos em Lei Complementar, CTN, e faz jus o gozo da IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

Além da imunidade tributária relativa às Contribuições Previdenciárias Patronais, dúvidas não restam de que a desoneração também deve se estender às Contribuições Sociais devidas às Outras Entidades, conforme passa a ser exposto.

Pelo que vem sendo exposto, vê-se claramente que o IEL atende a todos os requisitos descritos no art. 14 do CTN, logo, É UMA ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Isto implica dizer que, por força do que dispõe o art. 3º, §§5º e 6º da Lei n.º 11.457, de 16.03.2007, o IEL não está obrigado a proceder com o recolhimento das Contribuições devidas a outras entidades.

Logo, resta comprovada a ilegitimidade da exigência da Contribuição para o PIS a cargo do IEL.

Sendo assim, vê-se que a jurisprudência existente sobre o tema é totalmente favorável ao IEL, sendo-lhe direito legítimo a imunidade das contribuições previdenciárias patronais (Lei n.º 8.212/91, art. 22, incisos I a IV), das contribuições para outras entidades e da Contribuição para o PIS.

Especificamente, há de se transcrever, aqui, duas jurisprudências específicas:

EMENTA TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AUTOS QUE VOLTARAM DO STF PARA APLICAÇÃO DOS TEMAS 339, 32 E 459. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA ENQUADRAMENTO DE PESSOA JURÍDICA COMO ENTIDADE

BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CONFORMIDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E AS TESES VINCULANTES FIXADAS PELO STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Agravo interno interposto pela Fazenda Nacional contra decisão da Presidência desta eg. Corte, que, em cumprimento à determinação do Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao Recurso Extraordinário, aplicando à espécie as teses firmadas quando do julgamento do AI 791.292/PE (Tema 339), do RE 566.622/RS (Tema 32/STF) e do RE 642.442/RS (Tema 459/STF), segundo as quais: Tema 339: “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.”; Tema 32: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.”; e Tema 459: “A questão do preenchimento dos requisitos legais para enquadramento de pessoa jurídica como entidade beneficente de assistência social, para fins de imunidade tributária, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009”.

2. Em suas razões, o Ente Público sustenta, em síntese, que, ao contrário do que aduziu a deliberação agravada, o STF decidiu que é constitucional o art. 55, II, da Lei nº 8.212/91, assentando, definitivamente, que tão somente as contrapartidas seriam reservadas à lei complementar.

3. O Recurso Extraordinário manejado pelo Ente Público colima sindicat acórdão turmário desta eg. Corte, o qual deu provimento à apelação, para reconhecer o direito da parte autora à imunidade tributária, prevista no art. 195, §7º, da CF/88.

4. Malgrado o esforço hermenêutico levado a efeito pela Fazenda Nacional, verifica-se que o acórdão combatido acabou por restar alinhado aos entendimentos do STF, tomados em precedentes qualificados, quando do julgamento do RE 566.622/RS (Tema 32) e do RE 642.442/RS (Tema 459), cujas teses restaram assim definidas: Tema 32: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo

beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.”; e Tema 459: “A questão do preenchimento dos requisitos legais para enquadramento de pessoa jurídica como entidade beneficente de assistência social, para fins de imunidade tributária, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009”.

5. *In casu*, o julgado considerou que a entidade comprovou o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da imunidade requestada. Nessa senda, para ultrapassar o posicionamento adotado no acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos e as provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário (Súmula 279/STF).

6. Ademais, o Pleno do STF, no exame da ação direta de nº 4.480, reafirmou a presunção de legitimidade dos artigos 1º, 13, caput e incisos I e II, 18, §§ 1º e 2º, incisos I e II, §3º, 29, 30 e 32, caput, da Lei nº 12.101/2009. Confira-se: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Direito Tributário. 3. Artigos 1º; 13, parágrafos e incisos; 14, §§ 1º e 2º; 18, §§ 1º, 2º e 3º; 29 e seus incisos; 30; 31 e 32, § 1º, da Lei 12.101/2009, com a nova redação dada pela Lei 12.868/2013, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. 4. Revogação do § 2º do art. 13 por legislação superveniente. Perda de objeto. 5. Regulamentação do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. 6. **Entidades beneficentes de assistência social. Modo de atuação. Necessidade de lei complementar. Aspectos meramente procedimentais. Regramento por lei ordinária.**

7. Precedentes. ADIs 2.028, 2.036, 2.621 e 2.228, bem como o RE-RG 566.622 (tema 32 da repercussão geral).

8. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 13, III, § 1º, I e II, § 3º, § 4º, I e II, e §§ 5º, 6º e 7º; art. 14, §§ 1º e 2º; art. 18, caput; art. 31; e art. 32, §1º, da Lei 12.101/2009, com a nova redação dada pela Lei 12.868/2013.” 7. Registre-se, por fim, que o recurso extraordinário

do Ente Público foi inicialmente admitido, por meio da decisão de id. 4050000.25540365. O STF, todavia, ao examinar o apelo, determinou à devolução dos autos a esta Corte, para adotar, conforme a situação dos Temas 339, 32 e 459 de repercussão geral, os procedimentos previstos nos incisos I a III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil (id. 4050000.28112538).

9. Agravo regimental improvido.

(TRF 5ª Região. AGRAVO REGIMENTAL CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR, PLENO, JULGAMENTO: 18/03/2022)

Importante ressaltar que o julgamento acima transitou em julgado em 20 de maio de 2022.

Por derradeiro, colaciona-se o julgado, também recente, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que julgou demanda proposta pelo Instituto Euvaldo Lodi do Estado de Goiás:

TRIBUTÁRIO.IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 55 DA LEI Nº 8.212/1991. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. CEBAS. COMPROVAÇÃO. PREENCHIMENTO DO ART. 14 DO CTN. IMPOSTOS. ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO.

1. O egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito do art. 543-B do CPC/1973 (repercussão geral), firmou entendimento de que: “[...] as entidades que promovem a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, somente fazem jus à imunidade do § 7º, do art. 195, CF/88 se preencherem cumulativamente os requisitos de que trata o art. 55, da Lei nº 8.212/91, na sua redação original, e aqueles prescritos nos artigos 9º e 14, do CTN” (RE 636.941, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 04/04/2014).

2. “Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”. (RE 566622, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017).

3. Não há no ordenamento jurídico lei complementar especificamente editada para regulamentar a imunidade tributária do art. 195, § 7º, da CF, apenas os requisitos previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional podem ser exigidos da entidade beneficente.

4. A autora apresentou seu estatuto social no qual consta que é uma entidade sem fins lucrativos e tem por finalidade o desenvolvimento, gestão e custeio de programas para realizar assistência social universal, bem como comprovou que preenche as exigências contidas no art. 14 do Código Tributário Nacional.

5. Apelação e remessa oficial as quais se nega provimento.

(TRF 1ª Região. APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 1066706-30.2021.4.01.3400. Sétima Turma. Relator: Desembargador Federal JOSÉ AMILCAR MACHADO. Data do Julgamento: 12.04.2022.

4 CONCLUSÃO

Ante ao exposto, dúvidas não restam de que inexistente relação jurídica tributária que obrigue o INSTITUTO EUVALDO LODI (IEL) a recolher as contribuições previdenciárias patronais, contribuições para o PIS, para o INCRA e para o salário educação, conforme previsto nos arts. 150, vi, “c” e 195, §7º da CF/88.

De toda forma, a União vem tentando impedir o pleno gozo de tal direito, obrigando que seja provado o Poder Judiciário para corrigir tal injustiça. Neste sentido, conforme exposto, o IEL possui diversos entendimentos jurisprudenciais que dão luz ao tema e lhe garantem uma maior segurança para propor tais demandas.

Por fim, uma vez reconhecida a imunidade, certamente o IEL fará uma elevada economia, já que deixará de recolher tais tributos e poderá investir tais valores em melhorias e tornar-se-á mais competitivo no mercado, podendo entregar a prestação de serviços de forma mais barata.

5 BIBLIOGRAFIA

Constituição Federal Brasileira Código Tributário Nacional Código Civil Brasileiro
Lei Federal n.º 8.212/1991 Lei Federal n.º 12.101/2009 Lei Federal n.º 9.532/1997 Lei Federal
n.º 8.742/1993. Lei Federal n.º 11.457/2007

Carrazza, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 11ª edição, p. 473.

Machado, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 12ª Edição, p. 154.

Martins, Ives Gandra da Silva. Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 37, p. 97 até 117.

Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Sítio Eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Sítio Eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



9 – SENAI COMO FERRAMENTA DE CAPACITAÇÃO INDUSTRIAL DA MULHER: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PREVENÇÃO E PROTEÇÃO

Caroline Bracho Cozini César

Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais

RESUMO

Esse artigo tem como proposta principal refletir acerca da possibilidade das entidades integrantes dos serviços sociais autônomos, com foco específico no SENAI, atuarem de forma efetiva na luta contra a violência doméstica, ao promover cursos e programas direcionados para a capacitação de mulheres que se encontram inseridas no ciclo da violência.

Palavras-Chave: *VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – MULHER – DESIGUALDADE – CAPACITAÇÃO – SENAI – PREVENÇÃO – PROTEÇÃO – INDÚSTRIA – LEI MARIA DA PENHA – MERCADO DE TRABALHO – RESPONSABILIDADE SOCIAL*

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica é um mal que permeia o dia a dia das mulheres brasileiras de forma geral, é um mal que não escolhe vítima, status social ou cor, é silencioso e democrático.

Temos no Brasil, índices de violência doméstica estratosféricos, e por óbvio, as vítimas que não possuem meios para lutar contra o ciclo da violência são as mulheres periféricas, de baixa renda.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, através do estudo “Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, apresenta dados que confirmam que a violência atinge as mulheres brasileiras de forma devastadora.

Para mitigar tal realidade, o Estado, vem criando políticas públicas que atendam a necessidade de proteção à mulher e prevenção contra a violência doméstica.

A situação é enfrentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma abstrata, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 266 § 8º e através de legislação esparsa, tendo como principal mecanismo de atuação a Lei 11.340/2006 conhecida como, Lei Maria da Penha, marco fundamental para coibir e mitigar a violência doméstica.

Recentemente, a Medida Provisória nº 1.116, de 04 de maio de 2022, instituiu o programa *emprega + Mulheres e Jovens*, destinado à inserção e à manutenção de mulheres e jovens no mercado de trabalho, em seu artigo 18, determinou que as entidades dos serviços sociais autônomos implementarão medidas que estimulem a ocupação das vagas de gratuidades.

Este movimento é essencial para que as mulheres tenham ferramentas para quebrar o ciclo da violência, tendo em vista que a oportunidade de capacitação é uma das principais formas de enfrentamento à violência contra a mulher.

A família, a sociedade e o poder público são responsáveis por garantir que todas as mulheres possam ter o exercício pleno dos seus direitos, e assim sendo, não podemos nos manter inertes diante da realidade vivida por centenas de brasileiras.

Nesse contexto, este artigo visa apresentar estudo das questões que permeiam a violência doméstica no Brasil, com enfoque em propor possíveis ferramentas, como programas e cursos, a serem disponibilizados pelo serviço social autônomo, em especial o SENAI, para que as mulheres deixem a situação de violência e vulnerabilidade e passem a integrar a força de trabalho da indústria brasileira.

2 ARCABOUÇO LEGAL – MP 1.116/2022 E CRFB/88

É essencial, ao iniciar o estudo do tema em comento, traçar conceitos básicos para que seja possível entender com clareza o quão profundo e enraizado se encontra a problemática ora levantada.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 226, §8º garante que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Assim sendo, é dever do Estado garantir, de forma universal e acessível, meios através dos quais seja mitigada a violência doméstica.

O Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre a temática, exarou:

(...)A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. (...) Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da

convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na CF, especialmente no § 8º do respectivo art. 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca re- taliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiên- cia especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o – e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade – antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do art. 16 da lei em comento, o ato à audiência do Ministério Público. Deixar a cargo da mulher autora da representa- ção a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submis- são. (...) Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos huma- nos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvi- dar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de gru- pos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorren- tes da cristalização cultural do preconceito. (...) Procede às inteiras o pedido formulado pelo procurador-geral da República, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação con- forme à Carta da República aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela lei ora discutida, assentando-se que, em se tra- tando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada.¹

¹ [ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014.] = ADC 19, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 29-4-2014;

A Lei Maria da Penha, é um marco legal histórico no ordenamento jurídico brasileiro, pois inova ao trazer medidas protetivas de urgência para garantir a integridade da vítima de forma mais eficaz. Instituiu a implementação de medidas integradas de prevenção, assim determinado em seu art. 8º:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;²

Cabe informar, ainda, que a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), define de forma objetiva que configura violência doméstica contra a mulher qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Extraem-se desta premissa as inúmeras formas de violência doméstica contra a mulher, e fica claro como a existência da mulher pode ser violentada em todos os âmbitos. Assim sendo, se mostra urgente a necessidade de proporcionar às mulheres acesso a ferramentas aptas a quebrar o ciclo da violência de forma a garantir dignidade.

Tabela 1: Registros de violência doméstica (lesão corporal dolosa).³

Estados selecionados, março a maio de 2019 – março a maio de 2020

| Unidade da Federação | Lesão corporal dolosa | | | | | | | | | Acumulado (março a maio) | | |
|-----------------------------|-----------------------|---------------|--------------|---------------|--------------|--------------|---------------|--------------|--------------|--------------------------|---------------|--------------|
| | mar/19 | mar/20 | Variação (%) | abr/19 | abr/20 | Variação (%) | mai/19 | mai/20 | Variação (%) | 2019 | 2020 | Variação (%) |
| | Acre | 14 | 10 | -28,6 | .. | .. | .. | .. | .. | .. | .. | .. |
| Amapá | 74 | 36 | -51,4 | 26 | 29 | 11,5 | 25 | 27 | 8,0 | 125 | 92 | -26,4 |
| Ceará | 462 | 365 | -21,0 | 483 | 329 | -31,9 | 467 | 351 | -24,8 | 1.412 | 1.045 | -26,0 |
| Espírito Santo | ... | ... | ... | 613 | 431 | -29,7 | 556 | 420 | -24,5 | ... | ... | ... |
| Maranhão ⁽¹⁾ | 223 | 6 | -97,3 | 108 | 3 | -97,2 | 84 | 55 | -34,5 | 415 | 64 | -84,6 |
| Mato Grosso ⁽²⁾ | 953 | 744 | -21,9 | 818 | 731 | -10,6 | 896 | 729 | -18,6 | 2.667 | 2.204 | -17,4 |
| Minas Gerais ⁽³⁾ | 2.108 | 1.807 | -14,3 | 1.900 | 1.653 | -13,0 | ... | ... | ... | ... | ... | ... |
| Pará | 607 | 527 | -13,2 | 643 | 126 | -80,4 | 357 | 704 | 97,2 | 1.607 | 1.357 | -15,6 |
| Rio de Janeiro | 3.796 | 2.750 | -27,6 | 3.641 | 1.875 | -48,5 | 3.117 | 1.686 | -45,9 | 10.554 | 6.311 | -40,2 |
| Rio Grande do Norte | 287 | 385 | 34,1 | 286 | 121 | -57,7 | 62 | 78 | 25,8 | 635 | 584 | -8,0 |
| Rio Grande do Sul | 1.949 | 1.799 | -7,7 | 1.719 | 1.259 | -26,8 | 1.499 | 1.216 | -18,9 | 5.167 | 4.274 | -17,3 |
| São Paulo | 4.753 | 4.329 | -8,9 | 4.937 | 3.244 | -34,3 | 4.439 | 3.237 | -27,1 | 14.129 | 10.810 | -23,5 |
| Total | 15.226 | 12.758 | -16,2 | 15.174 | 9.801 | -35,4 | 11.502 | 8.503 | -26,1 | 36.711 | 26.741 | -27,2 |

(1) Os dados de abril são até o dia 17/04 de 2019 e 2020 e considera as ocorrências enquadradas como "Maria da Penha - violência física, qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal".

(2) Os dados referentes a abril de 2019 e de 2020 dizem respeito somente às vítimas com idades de 18 a 59 anos.

(3) Os dados de Minas Gerais incluem tentativas.

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Observatório de Análise Criminal do NAT/MPAC; Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

² Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha);

³ Fórum Brasileiro de Segurança Pública – Violência Doméstica durante a pandemia de COVID-19 ED3

O ciclo da violência, de acordo com a psicóloga norte americana, Lenore Walker, acontece em 3 fases: o aumento da tensão, o ato de violência e por fim o arrependimento e comportamento carinhoso. Quando inserida neste ciclo, a mulher se sente vulnerável, com medo, confusa e culpada, portanto, sem meios de se desvincular da situação de violência.

Podemos conceituar a violência doméstica:

Como um fenômeno que não distingue classe social, raça, etnia, religião, orientação sexual, idade e grau de escolaridade. Todos os dias, somos impactados por notícias de mulheres que foram assassinadas por seus companheiros ou ex-parceiros. Na maioria desses casos, elas já vinham sofrendo diversos tipos de violência há algum tempo, mas a situação só chega ao conhecimento de outras pessoas quando as agressões crescem a ponto de culminar no feminicídio.⁴

Já no âmbito estadual, a Lei 22.256/2016, que institui a política de atendimento à mulher vítima de violência no Estado de Minas Gerais, ratifica as políticas implementadas pelas Lei Maria da Penha, em seu art. 4º VII, nos informa que:

Na implementação da política de que trata esta Lei, poderão ser adotadas as seguintes ações: ... VII – criação de banco de empregos para mulheres vítimas de violência, com a participação de entidades e órgãos públicos estaduais, federais e municipais e o estabelecimento de parcerias com o setor privado, observadas a vocação profissional da beneficiária e a busca de padrões remuneratórios compatíveis com os praticados no mercado de trabalho.⁵

O inciso VII do art. 4º da Lei 22.256/2016, foi regulamentado através do Decreto 48312/2021, que cria O Banco de empregos, denominado A Vez Delas, que é uma ferramenta importante na facilitação da inserção das vítimas da violência doméstica no mercado de trabalho.

Art. 1º – Fica criado o banco de empregos, denominado A Vez Delas, para mulheres vítimas de violência, nos termos do inciso VII do art. 4º da Lei nº 22.256, de 26 de julho de 2016, com a participação de entidades e órgãos públicos municipais, estaduais e federais e o estabelecimento de parcerias com o setor privado, observadas a vocação

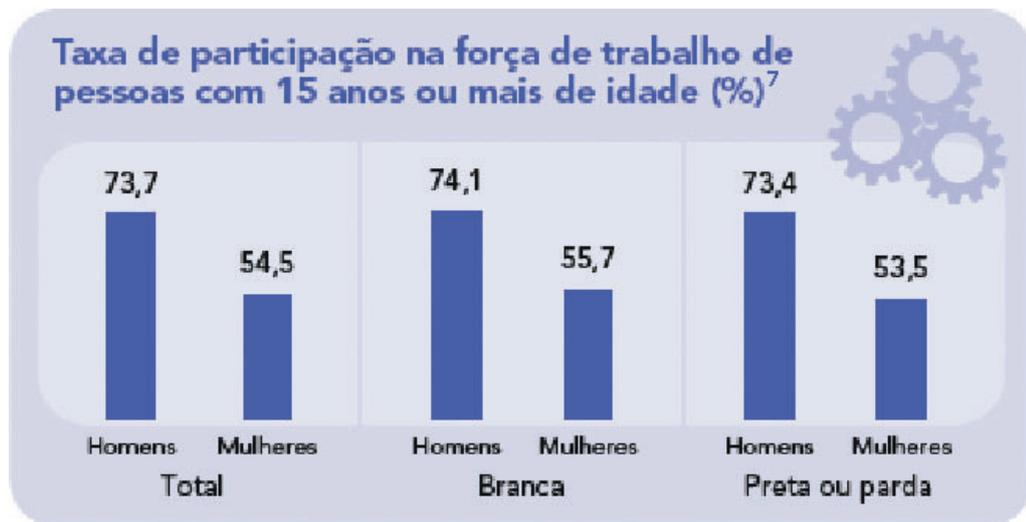
⁴ <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>;

⁵ Lei 22.256/2016;

profissional da beneficiária e a busca de padrões remuneratórios compatíveis com os praticados no mercado de trabalho⁶

O Brasil, é um país marcado pela desigualdade social e a violência doméstica é uma de suas principais consequências, já que, as mulheres encontram inúmeros impedimentos ao tentar se inserir no mercado de trabalho, assim elas acabam por se colocar em posição de dependência financeira do companheiro/esposo, que passa a ser o agressor.

O Estudo: “Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, realizado pelo IBGE, demonstra de forma clara a desigualdade de gênero, pois aponta que a taxa de participação das mulheres na força de trabalho (trabalhando ou procurando trabalho e disponível para trabalhar) é de 54,5%, enquanto entre os homens é de 73,7%. Já o índice que determina o nível de ocupação (pessoas trabalhando) de mulheres é de 54,6% e de homens é de 89,2%.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019.

Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

Neste passo, fica demonstrada a importância dos serviços sociais autônomos, em especial após a edição da medida Provisória Nº 1.116, de 4 de maio de 2022, que Institui o Programa Emprega + Mulheres e Jovens e altera a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Consolidação das Leis do Trabalho, e autoriza a ocupação das vagas de gratuidade dos serviços sociais autônomos por mulheres e priorização de mulheres vítimas de violência doméstica.

⁶ Decreto Nº 48.312, de 1º de Dezembro de 2021

⁷ https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf

3 VÍNCULO COM AS FINALIDADES INSTITUCIONAIS DO SENAI

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), serviço social autônomo, é uma entidade privada sem fins lucrativos, que tem como objetivo finalístico a educação profissional para a indústria, desde à aprendizagem ao ensino superior de tecnólogos, bem como o desenvolvimento de pesquisas tecnológicas.

E é por ter como cerne de suas atividades a capacitação de profissionais voltada para atividade da indústria que o SENAI pode agir como instrumento de fortalecimento das mulheres na luta contra a violência doméstica.

Nesse sentido, as entidades do sistema social autônomo passam a exercer um papel de protagonismo na luta contra a violência doméstica, já que o SENAI, tem por um de seus objetivos realizar cursos e programas voltados para a aprendizagem industrial, dessa maneira, proporciona diversos níveis de qualificação aos industriários, e de forma a atender seu viés social, a sociedade em geral, inclusive oferecendo bolsas e cursos gratuitos.

Vem daí a janela de oportunidade através da qual se torna possível a atuação direta do SENAI na criação de programas e cursos voltados para a capacitação da mulher em situação de violência doméstica.

A Medida Provisória Nº 1.116, de 4 de maio de 2022, formaliza o papel dos serviços sociais autônomos na capacitação da mulher vítima de violência doméstica ao determinar que elas deverão ser incluídas nos critérios de priorização para preenchimento das vagas de gratuidade.

3.1 CONTRAPARTIDA PARA A INDÚSTRIA

A contrapartida gerada para a indústria como consequência imediata da ação do SENAI, é por óbvio promover a inserção e aumento de mão de obra qualificada de mulheres no mercado de trabalho, já de forma indireta: contribuir para o bem-estar social de forma efetiva.

E ainda, é inegável o benefício para reputação da indústria que se torna parceira de projetos como os que aqui se sugere, tendo em vista que a violência doméstica é uma pauta que gera grande comoção social por ser próximo ao dia a dia do brasileiro.

Atualmente, a indústria deve ampliar os seus horizontes de atuação, buscando se alçar no entendimento de que exercer sua atividade industriária com responsabilidade social é

essencial e gera resultados positivos, como por exemplo a melhora da imagem da indústria e o crescimento da mão de obra técnica especializada.

4 PROJETOS JÁ REALIZADOS

Podemos citar como exemplo alguns programas já realizados pelo SENAI em abrangência nacional, destinados a mulheres, que tiveram como objetivo garantir capacitação e aumentar a empregabilidade feminina.

O Programa Escola de Eletricistas para mulheres, realizado pelo SENAI/ES em parceria com a Escola de Eletricistas de Distribuição, voltado para a capacitação de mulheres como eletricistas de redes de distribuição foi realizado em 2020 com o objetivo de ampliar o nível de participação das mulheres no mercado de trabalho.

Já o SENAI RJ, Unidade Volta Redonda, realizou o Projeto Capacitar em parceria com a Companhia Siderúrgica Nacional, que formou 90 mulheres para atuarem na área da operação siderúrgica. Na primeira turma de estudantes, 58 delas foram empregadas pela CSN.

O Projeto Liderança Feminina, realizado através de parceria da Responsabilidade Social do SESI/MG com o SENAI/MG (Unidade Divinópolis), propõem o desenvolvimento de mulheres em situação de vulnerabilidade social. Foi realizado no período de janeiro a março de 2022, em que além do conhecimento técnico, a capacitação buscou enfrentar junto às alunas questões intrínsecas ao desenvolvimento socioemocional que visava gerar ações transformadoras e concretas na vida cotidiana das mulheres.

Este projeto teve como eixo temático trabalhar o empoderamento e atuação:

O curso Liderança e empoderamento feminino foi ministrado por Alessandra Rigueira, analista de Responsabilidade Social do SESI, que explica que a capacitação foi dividida em três grandes eixos: Socioemocional, Liderança e Empreendedorismo. “É uma experiência enriquecedora e as histórias e experiências de vida dessas mulheres serviram de pano de fundo para que pudéssemos trabalhar o protagonismo, a liderança e o empoderamento delas, com o objetivo de transformar suas relações profissionais, comunitárias e interpessoais”.⁸

⁸ <https://www7.fiemg.com.br/Noticias/Detalhe/empoderamento-das-mulheres-da-industria>

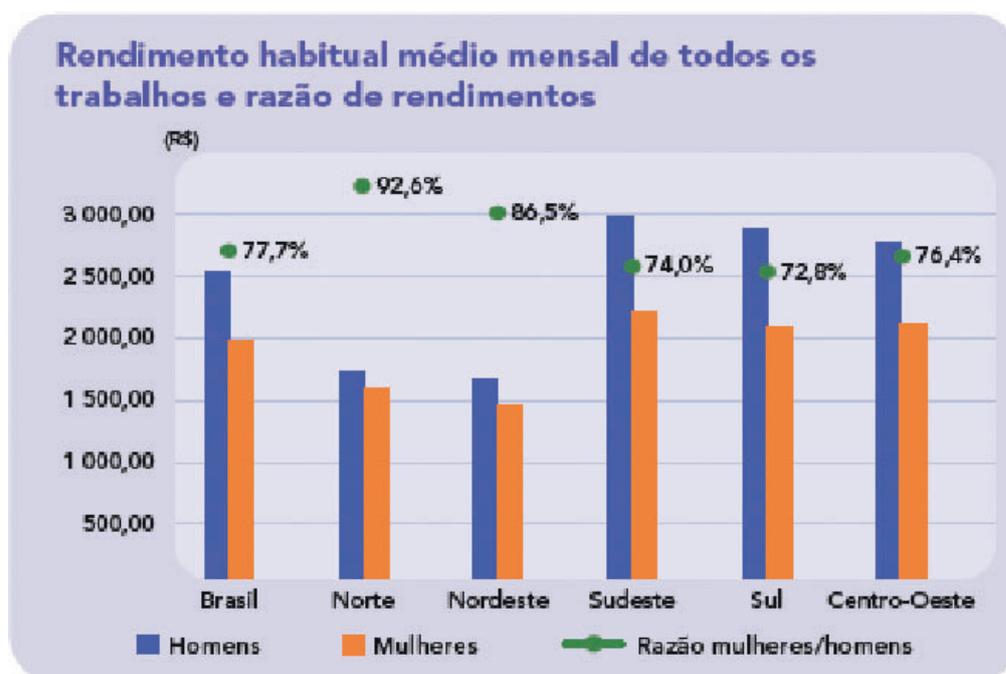
Os exemplos citados são projetos direcionados para mulheres em geral, e a iniciativa é louvável, porém é preciso destacar a importância da realização de cursos e projetos pensados de maneira específica as mulheres vítimas de violência doméstica, para que sejam levadas em consideração todas as nuances que lhes são particulares.

O SENAI é a principal entidade dos serviços sociais autônomos capaz de exercer o papel de capacitar mulheres vítimas da violência doméstica já que é intrínseco a sua atividade fomentar o desenvolvimento de profissionais para compor o corpo de trabalho da Indústria. Seus programas, projetos e atividades, oferecem atendimentos personalizado às diferentes necessidades da indústria e contribui para o seu fortalecimento e o desenvolvimento pleno e sustentável do país.

5 CONCLUSÃO

Em um país como o Brasil, com índices de violência doméstica estonteantes, que em 2021 em média, uma mulher foi vítima de feminicídio a cada 7 horas, que não emprega mulheres de forma igualitária aos homens, que o salário pago às mulheres é correspondente a um pouco mais de $\frac{3}{4}$ do rendimento dos homens, é preciso que todos os âmbitos da sociedade se posicionem em busca de mudar este parâmetro estabelecido em nosso país.

A desigualdade no rendimento médio mensal entre homens e mulheres é flagrante:



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019.

Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

Proporcionar oportunidades para que as mulheres conquistem autonomia financeira, através da sua inserção no mercado de trabalho, tendo como consequência o empoderamento, a melhora na autoestima, e o aumento da autonomia feminina, é um passo que as entidades dos serviços sociais autônomos, principalmente, o SENAI, podem tomar em direção a atuar de forma efetiva para mudar a realidade das vítimas da violência doméstica no Brasil.

Conclui-se, portanto, o presente artigo, afirmando que o SENAI, é dotado de todos os insumos necessários para promover os cursos e programas ora sugeridos, e que realizá-los acarretará mudanças reais na vida das mulheres vítimas da violência doméstica no Brasil.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 de agosto de 2022.

IBGE. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Brasil. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

BRASIL. **Medida Provisória Disponível nº 1.116, de 04 de maio de 2022, instituiu o programa emprega + Mulheres e Jovens**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1116.htm#:~:text=ME-DIDA%20PRVIS%-C3%93RIA%20N%C2%BA%201.116%2C%20DE%204%20DE%20MAIO%20DE%202022&text=Institui%20o%20Programa%20Eprega%20%2B%20Mulhres,1%C2%BA%20de%20maio%20de%201943. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. [ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014.] = ADC 19, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 29-4-2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

BRASIL. **Lei Nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **O Ciclo da Violência**. Brasil. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

MINAS GERAIS. **Lei nº 22256**, de 26 julho de 2016. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=22256&comp=&ano=2016>. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

MINAS GERAIS. **Decreto 48312/2021**, de 31 de dezembro de 2021. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=48333&ano=2021&tipo=DEC>. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

BRASIL. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI)**: atualizado pelo decreto nº 6.635, de 5 de novembro de 2008. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 2009. Disponível em: https://www.rr.senai.br/site/repositorio/01-Regimento_Interno.PDF. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública – Violência Doméstica durante a pandemia de COVID-19 – ED3. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v3.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2022.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



10 – ENFOQUE LEGAL DO PAPEL DO SESI E SENAI: NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E CONTRIBUIÇÃO PARA O CRESCIMENTO DA INDÚSTRIA

Diego Moraes da Silva

Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso
SESI/MT

O objetivo deste artigo é identificar as necessidades das indústrias no que se refere a mão de obra qualificada, bem como promover a inserção dos alunos do SESI e do SENAI através da inclusão e contribuir para o crescimento da indústria com a acesso a mão de obra qualificada. Para tanto, é necessário discorrer sobre a inclusão em sua amplitude, adentrando também na diversidade, principalmente em seus aspectos cultural, de gênero, raça e religião. A inclusão deve ser naturalizada desde a inserção do indivíduo na vida acadêmica, através de formas lúdicas, criativas, musicais e pelas brincadeiras, passando pela sua formação básica, fundamental, média/técnica e chegando até ao ensino superior. Desta forma, adentramos nos papéis destas duas instituições que são SESI e SENAI, como agentes indutores desta transformação e principalmente, por estarem presentes desde a educação básica até a educação superior, e o mais importante, contribuindo para o crescimento da indústria, pois serão profissionais que além de qualificados tecnicamente, serão profissionais indutores da inclusão.

Palavras chaves: Inclusão. Diversidade. Educação básica. Ensino superior. Crescimento da Indústria.

ABSTRACT

The objective of this article is to identify the needs of industries with regard to qualified labor, as well as to promote the insertion of SESI and SENAI students through inclusion and contribute to the growth of the industry with access to qualified labor. There fore, it is necessary to discuss inclusion in its breadth, also entering diversity, especially in its cultural, gender, race and religion aspects. Inclusion must be naturalized from the individual's insertion into academic life, through playful, creative, musical and playful ways, through their basic, fundamental, medium/technical training and reaching higher education. In this way, we enter into the roles of these two institutions that are SESI and SENAI, as inducing agents of this transformation and mainly because they are present from basic education to higher education, and most importantly, contributing to the growth of the industry, as they will be professionals who, in addition to being technically qualified, will be inclusion-inducing professionals.

Inclusion. Diversity. Basic education. University education. Industry Growth.

1 INTRODUÇÃO

A educação inclusiva passa pela necessidade de adequação das escolas, por serem propiciamente o ambiente onde ocorre o desenvolvimento inicial da criança, desta forma, se estabelece desde os anos iniciais ambientes propícios ao incentivo e desconstrução de ambientes discriminatórios.

Os ambientes de ensino são propícios a estabelecer a formação do caráter inicial das crianças, apesar de não haver um consenso do ambiente ideal, tendo em vista que é um desafio aos instituidores do ensino, bem como aos próprios educadores, ou seja, torna-se uma demanda altamente complexa.

É notável que não há um modelo de inclusão, porém, há formas de se buscar essa excelência na implantação de um modelo que pode ser levado em consideração como parâmetro, e até mesmo ser utilizado por outras instituições, mesmo havendo a declaração de Salamanca, em que os ambientes educacionais de inclusão social devem garantir, os direitos básicos a educação:

“toda criança tem direito fundamental à educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem, toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas, sistemas educacionais deveriam ser designados e programas educacionais deveriam ser implementados no sentido de se levar em conta a vasta diversidade de tais características e necessidades, aqueles com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular, que deveria acomodá-los dentro de uma Pedagogia centrada na criança, capaz de satisfazer a tais necessidades, escolas regulares que possuam tal orientação inclusiva constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas provêem uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional” (Declaração de Salamanca. 1994. Art. 2º)

O papel do SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA, prevê que sua obra educativa e serviços serão sobretudo conforme insculpido em seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 57.375 de 02 de dezembro de 1965:

“Art. 7º A obra educativa e serviços do SESI se orientarão no sentido de que a vida em sociedade se realize de forma comunitária.

Parágrafo único. Colimando esse desiderato o SESI estimulará e facilitará:

a) o pleno respeito pela pessoa humana;

O do SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, regimenta 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;

O Código de Ética do Sistema Indústria (CNI, SESI, SENAI E IEL), o qual serviu de modelo para outras Federações e Departamentos Regionais, garante o Respeito à Diversidade:

“A diversidade e a dignidade da pessoa humana são valorizadas e respeitadas. Não são admitidas atitudes de discriminação, desqualificação, intimidação e constrangimento em função de gênero, etnia, orientação sexual, comportamentos que configurem racismo de qualquer natureza, idade, religião, aparência física, origem geográfica, condição socioeconômica e deficiência, tal como definidas legalmente”.

4.3 RELACIONAMENTO COM O PÚBLICO INTERNO A CNI, o IEL/NC, o SESI/DN e o SENAI/DN têm compromisso com um ambiente de trabalho seguro e saudável, pautado por: respeito à igualdade de gênero, reprovando qualquer tipo de discriminação; respeito às diversidades culturais e sociais de seus dirigentes, colaboradores e terceiros; reprovção de qualquer atitude de discriminação; e reprovção de quaisquer atitudes abusivas e de favorecimento indevido a pessoas ou a grupos.

As escolas, e não somente as escolas do SESI, mas uma grande quantidade de instituições escolares no país, não eram preparadas para o trato com o deficiente, sendo um muitas vezes um ambiente de discriminação, preconceitos e rejeição, todo o foco estava na doença e não na sua interação social, sendo somente atividades relacionadas a terapias cognitivas e sensoriais, deixando de lado a atividade escolar e principalmente sua interação com outras crianças.

Mas com a Lei nº. 13.146/2015 que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu artigo 4º, garante que:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas

Muito se avançou nas investigações científicas, atingindo as causas e origens das diversas deficiências, não se delimitando apenas no âmbito da deficiência em si, mas principalmente na descoberta de maneiras de interação social dessas crianças no âmbito escolar.

O acesso ao ensino educacional básico e especial, traz inúmeros ganhos para a própria criança, que passa a se sentir inserido, ou seja, a inclusão em sua amplitude passa a ser uma realidade, principalmente por entender o seu papel na sociedade e a forma como pode contribuir para o desenvolvimento da economia.

Todas essas garantias sobrevieram com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – Lei nº 9.394/1996, principalmente em seu artigo 3º:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

XIV - respeito à diversidade humana, linguística, cultural e identitária das pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva.

É importante ressaltar, que, a inclusão não é tão somente a inserção dos indivíduos que possuem alguma deficiência, mas também a inserção das variadas formas de diversidade, não se limitando as raciais, religiosas, culturais e de gênero.

A educação sempre será a melhor forma de inclusão, por trabalhar o início da vida social do indivíduo, seja para a criança que tem algum tipo de diversidade, ou para as crianças em geral que podem ser agentes indutores dessa inclusão, bem como para os educadores que se tornam intermediadores dessa transformação.

É a busca pela inclusão de forma a garantir a diversidade em seu âmbito escolar, é que traz um papel importantíssimo ao SESI e SENAI, pois tratam-se de instituições que podem promover essa inclusão, caminhando nos anos iniciais pelas escolas do SESI em sua educação básica, fundamental e médio, chegando ao ensino técnico/médio do SENAI, e suas faculdades de tecnologia.

Já imaginou o ganho que o SESI e SENAI terão em inclusão e indústria terá em diversidade?

Não somente diversidade em pensamentos, em *insights*, ideias, criatividade, enfim, inúmeras oportunidades que nascem em dois cenários que caminham juntos, um ampliando o outro, trazendo ao centro do debate uma peculiaridade das duas instituições que é promover a capacitação profissional, pelo SENAI e atingimento do social, pelo SESI.

É exatamente isso que pretende-se com esse trabalho, trazer ao centro do debate o atingimento dos objetivos das instituições SESI e SENAI, promovendo ganho e competitividade as indústrias.

Sem sombra de dúvidas, que não serão exauridas as possibilidades com esse trabalho, porém, se tão somente os princípios esculpidos no Regulamento do SESI e Regimento do SENAI forem alcançados, a objetivo estará cumprido.

2 DA INCLUSÃO

A inclusão pode ser definida como ato de incluir e acrescentar pessoas em grupos ou núcleos que antes não faziam parte, é o atingimento da igualdade, direito garantido na Constituição Federal:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” **Constituição Federal. 1988. Preâmbulo.**

A definição não se limita somente a questões sociais, mas também a inclusão escolar, profissional, digital e profissional.

As contradições e diferenças encontradas na sociedade, são elementos básicos e indutores de inclusão, e as escolas são agentes dessa transformação, devendo serem abertas a diversidades.

É importante que o avanço na educação seja adaptado as realidades e mudanças que a educação tradicional traz, rompendo com barreiras muitas vezes impostas no passado, não deixando de se ter critérios de avaliação adequados ao desenvolvimento, mas que sejam abertos a diversas formas de inclusão, sejam as barreiras físicas, de gênero, racial ou cultural.

O Decreto 3.298/1999, 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, traz em seu artigo 5º:

Art. 5º. A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios; III - respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

E ainda, a Lei nº. 12.764/2012 - 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:

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I – a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

IV – o acesso:

a) à educação e ao ensino profissionalizante;

Veja, que a inclusão é a ferramenta de amplitude da diversidade, e o SESI e SENAI tornam-se atores principais nessa transformação, sendo que os profissionais de educação que integram, passam a ter papel de mediação dessa inserção no ambiente escolar e posteriormente no ambiente profissional.

Esse avanço não é somente no aspecto físico das escolas, como criação de acessibilidade, mas além disso, também nos aspectos sociais e culturais.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 206:

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

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

Com todas essas premissas, princípios, aspectos legais, percebe-se que a inclusão é um indutor da diversidade, sendo o papel de incentivo a um olhar mais amplo do todo, trazendo a realidade aquilo que se não fosse a inclusão, muitas escolas, empresas, sociedade em geral, não teriam um olhar mais aberto a diversidade de pensamentos.

3 DA DIVERSIDADE

Adentrando ao campo da diversidade, que é a inclusão em sua amplitude, pois trata das mais diversas formas culturais, racial, de gênero e físicas, partimos para um universo de possibilidades.

A diversidade em seu aspecto seu significado e conceito, trata-se de variedade, pluralidade, diferença.

Em seu sentido amplo trata-se de diversidade cultural, racial, gênero e físicas, dentre outras muitas.

A diversidade é inerente ao ser humano, e está relacionada ao campo da antropologia, abrange a cultura de forma a compreender como estão relacionadas as áreas de pluralidade, complexidade e multiplicidade.

É importante o entendimento da diversidade com agente indutor da transformação das corporações, desta forma, os aspectos legais e presentes nas organizações tornam-se importantes para essa mudança e incorporação nas atividades do SESI e SENAI.

Toda essa transformação e boas práticas que envolvem a diversidade, seja em âmbito escolar, ou empresarial, geram valor ao negócio, atendendo a importante pauta de social e sustentabilidade, quando fala-se principalmente de *Environmental Social and Governance*.

A diversidade muito se tem falado, pois a sua inserção em ambientes educacionais sempre foi um desafio para as instituições escolares.

Porém, é importante frisar que a diversidade está presente na Constituição Federal e demais normas que trazem as garantias fundamentais ao que socorrem-se deste direito.

A Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, traz a seguinte redação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;

Grupos minorizados fazem parte da inclusão nos ambientes corporativos, de modo que favorece e acentua o cenário social, político e econômico do país, e tal realidade só foi inserida tendo em vista a necessidade de maior diversificação de pessoas, de perspectivas e de experiências.

Portanto, trata-se não somente de pura e simples diversificação, mas também, como forma de abranger o pensamento, criar ambientes favoráveis a criatividade e troca de experiências, que somente com pensamentos, culturas, gênero, raça diferente é que se pode alcançar um olhar mais crítico da sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O SESI e SENAI contribuem de forma a fomentar essa formação, desde as escolas, passando pela educação básica, fundamental e médio/técnico, até a educação superior.

As indústrias tem papel importante nessa transformação, sendo agentes indutores do fomento a essa mudança de cenário.

O âmbito corporativo, é ambiente favorável a aplicação dessa realidade, em que a diversidade aplica-se como diferenças culturais e realidades humanas, desde as mais diversas formas de pensamento puro e simples, como manifestações religiosas, culturais, de gênero e chegando as mais diversas formas de deficiências físicas.

A inclusão que as indústrias têm em seu escopo tornam-se a mais primordial das transformações, sendo certo que reconhecer e conviver com as diferentes formas de manifestação e diversidade é a garantia de um ambiente produtivo, sendo uma relação colaborativa a da escola, universidade e empresa/indústria.

Desta forma, a transformação acontecerá de forma natural, não somente tratando a deficiência como uma forma de diversidade, mas adentrando a todas as outras formas, sejam religiosas, raciais, gênero ou culturais.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>

https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/17/e2/17e27a02-8619-43de-8b7b-eb9d107414b3/codigo_de_conduta_etica_web.pdf

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d57375.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/554329/estatuto_da_pessoa_com_deficiencia_3ed.pdf

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



11 – A POLÍTICA DE *DUE DILIGENCE* COMO UM DOS PILARES DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE E OS DESAFIOS DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA S

Livia de Almeida Souza Teles
Natali Camarão de Albuquerque Nunes

Federação das Indústrias do Estado do Ceará

INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se fala sobre a importância do *compliance* nas instituições. Muito embora pareça ser um tema contemporâneo, possui aplicação internacional desde 2003. Sua figura advém desde 1907 na Conferência de Haia, que teve como objetivo a cooperação entre os bancos centrais, e em 1975 o Comitê Basileia visou proteger o sistema financeiro internacional. Contudo, muito embora as práticas de *compliance* já estejam incorporadas na realidade de grandes instituições há um tempo, a realidade no Brasil passou a ser disseminada, em especial, com a evolução das práticas anticorrupção que passaram a surgir no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com a publicação da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013).

A intensificação de investimentos em mecanismos voltados para a produção de instrumentos de combate à corrupção passou a ser uma necessidade latente do Brasil, em especial devido o reflexo do que ocorria no cenário internacional. A supracitada legislação trouxe ao arcabouço normativo a noção de *compliance*, interpretando-a como integridade, com mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, implantação e disseminação do código de ética e conduta, incentivo à denúncia, com a instituição de um programa de integridade, nos termos do Decreto n.º 8.420/15, que a regulamentou e foi revogado pelo decreto n.º 11.129/22.

Inobstante o Brasil não tenha adotado um modelo impositivo, a implantação de um programa de *compliance*/integridade se torna cada vez mais comum em instituições que objetivam estar em conformidade com as leis, com o fito de garantir o cumprimento da legislação e normas vigentes, bem como proporcionar o bom funcionamento das atividades das instituições.

Nessa seara, para que haja êxito e efetividade na implantação de um programa de integridade/*compliance* é preciso o cumprimento de alguns elementos, dentre eles 1) o compromisso da alta gestão com a efetividade do programa, uma vez que é a partir da cúpula que ocorre a disseminação e incorporação da cultura por todos os colaboradores da instituição, 2) o mapeamento de riscos, sendo esse imprescindível para a identificação de possíveis riscos para a partir daí serem classificados, catalogados e mitigados, 3) a existência de um código de ética/conduta e políticas internas, 4) controles internos, 5) comunicação e treinamento, visto que toda a instituição deve estar alinhada com as práticas e a cultura da instituição deve ser uníssona, 6) canais de denúncia, 7) *due diligence*, que se concentra tanto em aspectos internos, como nos terceiros que possuem um relacionamento com a instituição, sendo esses: fornecedores, parceiros, clientes, dentre outros e 8) auditorias e monitoramentos.

O objetivo do trabalho que ora se apresenta é o estudo da *due diligence*, que dentre os seus objetivos, tem-se o atingimento da conformidade das atividades realizadas pela instituição, com o cumprimento de regulamentações internas e externas pelo público interno e terceiros, bem como garantir o alcance de boas práticas no programa de integridade/*compliance*. Ela consiste, também, em uma espécie de diligência prévia nas relações a serem entabuladas com terceiros a fim de garantir a conformidade nas relações.

Nesse contexto, surge a necessidade de discutir, por meio do presente trabalho, a forma de aplicabilidade da *due diligence* no âmbito do Sistema S, em especial ao SESI e ao SENAI, que são entidades criadas por lei, com característica paraestatal, criadas para atuar ao lado do Estado, de regime jurídico de direito privado, com algumas peculiaridades, dentre elas, a fiscalização pelos órgãos de controle e a existência de um processo de aquisições diferenciado, visto que não se subordinam ao regime jurídico afeto às instituições públicas, porém, possuem regulamentos próprios que devem ser seguidos, os quais devem observar, tão somente, a principiologia que rege as contratações públicas.

Superado esse introito, o trabalho que ora se apresenta será dividido em três capítulos. O primeiro abordará a figura do *due diligence* no âmbito do programa de *compliance*/integridade, o segundo trará sobre a questão da implantação do programa no âmbito das instituições que formam o Serviços Sociais Autônomos, com restrição ao SESI e ao SENAI, o terceiro explanará a figura da implantação do *due diligence* e os impactos no processo de aquisições das casas supracitadas.

1 DUE DILIGENCE COMO ELEMENTO DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE/INTEGRIDADE

1.1 DUE DILLIGENCE – CONCEITO

Com o cenário mundial voltado cada vez mais para a conformidade, bem como as diversas mudanças acarretadas na legislação internacional, dentre elas a norte-americana, com a celebração da Convenção da OCDE contra o Suborno Transnacional, atrelado à Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA), a das Nações Unidas, a UNCAC, em 2003 (FRANCO, 2020), todas elas firmadas pelo Brasil, bem como o cumprimento do todos os tratados internacionais dos quais o Brasil tornou-se signatário, fez surgir a necessidade de se adequar e passar a adotar uma legislação específica, sendo publicada a Lei n.º 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção e Lei da Empresa Limpa.

Nessa seara, a tendência global de adoção de procedimentos capazes de garantir a conformidade aos preceitos legais e éticos pelas instituições somado ao fato de o Brasil passar a ser signatário de tratados internacionais com o objetivo de combater a corrupção, fez surgir a necessidade de implantação de programas de integridade/*compliance*, que objetivam o autocontrole pelas instituições.

A necessidade de combater a corrupção e ações fraudulentas de empresas e outros envolvidos ganhou forças na legislação brasileira. A fiscalização pelos órgãos de controle passou a ser mais monitorada e a própria sociedade passou a cobrar a necessidade de práticas que objetivem combater a corrupção.

A *due diligence*, também conhecida como DDI, surge como um dos elementos de um programa de integridade/*compliance* eficaz, e objetiva analisar o histórico de integridade de parceiros, contratados, terceiros em geral, que terão parcerias com a empresa detentora do programa. Tal prática também é conhecida como *background check*. (FRANCO, 2020).

Conceitualmente, entende-se por *due diligence* uma espécie de investigação que objetiva conhecer melhor uma determinada instituição, verificando-se as informações disponíveis a fim de se avaliar os riscos a serem assumidos com a futura contratação ou qualquer outra forma de parceria que venha a ser entabulada. (FRANCO, 2020). Em inglês significa “diligência devida” ou “diligência prévia”.

Conforme a ABNT NBR ISSO 37001:2019¹, que dispõe sobre os sistemas de gestão antissuborno, a supracitada norma elenca que a *due diligence* é o “processo para aprofundar a avaliação da natureza e extensão dos riscos de suborno e ajudar as organizações a tomar decisões em relação a transações, projetos, atividades, parceiros de negócios e pessoal específico.”

Muito embora a DDI tenha passado a ser mais conhecida com a implantação dos programas de integridade, trata-se de uma prática já realizada há tempos pelas organizações de uma forma mais objetiva e simplificada, visto que conhecer de alguma forma o parceiro de negócio é o mínimo para se iniciar qualquer relação jurídica.

A supracitada prática é um dos principais elementos de um programa de integridade efetivo, visto que a sua implantação permite evitar ou mitigar riscos quando se tem por imprescindível a perfectibilização da parceria. Além do que, a Lei Anticorrupção trouxe a responsabilidade

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISSO 37001 – Sistemas de Gestão Antissuborno: requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: ABNT, 2019, p. 7. Versão corrigida de 31 de outubro de 2019.

objetiva às pessoas jurídicas por atos de terceiros em seu Art.2.^{o2}, quando uma empresa responde pelos atos de representantes da sua cadeia produtiva, inclusive do terceiro agindo em seu nome, o que resvala na necessidade de as empresas passarem a ter um cuidado maior com as partes nas quais se relacionam. Caso exista violação à Lei Anticorrupção, a prática da *due diligence* muito embora não elimine a penalidade, pode reduzi-la.

O Decreto n.º 11.129/2022, que revogou o Decreto n.º 8.420/2015, também traz que a existência de um programa de integridade deve trazer em seu arcabouço práticas que avaliem os parceiros que realizam negócios com a empresa detentora do programa, bem como verifiquem a vulnerabilidade dessas pessoas jurídicas. Inclusive, traz em seu Art. 57 que o processo de *due diligence* será considerado para avaliação do programa de integridade:

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

[...]

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

- a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;
- b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e
- c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

[...].

No exterior, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos tem como diretriz o fato de um programa de *compliance* eficaz deve aplicar a *due diligence* baseada em riscos para os relacionamentos com terceiros em fusões e aquisições.³ Nos processos de fusões e incor-

² Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

³ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division. Evaluation of corporate compliance programs: guidance document, April 2019, p. 6.

porações, as empresas praticam a *due diligence* há muito tempo, uma vez que antes de se concretizar qualquer ação, é imprescindível conhecer a saúde financeira e jurídica da instituição.

Em suma, trata-se de uma análise a possíveis riscos à reputação, de corrupção e à integridade nas relações que são estabelecidas com terceiros em geral.

A implantação de um programa de integridade requer amadurecimento e diversas revisitações, sendo imprescindível um plano de ação nas instituições que objetivem mapear os principais pontos para a partir de então, os pilares do programa passarem a ser desenhados e possuírem efetivação. Da mesma forma, é a DDI, vez que essa não possui uma implementação imediata, sendo necessário um longo caminho a percorrer para que resulte no esperado pela sua prática.

1.2 DUE DILLIGENCE – IMPORTÂNCIA

Toda organização está inerente ao risco, esse faz parte do cotidiano e das atividades que são estabelecidas no dia a dia do mundo corporativo, sendo imprescindível a administração desses para que não haja um prejuízo maior.

Nesse contexto, as organizações buscam cada vez mais aumentar a segurança nas relações e mitigar possíveis riscos aos quais estão expostas nas suas tratativas comerciais.

A realização de *due dilligence* pelas instituições vem sendo adotada desde pequenas instituições até as grandes organizações. Já não basta apenas a afirmação verbal para garantir a reputação, sendo imprescindível mecanismos que comprovem essa reputação fidedigna para garantir a boa governança de fornecedores e parceiros. Nesse panorama, surge a *due dilligence* com o fim de aumentar a segurança e proporcionar uma avaliação de risco de integridade para que os gestores tenham mais segurança na tomada de decisões para contratações. Assim como também proporciona um cenário de prevenção, antecipação e mitigação de possíveis riscos nas relações com terceiros.

A realização de tal prática proporciona, ainda, a possibilidade das organizações que a praticam obterem informações quanto aos riscos jurídicos, de *compliance*, financeiros e reputacional. A aplicação da DDI é de suma importância nas organizações que buscam a integridade em suas contratações.

Sobre o tema, o livro *Compliance para o Sistema Indústria* (2022, p.161) dispõe:

“Nesse contexto, diversos são os benefícios de se adotar uma política de DDI, entre os quais se destacam: a) antecipação e prevenção, ou até mesmo mitigação, de impactos negativos relacionados à contratação de parceiros de negócios; b) geração de valor para a organização, pois pela DDI a instituição previne a quebra de contratos, a cobrança de indenizações e responsabilização na esfera penal, bem como gera um fator competitivo da instituição perante o mercado; c) aumento da transparência na gestão de terceiros, ante o estabelecimento de uma política traçando as diretrizes de relacionamento entre a empresa e os seus intermediários; e d) maximização de resultados da empresa e otimização dos seus recursos, visto que a DDI propicia um conhecimento aprofundado da instituição sobre os seus terceiros e sobre os riscos que apresentam”

Dessa forma, o processo de *due diligence* assume uma importância fundamental nas instituições, uma vez que a partir dele é possível que as instituições avaliem seus parceiros e mitiguem os riscos antes da efetivação de qualquer relação que venha a ser estabelecida. É possível prever os riscos, analisar as oportunidades, bem como se preparar caso surjam problemas futuros.

É a partir da aplicação da DDI que se passa a ter conhecimento se o parceiro está ou não em conformidade com as leis e diversos atos normativos vigentes.

Assim, considerando a necessidade de se avaliar os riscos advindo com más contratações, a DDI passa a ser ferramenta estratégica para analisar com profundidade essas contratações, visto que é capaz de mapear os riscos do negócio, detectar as ameaças e garantir uma operação segura.

1.3 DUE DILLIGENCE – IMPLANTAÇÃO E METODOLOGIA

Consoante a exposição até aqui realizada, conclui-se que a DDI se trata de uma prática direcionada para a avaliação de riscos. Para tal, é preciso uma análise da parte contábil, financeira, fiscal, inclusive processual das organizações nas quais se pretende firmar qualquer parceria.

É de suma importância que tal análise seja realizada com base no histórico das organizações, com estudos de dados concretos e relevantes a fim de subsidiar o resultado encontrado e certificar que as condições dessas empresas estejam aptas e adequadas para que os gestores possam tomar suas decisões sobre a perfectibilização do negócio de forma segura e assertiva.

Não obstante a realização de DDI de terceiros seja considerada de suma importância nos programas de integridade/*compliance* eficientes, não há muitos estudos publicados sobre como ocorre, na prática, a estruturação e condução da *due diligence*. (FRANCO, 2020).

Dessa forma, não existe metodologia única e sim um conjunto de práticas que devem ser levadas em consideração para a aplicação de uma *due diligence* eficaz, capaz de gerar resultados fidedignos e gerar segurança na tomada de decisões.

É de suma importância que as organizações implementem uma política de DDI, com diretrizes e procedimentos estabelecidos de forma transparente para todos os colaboradores que fazem parte da instituição, em especial para aqueles que irão operacionalizar e aplica-la.

Destaca-se, ainda, que existem vários tipos de DDI, dentre elas, a 1) tributária, que objetiva identificar falhas na gestão de tributos, bem como identificar a existência ou não de tributos devidos por parte da organização a ser realizada a parceria; o de 2) fusões e aquisições, que objetiva conhecer os histórico e procedências das instituições envolvidas de modo a gerar segurança nas negociações formalizadas; a 3) trabalhista, que possui um papel importante na regularização do RH, para que haja o cumprimento das obrigações relativas aos colaboradores, bem como no acompanhamento do passivo trabalhista da organização; o de 4) *compliance*, que é amplo, visto que objetiva a conformidade interna e externa das empresas aos normativos legais existentes. Aqui, a DDI é vasta, vez que engloba diversos setores das organizações, como o trabalhista, o fiscal, o contábil, dentre outros; e o 5) imobiliário, que objetiva a análise de documentos e contratos relativos à compra e venda de imóveis⁴.

A respeito da implantação, o livro *Compliance para o Sistema Indústria* (2022, p.163) elenca a necessidade de implementar boas práticas na coleta de dados do terceiro durante a realização da *due diligence*, a seguir:

- “a) background check, que seria acessar bases de consultas públicas nas quais será possível realizar um screening do terceiro, como as informações e declarações disponíveis nos sítios eletrônicos da Receita Federal e do Tribunal de Contas da União, nos quais se consegue baixar certidões e verificar se o terceiro está inscrito no cadastro de empresas punidas;
- b) aplicação de questionários, ferramenta mais utilizada quando se trata da realização de DDI. Porém, esse tema requer um ponto de

⁴ <https://cavallaroemichelman.com.br/o-que-e-due-diligence-e-como-fazer/>

atenção, pois não basta que o terceiro preencha o questionário, mas que também envie as evidências que comprovem as respostas;

c) a realização de entrevistas com o terceiro após a aplicação do questionário, que pode ser uma etapa adicional. Recomenda-se que essa entrevista seja gravada e, obviamente, que o entrevistado seja avisado quanto à gravação;

d) busca de informações na internet, em sítios de pesquisa, de notícias e nas redes sociais;

e) adoção de ferramentas de mineração de dados. Hoje existem soluções tecnológicas que realizam buscas em bases privadas ou públicas, otimizando a pesquisa pela automação. Caso a instituição não possua recursos financeiros suficientes, a due dilligence pode ser realizada manualmente, pois a solução tecnológica seria apenas um facilitador, já que o cerne para um bom resultado é a análise deste conjunto de informações;

f) contratação de especialistas e consultores para a realização da DDI, com a entrega de relatórios completos do conjunto das informações. Nesse ponto, será necessária uma análise do material com o olhar do contratante sobre as informações levantadas e de forma congruente à política da sua instituição; e

g) a realização de visita in loco durante o processo de DDI. As visitas para entrevistas e checagem dos requisitos do parceiro são uma prática comum no mercado.”

Independentemente do método a ser utilizado, é de suma importância que haja um processo investigativo para que se detecte possíveis *red flags*.⁵ Outro ponto importante é sobre o uso ou não de uma ferramenta específica para que se catalogue a documentação colhida. Existem diversas ferramentas e software no mercado que são específicos para a realização do procedimento de DDI que podem otimizar a busca de informações e operacionalização do processo, contudo, não se faz obrigatório.

O importante é que as organizações se preparem para analisar, validar e documentar de alguma forma o material colhido, visto que esse material pode no futuro ser importante para

⁵ Sinal de alerta, expressão utilizada pela área de *compliance* quando se detectam circunstâncias que sugiram conduta ilegal ou imprópria.

comprovar que a organização buscou mitigar os riscos e realizou as práticas necessárias para a mitigação de riscos.

Um dos principais objetivos da DDI é o gerenciamento de riscos, ambos estão intrinsecamente interligados, visto que será a partir do processo de *due diligence* que as organizações identificarão a existência ou não de riscos na entabulação do negócio a ser entabulado.

No processo de verificação é importante a implementação de fases como, por exemplo: 1) identificar os responsáveis pela condução, 2) os fornecedores que são alvo da busca de informação; 3) definir se os fornecedores que participarão do processo terão ciência da existência da DDI; 4) identificar os procedimentos no caso de existência de *red flag*; 5) as consequências da verificação para a contratação e 6) a periodicidade na aplicação do processo. Outras podem ser definidas consoante a metodologia a ser adotada pela organização.

Sobre a avaliação de riscos em um programa de integridade/*compliance*, a ABNT NBR ISSO 37301:2021⁶, define que as organizações devem avaliar seus riscos a partir de um processo de avaliação de riscos de *compliance*, devendo ser identificado os riscos relacionados as suas obrigações de *compliance* e suas atividades desenvolvidas, que os riscos relacionados aos processos de terceiros também devem ser avaliados, que deve haver uma periodicidade na avaliação dos riscos e sempre que ocorrerem mudanças no contexto organizacional.

O processo de gerenciamento de riscos a ser mapeado por meio do processo de DDI elencará a classificação dos riscos a serem assumidos pela organização, podendo esses serem catalogados como: baixo risco, médio risco e alto risco. Por fim, quando se fala em DDI, não existe modelo fixo e imutável. É importante que cada organização, com base nas premissas gerais, implante o modelo conforme as características de sua organização, uma vez que cada uma possui suas peculiaridades e modelo de negócio específico.

2 PROGRAMA DE INTEGRIDADE/COMPLIANCE NO SISTEMA S – SESI E SENAI

2.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO SISTEMA S

Inicialmente, faz-se importante explicar um pouco sobre as características dos integrantes do Sistema “S”, suas funções, atividades e natureza jurídica. Neste esteio, tem-se que os Serviços

⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISSO 37301 – Sistemas de Gestão de *Compliance*: requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: ABNT, 2021.

Sociais Autônomos são entidades que atuam de forma conjunta com o Poder Público, desenvolvendo funções voltadas à assistência social e à formação profissional no âmbito do setor econômico ao qual se vinculam.

Acerca da temática dos Serviços Sociais Autônomos, é fundamental expor o ensinamento de doutrinadores administrativistas que se debruçam sobre o assunto. No entender de Hely Lopes Meireles (2005, p. 336):

São Serviços Sociais autônomos, 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 dotação orçamentária ou contribuições parafiscais. São entes paraestatais de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo-se na forma de instituições convencionais particulares (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.

Segundo Bandeira de Mello, tais organizações desenvolvem suas atividades paralelamente às ações implementadas pelo Poder Público, sendo:

Pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual “o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipó-suficientes, de assistência social, de formação profissional. O desempenho das atividades protetórias próprias do Estado de polícia por entidades que colaboram com o Estado, faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele (BANDEIRA DE MELO, 2004, [sic], p. 209).

Conforme explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 416), os Serviços Sociais Autônomos “[...] não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado)”.

Consoante se verifica da análise doutrinária, o Sistema “S” compreende, portanto, um conjunto de entidades privadas ligadas ao setor produtivo brasileiro atuando na prestação de

serviços de utilidade pública (sociais e educativos). Foram criadas pelo Poder Público com fonte de receitas públicas específicas, sem prejuízo daquelas obtidas por arrecadação própria.

Dentre as instituições que integram o Sistema, destacam-se, por seu porte e presença nacional, as vinculadas à Confederação Nacional da Indústria (CNI) e à Confederação Nacional do Comércio (CNC).

Feitas estas considerações iniciais, no próximo tópico, em uma breve síntese, será analisada a natureza jurídica dos recursos arrecadados pelo Sistema “S”.

2.2 DOS RECURSOS. DO DEVER DE PRESTAR CONTAS

O Sistema “S”, de um modo geral, tem como fonte predominante de receitas as contribuições advindas das categorias profissionais ou econômicas que representa.

Tais contribuições são instituídas pela União, tendo cunho obrigatório, nos termos do art. 149, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

É importante ressaltar que estas contribuições são caracterizadas pela finalidade para a qual foram instituídas. Nas palavras do insigne tributarista Roque Antonio Carraza (2011, p. 612) “a Pessoa Jurídica contemplada com esses recursos tem que perseguir a finalidade do interesse público, exigência do princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação”.

Dessa forma, tem-se que as contribuições destinadas ao Sistema “S” estão devidamente previstas no art. 149 de nosso texto constitucional, sendo enquadradas como contribuições de interesse das categorias profissionais e, destarte, são consideradas contribuições parafiscais.

Dentro deste contexto, destaca-se que a Constituição Federal, ao tratar, no seu art. 71, II, da competência do Tribunal de Contas da União, abrangeu um rol extenso de entidades a serem fiscalizadas por aquela Colenda Corte, incluindo os Serviços Sociais Autônomos, veja-se:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Dentro deste contexto, destaca-se que a Constituição Federal, ao tratar, no seu art. 71, II, da competência do Tribunal de Contas da União, abrangeu um rol extenso de entidades a serem fiscalizadas.

Pois bem, a implantação de programas de integridade/*compliance* no âmbito do Sistema S não poderia ser declinada. Considerando o exposto sobre a natureza jurídica dessas instituições, estar conforme com a legislação é premissa imprescindível. Nesse contexto, a seguir, será abordado sobre a implantação de um programa de integridade/*compliance* no âmbito do Sistema.

2.3 DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE/COMPLIANCE NO ÂMBITO DO SISTEMA S

Ter a garantia de que as organizações, sejam essas do setor privado ou do setor público, pratiquem seus atos conforme a legislação vigente no país passou a ser algo constante na sociedade por meio de uma verdadeira mudança cultural no processo de gestão das organizações e, inclusive, na própria legislação.

Pois bem, as entidades que formam o Sistema S atuam em serviços de interesse público, como por exemplo a educação, assistência social, saúde e promoção da cultura. E, ainda, embora sejam entidades de direito privado, são controladas e administradas por federações e confederações patronais da Indústria e do Comércio –, e mantidas por contribuições estipuladas em lei.⁷

⁷ <https://lec.com.br/a-transformacao-do-compliance-no-sistema-s/>

Pois bem, com a publicação do Decreto n.º 9.781/19, que estipula o cumprimento das mesmas regras de transparência impostas ao setor público pela Lei de Acesso à Informação ao Sistema S, com o Decreto, essa publicidade foi ampliada para atender o interesse coletivo.

Nesse cenário, a necessidade de implantar um programa de integridade/compliance com o objetivo de garantir melhorias nos processos de

controle interno, passou a ter mais destaque nas instituições constituídas como serviço social autônomo e destinatárias de contribuições – como é o caso do Sistema. Inclusive, as Resoluções n.ºs 018/2019 (SENAI) e 049/2019 (SESI), ambas, respectivamente exaradas pelo Conselho Nacional do Senai e pelo Conselho Nacional do Sesi, determinaram que os departamentos regionais implantem programas de *compliance*.

3 DUE DILIGENCE E OS IMPACTOS NO PROCESSO DE AQUISIÇÕES DAS CASAS SUPRACITADAS

A diligência prévia diz respeito a um processo que visa realizar uma análise e uma avaliação detalhadas, a partir do levantamento de informações de uma determinada empresa, com o objetivo de avaliar os riscos que possam impactar sua contratação.

No entanto, o termo mais apropriado para a realidade da implantação dos processos de *DDI* nos Programa de Compliance do Sistema S seria **diligência apropriada**, já que a *DDI* deve ser realizada previamente e durante o relacionamento do terceiro com a empresa, não sendo algo estanque.

Vale lembrar que o Decreto n.º 11.129/22 que regulamenta a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13) preconiza no art. 57, incisos XIII e XIV⁸, que o processo de *Due Diligence* será considerado como parâmetro de avaliação do programa de integridade.

⁸ Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do **caput** do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas.

A obra “*Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*”, da Controladoria Geral da União (CGU)⁹, prevê o seguinte:

“Um dos pilares do Programa de Integridade contempla a análise de perfil e riscos para que a empresa conheça seus processos e sua estrutura organizacional, identifique sua área de atuação e seus principais parceiros de negócio, seu nível de interação com o setor público e consequentemente avalie os riscos para o cometimento dos atos lesivos da Lei nº 12.846/13.”

Além disso, em pesquisa realizada, em 2021, pela KPMG sobre a maturidade dos Programas de Compliance¹⁰, no Brasil, identificou-se que “*os riscos de compliance mais destacados pelas empresas são: gestão de terceiros e contratos (91%); fraude, combate à corrupção e lavagem de dinheiro (91%); e questões trabalhistas, especialmente nos aspectos de segurança do trabalho, assuntos previdenciários e tributos (85%)*.”

Apesar de 85% dos respondentes afirmarem que um dos maiores desafios é identificar, avaliar e monitorar os aspectos de compliance e regulatório, apenas 60% afirmaram ter um inventário regulatório estabelecido e monitorado. Um percentual de 49% afirmou não ter um processo eficiente de due diligence para terceiros.”

Sendo assim, observa-se que o processo de *due diligence* precisa ser aprimorado para garantir sua melhor eficiência, já que essas informações sobre a empresa e a situação em que ela se encontra auxiliam na tomada de decisão da Alta Administração, uma vez que, de posse dessas informações, eles conseguem compreender quais riscos esses fornecedores oferecem para a realização de suas atividades de forma a avaliar a formalização do contrato ou da parceria com um terceiro e monitorar sua atuação durante toda a vigência do contrato.

Para tanto, em primeiro lugar é preciso conhecer a empresa e seus terceiros de maneira a entender como são realizadas as contratações e parcerias com seus fornecedores. Desta forma, conhecer os riscos presentes em suas relações contratuais, assim como o apetite ao risco da empresa, auxiliará o processo de *due diligence*.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, em sua obra “*Compliance à luz da governança corporativa*”¹¹ dispõe o seguinte sobre o assunto:

⁹ Controladoria Geral da União. Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015.p.6-7.

¹⁰ Fonte: <https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2021/07/compliance-combate-corrupcao.html>

¹¹ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Compliance à luz da governança corporativa*. São Paulo: SP: IBGC, 2017. p. 36.

“*Due diligence* de terceiros e parceiros de negócios

Relacionamentos e acordos com terceiros devem ser geridos pela administração para avaliar o grau de risco que esses terceiros trazem para os negócios da organização. Para esses casos, existem riscos de corrupção, trabalhistas, tributários, antitruste, entre outros. O processo de *due diligence* de terceiros e parceiros de negócios deve contemplar procedimentos que vão desde a identificação, classificação, até o monitoramento dos contratos com terceiros. Procedimentos de diligência mínima para a contratação e renovação dos contratos devem ser proporcionais aos riscos dos terceiros, pela natureza do contrato, região de atuação etc.”

Nesse sentido, observa-se que o Sistema “S” utiliza-se de regulamento próprio de Licitações e Contratos para efetivar “*as contratações de obras, serviços, compras e alienações.*”

Sendo assim, além do regulamento que disciplina as contratações no âmbito do SESI e do SENAI, a construção de políticas de gestão de riscos e de *due diligence* de integridade de terceiros, por exemplo, alinhadas ao planejamento estratégico da Organização e ao programa de integridade/*compliance*, contribuirão sobre maneira para o desenvolvimento efetivo do referido processo.

Além disso, um procedimento sobre a questão, também, é aconselhável no sentido de que toda a parte operacional poderá ser desenhada neste instrumento auxiliando o trabalho das áreas envolvidas na execução do processo de *due diligence*. O livro “*Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*”, da Controladoria Geral da União (CGU)¹², dispõe o seguinte:

Política de contratação de terceiros

Para diminuir as chances de que a empresa se envolva em casos de corrupção ou fraude em licitações e contratos, em função da atuação de terceiros, é importante que adote verificações apropriadas para contratação e supervisão de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, entre outros, principalmente em situações de elevado risco à integridade.

Ainda que a contratação de terceiros não tenha como objetivo imediato intermediar o relacionamento com a administração pública, tal

¹² Controladoria Geral da União. Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015.p. 18.

fato pode acontecer durante a execução do contrato, gerando riscos para a empresa. A contratação de serviço de transporte internacional de mercadorias, por exemplo, exige o pagamento de tributos na fronteira e, nesse sentido, a prestadora de serviço pode praticar atos ilícitos em benefício da contratante, podendo acarretar sua responsabilização perante a Lei Anticorrupção.

Antes de realizar a contratação de terceiros, é recomendável averiguar se a pessoa física ou jurídica possui histórico de envolvimento em atos lesivos contra a administração pública. Caso seja pessoa jurídica, é aconselhável ainda verificar se possui Programa de Integridade que diminua o risco de ocorrência de irregularidades e que esteja de acordo com os princípios éticos da contratante.

A empresa deve também verificar a possibilidade de inserir no contrato cláusulas que exijam, por exemplo:

- comprometimento com a integridade nas relações público-privadas e com as orientações e políticas da empresa contratante, inclusive com a previsão de aplicação do seu Programa de Integridade, se for o caso;
- previsão de rescisão contratual caso a contratada pratique atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira;
- pagamento de indenização em caso de responsabilização da empresa contratante por ato do contratado.

A empresa contratante deve ainda adotar formas de verificar periodicamente se o terceiro está atuando de forma condizente com o acordado em contrato e se não adota comportamentos contrários aos seus valores ou às leis.

Cabe notar, ademais, que há uma série de alertas para a possibilidade de que terceiros estejam envolvidos com fraudes ou com o pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos, como por exemplo, solicitações de que o pagamento ao contratado seja efetuado de maneira não usual (em espécie, em moeda estrangeira, em diversas contas, contas em países distintos da incorporação da empresa ou da prestação do serviço) e contratos com objeto pouco definido. Outro alerta é a utilização de cláusulas de sucesso, que preveem que o contratado só será pago (ou receberá um montante extra) se tiver sucesso na realização do serviço contratado.

Cláusulas de sucesso podem fazer com que o contratado se sinta pressionado a recorrer a quaisquer meios para aumentar seus rendimentos. Além disso, o pagamento extra pelo sucesso pode servir para ocultar na contabilidade a vantagem indevida paga a agente público.

Cabe ressaltar que outros pormenores devem ser analisados como a aplicabilidade do processo em todos os tipos de contratação, a utilização de ferramenta para auxiliar as análises desses fornecedores, a geração de relatórios com os resultados obtidos a partir das pesquisas realizadas, a classificação, de acordo com os riscos que esses fornecedores oferecem, o monitoramento a área de *Compliance* sobre o assunto, enfim, toda a estruturação da execução das atividades relacionadas ao referido processo.

Outro ponto que pode ser analisado é o momento ideal de realização da DDI, sendo certo que o ideal é que esse processo seja realizado antes da contratação e se mantenha atualizada durante toda a vigência do contrato.

Outra dúvida é de quem será a responsabilidade pela realização da DDI. Para aquelas empresas que não contem com uma área de *Compliance*, a realização desse processo poderá ficar sob a cargo de uma consultoria especializada ou mesmo da área gestora do contrato, devendo ser realizado de maneira orientada pelo setor jurídico, por exemplo.

Ademais, boas práticas podem ser adotadas com o objetivo de coletar maiores informações sobre os terceiros, como um *background check*, para realizar consultas em bases confiáveis e verificar se a empresa está inscrita no cadastro de empresas punidas, por exemplo. Ainda, é possível aplicar um questionário e solicitar evidências relacionadas às respostas enviadas, realizar entrevistas após a aplicação do questionário, busca de informações na internet, em sítios de pesquisa, de notícias e nas redes sociais, adotar ferramenta de mineração de dados, contratação de especialistas e a realização de visitas in loco durante o processo de DDI.

Efetivadas essas ações, faz-se necessária a verificação e validação das informações obtidas, de forma a evidenciar e comprovar os resultados encontrados para assegurar a melhor decisão da instituição sobre o assunto, em especial quando se trata da classificação do nível de risco que esse fornecedor pode oferecer, identificando, assim os maiores *red flags*.

A partir da classificação realizada, a Entidade poderá estabelecer estratégias de monitoramento constantes sobre esses terceiros. Em caso de classificação de alto risco, por exemplo, o monitoramento poderá ser realizado de maneira trimestral. Para a realização dessas classificações, a empresa poderá definir critérios objetivos, como contratação de serviços essenciais e continuados, de alto valor, em que os terceiros representarão diretamente a imagem da

instituição contratante ou quando a própria natureza do serviço contratado pode ser considerada de alto risco.

Cumprido destacar que a classificação de uma empresa como de alto risco, por exemplo, não significa dizer que a instituição contratante está proibida de realizar a contratação, visto que no ordenamento jurídico pátrio ou mesmo no Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai não contam com qualquer orientação nesse sentido. Contudo, o monitoramento a ser realizado deverá ser realizado em uma periodicidade menor, trazendo mais segurança para as entidades que se utilizam do referido processo.

No que concerne ao processo de aquisições previstas no Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, observa-se que o referido documento não contempla previsão acerca da realização deste processo de diligência adequada, muito embora na fase de habilitação realizada nas licitações, conforme estabelecido no instrumento convocatório, solicitam-se diversas comprovações que permitem assegurar a correta habilitação jurídica, a qualificação técnica e econômica-financeira mais adequada, assim como a regularidade fiscal, demonstrando a realização de uma avaliação prévia que é de competência de uma comissão de licitação que poderá decidir sobre os documentos apresentados na fase de habilitação e mesmo sobre os recursos interpostos pelos licitantes, por exemplo.

Desta feita, além das previsões elencadas trazerem uma maior segurança para as contratações realizadas pelo Sesi e pelo Senai, a adoção de um processo de diligência adequada contribuirá sobremaneira para reforçar ainda mais a segurança das referidas contratações, garantindo uma maior credibilidade, inclusive, para os serviços prestados, mitigando, de forma mais assertiva, os riscos identificados.

CONCLUSÃO

Portanto, verifica-se que o processo de DDI deve ser realizado de acordo com a realidade de cada Organização e com fundamento na análise de riscos que esses terceiros possam trazer para a Instituição.

É correto afirmar que a realização do processo de DDI traz benefícios para as empresas na medida em que contribui para conhecer os terceiros com quem a empresa manterá algum tipo de relacionamento, permite avaliar os riscos envolvidos nessas contratações, evitando a ocorrência de fraudes, minimiza custos operacionais,

visto que garante a efetivação dos fluxos das operações, e, por fim, traz segurança para os processos internos da empresa.

Cabe ressaltar que o referido processo não é algo que possa ser padronizado ou seguir um modelo único, pois cada empresa conta com uma realidade diversificada a depender de seu campo de atuação. Nesse sentido não cabe instituir um modelo único de questionário, por exemplo, pois cada contratação realizada demanda uma análise distinta e personalizada. Além disso, a realização do processo depende do modelo de negócio adotado, da sua estrutura interna e do apetite a risco da empresa.

Outrossim, é importante que a instituição, ao adotar o referido procedimento em seu fluxo operacional, invista em treinamento e comunicação para deixar claro os benefícios e a forma de realização das atividades inerentes ao referido processo.

Por fim, a realização da DDI contribui para tornar os negócios mais íntegros e seguros, representando um investimento em razão da elevação da confiança na reputação da empresa perante o mercado.

Com base nos benefícios apresentados, o processo de DDI, no âmbito do Sistema “S” mostra-se como um agregador de valor aos serviços prestados, na medida em que a credibilidade e a confiança só tendem a se elevar, trazendo mais vantagens para a realização de suas contratações, muito embora não exista previsão expressa nesse sentido em suas normas regulatórias.

BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de Gestão Antissuborno: requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: ABNT, 2019, p. 7. Versão corrigida de 31 de outubro de 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO 37301 – Sistemas de Gestão de Compliance: requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro: ABNT, 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília, 2015.

FRANCO ISABEL, Guia Prático de Compliance. Ed.Forense, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Compliance à luz da governança corporativa*. São Paulo: SP: IBGC, 2017.

PAGANI, Luana Palmieri França; MOULIN, Sofia Ferrari Rubim; SCHIESARI, Michelle Chagas da Silveira; DE AZEVEDO, Fernanda de Araujo Viana, *Compliance Para o Sistema Indústria*, Ed. Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil, 2022.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. *Criminal Division. Evaluation of corporate compliance programs: guidance document*, April 2019, p. 6.

CAVALLARO. O que é Due Diligence e como fazer? CEMLAW, advogados associados, 2020. Disponível em: <<https://cavallaroemichelman.com.br/o-que-e-due-diligence-e-como-fazer/>>. Acesso em: 08.08.2022.

A Transformação do Compliance no Sistema S. LEC, 2021. Disponível em: <<https://lec.com.br/a-transformacao-do-compliance-no-sistema-s/>>. Acesso em:08.08.2022.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



12 - JURÍDICO 4.0 - O USO DA TECNOLOGIA E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA NA DEFESA DE INTERESSES CASE: APLICAÇÃO DA MODERNIZAÇÃO TRABALHISTA PELO JUDICIÁRIO

Luciana Nunes Freire
Luiz Arthur Gemelgo Lucas

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

1 OBJETIVO DO TRABALHO

Entendemos que estão entre as premissas do ENASI a defesa de teses jurídicas comuns ao Sistema Indústria e a disseminação de boas práticas. Por isso, o objetivo do presente trabalho é compartilhar com os colegas advogados a experiência da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, na utilização de tecnologia aplicada ao Direito, por meio da ciência de dados e de inteligência artificial, para a defesa de interesses perante o Judiciário e para convencimento das teses jurídicas trazidas pela Modernização Trabalhista de 2017.

Podemos demonstrar que a utilização de tecnologia poderá aperfeiçoar a atuação do Jurídico das Entidades, além de apoiar os responsáveis pela defesa de interesses.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Desde a Revolução Industrial a sociedade enfrenta a discussão de que o homem será substituído pelas máquinas.

De fato, o fenômeno iniciado na Inglaterra a partir da segunda metade do século XVIII causou grandes transformações no sistema de produção e, conseqüentemente, nas relações de trabalho.

O avanço tecnológico naquela época com a utilização do carvão como fonte de energia e o desenvolvimento da máquina a vapor, substituindo a força humana pela força motriz, permitiu a produção em larga escala, maior eficiência e barateamento de custos, revolucionando a economia mundial.

Já a chamada “Segunda Revolução Industrial”, período compreendido entre o final do século XIX e meados do século XX, teve como característica o uso do petróleo e da eletricidade como fonte de energia, e foi marcado pelo aprimoramento dos processos fabris. Naquele momento o Brasil vivia o declínio do ciclo do café e dava os primeiros passos rumo ao desenvolvimento industrial.

A “Terceira Revolução Industrial”, iniciada após o término da Segunda Guerra Mundial, foi marcada pelo desenvolvimento da eletrônica, informática, telecomunicações, internet, robótica, possibilitando a criação de novos equipamentos, o aprimoramento das máquinas e a automação das indústrias, que se tornaram muito mais eficientes.

Na atualidade o mundo experimenta a chegada da “Quarta Revolução Industrial”, que inaugura uma era de interconectividade entre o mundo físico e digital, consubstanciada na utilização da internet, nanotecnologias, neurotecnologias, robôs, biotecnologia, sistemas de armazenamento de energia, drones, impressoras 3D, e, principalmente, inteligência artificial, que emprega algoritmos para que máquinas aprendam a reconhecer e extrair padrões de um grande volume de dados (*machine learning*) para, assim, executarem tarefas complexas e dinâmicas de maneira autônoma, como se humanos fossem.

Todas essas revoluções industriais constituem marcos históricos da evolução humana e foram acompanhadas pela preocupação de que o avanço tecnológico e a substituição do trabalho do homem pelo uso de máquinas provoquem o fechamento de postos de trabalho e, até mesmo, a extinção de profissões.

3 JURÍDICO 4.0

Recentemente essa discussão atingiu a comunidade jurídica, com a ameaça velada de que advogados seriam substituídos por inteligência artificial capaz de analisar documentos e contratos, realizar pesquisas jurisprudenciais, e até produzir petições.

Todavia, hoje parece prevalecer o entendimento entre os operadores do Direito de que a inteligência artificial não será capaz de os substituir, mas que apenas deles exigirá uma maior qualificação, para que possam utilizar novas tecnologias como aliada, de forma a incrementar a sua atuação profissional, garantindo eficiência, produtividade e mais qualidade aos serviços jurídicos.

Até os Tribunais brasileiros já vem realizando investimentos em inteligência artificial e outras ferramentas tecnológicas com o objetivo de modernizar a prestação jurisdicional e aumentar a velocidade de tramitação dos processos para desafogar o Judiciário, como a adoção, por exemplo, do processo judicial eletrônico, da certificação digital, da pesquisa de processos por palavras-chaves etc.

Há quem critique que a inteligência artificial seria segregadora, pois nem todos os operadores do Direito possuem condições de incorporá-la, seja por questões financeiras, uma vez que a tecnologia demanda investimentos, seja por limitações de ordem técnica ou por falta de qualificação e capacitação para o uso das inovações.

Porém, nesta nova realidade globalizada e conectada virtualmente, cabe também aos departamentos jurídicos se adequarem à nova realidade e à Indústria 4.0 para, assim, acompanhar com maior rapidez e eficiência as alterações legislativas de interesse, as mudanças de posicionamentos dos Tribunais, o andamento dos processos que formam seu contencioso e atualizar os contratos celebrados às novas obrigações trazidas por leis inovadoras como o Marco Civil da Internet, a Nova Lei de Proteção de Dados, a Lei Anticorrupção, novas cláusulas de *Compliance*, cláusulas antidiscriminatórias e sobre diversidade e inclusão, temas indispensáveis em contratos contemporâneos.

A FIESP, atenta a estas evoluções, proporcionou à equipe de seu Jurídico Estratégico, em 2017, a participação em curso técnico de ciência de dados aplicada ao Direito, ministrado pelo Instituto de Direito Público de São Paulo – IDP/SP, a fim de capacitar seus advogados para uma melhor atuação jurídica e institucional, em linha com a Indústria 4.0.

A primeira experiência desta equipe jurídica após a sua capacitação foi o projeto a seguir detalhado denominado “Observatório da Nova Lei Trabalhista”.

4 O “CASE” OBSERVATÓRIO DA NOVA LEI TRABALHISTA

Há muito tempo se esperava uma modernização das leis trabalhistas, consolidada em 1943 na era Vargas.

De fato, a legislação trabalhista já não atendia às transformações da sociedade ocorridas ao longo de décadas nas relações de trabalho diante das novas formas de trabalho, novos costumes, novos conhecimentos, novos arranjos produtivos, novas tecnologias, o que vinha acarretando uma enorme insegurança jurídica.

A crescente obsolescência do ordenamento jurídico trabalhista vinha fomentando o aumento da litigiosidade e dos processos judiciais, dando ao Brasil o vergonhoso título de recordista de ações trabalhistas no mundo.

Além do impacto nas relações trabalhistas, esse quadro se refletiu na economia e na competitividade do país, afastando investimentos e prejudicando, inclusive, a criação de novos empregos.

Muitas tentativas infrutíferas de modernizar a legislação trabalhista ao longo dos últimos anos não tiveram sucesso, em virtude de conjunturas políticas, institucionais, econômicas etc., mas finalmente em 2017 as discussões se aceleraram e o cenário legislativo tornou

possível que o Congresso Nacional aprovasse a Lei 13.467/2017, marco nas relações do trabalho, com alterações de mais de 100 artigos da CLT, além de algumas leis esparsas.

Foram muitos debates, audiências públicas, emendas para o aperfeiçoamento do respectivo Projeto, tendo se formado correntes a favor e contra a “Reforma Trabalhista”, entre estudiosos e operadores do Direito, dentro e fora do Judiciário, além, é claro, de intensos debates entre trabalhadores e empregadores por meio de suas associações e sindicatos representativos.

Neste contexto belicoso, a corrente do Judiciário Trabalhista resistente à Lei 13.467/2017 se manifestava publicamente no sentido de que a “Reforma”, apesar de ter sido legitimamente aprovada no Congresso, não seria acatada ou aplicada pelos Tribunais do Trabalho e Juízes de 1ª instância, o que gerou centenas de publicações, artigos e “terror” na mídia nacional, sobre a aplicação ou não da Reforma Trabalhista ora aprovada.

Em nosso entendimento, o advento da Lei 13.467/2017 criou uma outra conjuntura para as relações do trabalho, garantindo maior segurança jurídica, o que tem contribuído para melhorar o ambiente de negócios, o aumento da competitividade do Brasil e, ainda, como consequência de um arcabouço jurídico mais seguro, um aumento gradativo dos postos de trabalho.

A prevalência da vontade das partes sobre um sistema normativo engessado, muitas vezes desvantajoso, prejudicial e inconveniente tanto para as empresas como para o próprio trabalhador foi o principal pilar da Reforma Trabalhista.

A valorização das negociações coletivas foi um passo importante trazido pela Lei 13.467/17, juntamente com o fim da contribuição sindical, a regulamentação da terceirização, entre outras bandeiras das nossas Entidades.

Vale lembrar ainda, que as mudanças introduzidas pela legislação trabalhista em 2017 foram e têm sido fundamentais para o enfrentamento da inesperada pandemia da Covid-19 que chegou ao Brasil no início de 2020. A introdução de disposições sobre teletrabalho, trabalho intermitente, prevalência do negociado sobre o legislado, flexibilização de jornada, diminuição de encargos trabalhistas, ampliação de banco de horas, previstas na Lei 13.467/17, possibilitaram a manutenção de inúmeros postos de trabalho e atenuaram significativamente os efeitos sociais negativos da pandemia.

Mas neste contexto pós-reforma, restava então verificar se a Lei 13.467/2017 seria aplicada, e se seus efeitos seriam positivos no mundo do trabalho, em especial, se a Justiça do Trabalho iria respeitá-la quando suscitada por trabalhadores.

Considerando essa pesquisa estratégica e de extrema relevância para a sua atuação, a FIESP se incumbiu de mapear as decisões trabalhistas proferidas posteriormente à entrada em vigor da nova Lei 13.467/17, para que os resultados fossem levados ao STF, de forma clara e fundamentada, para convencimento de que os temas da Reforma que estavam sendo questionados no Judiciário Trabalhista precisavam urgentemente de uma definição e pacificação pela Suprema Corte.

Para uma análise rápida e assertiva dessas decisões, de forma que ainda pudesse ser útil para a apresentação perante a Suprema Corte, foi contratada empresa especializada em *Analytics e Business Intelligence*, que, utilizando a técnica de Processamento de Linguagem Natural para leitura dos documentos públicos, verificou o teor de cada sentença trabalhista de forma autônoma, independente do estilo do magistrado.

Foi definido que a pesquisa teria como escopo as decisões de magistrados da Justiça do Trabalho em São Paulo e Minas Gerais. A escolha da justiça mineira e a sua inserção na pesquisa foi aleatória, servindo apenas para comparar os dados da justiça paulista com os de outra região do país.

Para o monitoramento das decisões judiciais foram eleitos 6 temas relevantes contidos na Nova Lei Trabalhista e que estavam pendentes de manifestação pelo STF:

1) Contribuição Sindical, Contribuição Assistencial e Contribuição Confederativa; 2) Horas “*in itinere*”; 3) Correção Monetária pela TR / Atualização de créditos; 4) Terceirização; 5) Negociado sobre o legislado e; 6) Intervalo intrajornada.

Também ficou definido que o robô deveria classificar os dados extraídos informando se as decisões judiciais estavam em acordo ou não com a nova legislação, e, se em desacordo, informar também o motivo: inconstitucionalidade da lei, intertemporalidade da aplicação da lei ao caso concreto, ou outra justificativa.

A inteligência artificial permitiu a análise, em apenas 90 dias, de mais de 650 mil decisões de 1ª instância da Justiça do Trabalho de SP e MG, proferidas sob a égide da Lei nº 13.467/2017 entre o período de novembro de 2017 a maio de 2018.

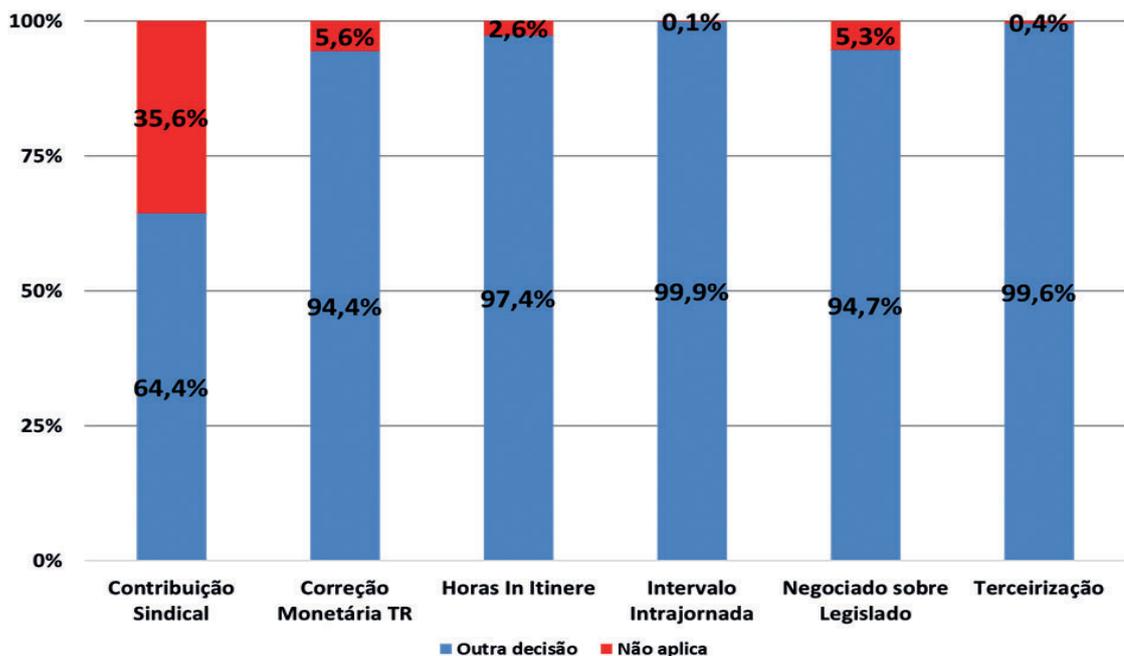
Foram extraídos dados públicos por meio dos TRTs da 2ª, 3ª e 15ª Regiões, em 347 varas judiciais (273 em SP e 74 em MG) espalhadas por 143 comarcas.

Foi possível verificar que das 675 mil decisões analisadas, a nova legislação trabalhista foi citada em 101 mil processos (15% do total em andamento) e que em 44 mil destas decisões houve a citação de pelo menos um dos seis temas definidos como de interesse pela FIESP.

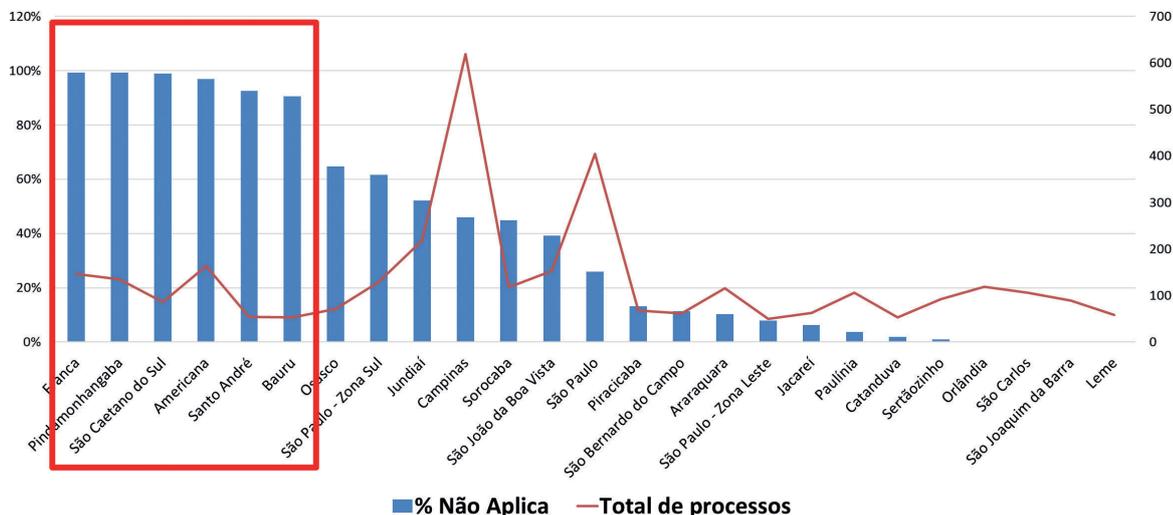
Dentre os temas eleitos, os de maior incidência nas decisões foram: “Correção Monetária TR” (23.699 ocorrências); “Intervalo Intra jornada” (13.545 ocorrências); e “Terceirização” (1393 ocorrências).

| Tema | Admite aplicação | Aplica | Não aplica | Outras decisões |
|-------------------------|------------------|--------|------------|-----------------|
| Contribuição Sindical | 17 | 58 | 160 | 214 |
| Correção Monetária TR | 5 | 756 | 1458 | 23699 |
| Horas In Itinere | 396 | 9 | 31 | 747 |
| Intervalo Intra jornada | 1292 | 197 | 11 | 13545 |
| Negociado Legislado | 38 | 39 | 8 | 65 |
| Terceirização | 417 | 16 | 8 | 1393 |

Também se pôde apurar que o tema “Contribuição Sindical” foi o que obteve o maior percentual de “não aplicabilidade” entre as disposições da nova Lei trabalhista, com 35,6% dos processos analisados, seguido pelo tema “Correção Monetária TR”, com 5,6%. Por isso, o tema “Contribuição Sindical” foi considerado como o de maior urgência para atuação da FIESP, uma vez que muitas decisões judiciais não reconheciam o fim da compulsoriedade do pagamento da contribuição sindical, deferindo a favor de sindicatos laborais a obrigação de recolhimentos da contribuição por trabalhadores e empresas.



O resultado do estudo também identificou quais as razões da não aplicabilidade da lei pelos magistrados, bem como permitiu o mapeamento, por exemplo, das comarcas do Estado de São Paulo, onde havia mais resistência ao novo regramento.



Os resultados alcançados com as informações e dados apurados com este Observatório permitiram uma atuação mais assertiva e eficaz da Federação na defesa dos interesses de seus filiados.

Este ano, a Lei 13.467/17 completa 5 anos e apesar dos importantes avanços, o entendimento majoritário é de que a legislação deve seguir sendo aperfeiçoada com a continuidade da modernização trabalhista.

Como reflexo disso, no legislativo continuam tramitando dezenas de projetos de lei sobre a temática trabalhista, principalmente proposições apresentadas após a pandemia da Covid-19.

Na tentativa de dar mais segurança jurídica à norma vigente, o próprio Poder Executivo vem editando uma série de medidas provisórias sobre assuntos trabalhistas como, por exemplo, a MP 1.108/2022, que trata novamente sobre o teletrabalho, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional.

No entanto, o texto da Medida Provisória trouxe, em nosso entendimento, engessamento à adoção do regime de teletrabalho com novas obrigações e exigências, entre elas o controle da jornada de trabalho, que podem desestimular a adoção pelas empresas.

Para definir a posição da FIESP sobre a necessidade de uma nova regulamentação sobre o teletrabalho ou se a legislação em vigor já é suficiente, com base em regras estipuladas em negociação entre as partes, está sendo realizada uma nova pesquisa com a utilização de

inteligência artificial a fim de se apurar a quantidade de processos que versam sobre o teletrabalho por Estado, por atividades econômicas, funções com maior volume de demandas e valores envolvidos.

5 CONCLUSÃO

Somente com a integração entre os profissionais do Direito e a tecnologia é que se faz possível a utilização da inteligência artificial e a ciência de dados para apoiar e incrementar a atuação dos departamentos jurídicos de nossas Entidades. O homem sempre estará por detrás da máquina alimentando com os dados e quesitos do que será buscado e qual o comportamento esperado para que o robô funcione de maneira eficaz. O profissional do Direito terá que estar preparado para as novas oportunidades tecnológicas.

Sendo assim, a inteligência humana e o conhecimento técnico do advogado são imprescindíveis para a interpretação dos dados apurados e mapeados por meio da inteligência artificial.

Podemos concluir que o jurídico moderno e adequado para a Indústria 4.0 que defendemos, será aquele composto por uma equipe qualificada tecnicamente, conhecedora do Direito, capaz de defender as teses jurídicas de interesse do Sistema Indústria, mas também preparada para utilizar a tecnologia, as novas ferramentas, a jurimetria e a ciência de dados para fundamentar seus argumentos, entregando resultados com a qualidade, agilidade e com a eficiência que nossos dirigentes e representados esperam dos serviços jurídicos prestados pelas nossas Entidades, ou seja, um “Jurídico 4.0”.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GILMAR, Ferreira Mendes; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, inovação e tecnologia* – Volume 1. – São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

AGUIAR, Antonio Carlos. *Direito do Trabalho 2.0 – Digital e Disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital Aplicado 2.0*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Vários autores.

PINTO, Luis Otávio Camargo; ZAVANELLA, Fabiano. *22 anos da SOBRAT – A evolução do teletrabalho: Tomo I*. Campinas, SP: Lacier Editora, 2021.

PINTO, Luis Otávio Camargo; ZAVANELLA, Fabiano. *A evolução do teletrabalho: Tomo II: Estudos em homenagem ao prof. Álvaro de Mello*. Campinas, SP: Lacier Editora, 2022.

MARINHO, Rogério. *Modernização das Leis Trabalhistas: o Brasil para o futuro*. Petrópolis, RJ. De Petrus Editora, 2018.

MELEK, Marlos Augusto. *Trabalhista! O que mudou? – Reforma Trabalhista 2017*. Curitiba: Estudo Imediato Editora, 2017.

LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. <http://www.planalto.gov.br>. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: ago./2022.

FIESP. *Indústria 4.0 exige, e Senai-SP forma profissionais capazes de interagir com novas tecnologias e processos de produção*. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/industria-4-0-exige-e-senai-sp-forma-profissionais-capazes-de-interagir-com-novas-tecnologias-e-processos-de-producao/>. Acesso em: ago./2022.

FIESP. *Indústria 4.0. Manufatura avançada*. Disponível em: <https://www.industria40.ind.br/tag/FIESP>. Acesso em: ago./2022.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



13 – A GESTÃO TRIBUTÁRIA DA ATIVIDADE INDUSTRIAL: QUAIS OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO?

Fernanda Santos Brumana

Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as repercussões do julgamento da ADI nº 2.446 frente à legitimidade do Planejamento Tributário. Para tanto, serão conceituados os termos “elusão”, “elisão” e “evasão” fiscais, de modo a verificar os limites legais do planejamento tributário. Serão analisados alguns julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) sobre a matéria, visando demonstrar a guinada jurisprudencial, após o julgamento da ADI em referência, que promoveu favoráveis conclusões ao contribuinte. Será examinado, a ainda, o abuso de formas de direito privado utilizadas para impor limites à liberdade de atuação contribuintes. Serão apresentados casos concretos contendo possibilidades de redução da carga tributária industrial, dentro da legalidade, e quais as preocupações que perdurarão até que sobrevenha norma regulamentadora, ao Parágrafo Único, do art. 116 do CTN, julgado constitucional pela ADI objeto do presente estudo.

Palavras-chave: Planejamento Tributário. Indústria. Redução de carga tributária. Evasão fiscal.

ABSTRACT

This article aims to analyze the repercussions of the judgment of ADI nº 2.446 on the legitimacy of Tax Planning. Therefore, the terms “evasion”, “avoidance” and “tax evasion” will be conceptualized, in order to verify the legal limits of tax planning. Some judgments of the Administrative Council of Tax Appeals (CARF) on the matter will be analyzed, in order to demonstrate the jurisprudential turn, after the judgment of the ADI in reference, which promoted favorable conclusions to the taxpayer. It will also examine the abuse of forms of private law used to impose limits on taxpayers’ freedom of action. Concrete cases will be presented containing possibilities of reducing the industrial tax burden, within the law, and which concerns will last until the regulatory norm, to the Sole Paragraph, of art. 116 of the CTN, considered constitutional by the ADI object of the present study.

Keywords: Tax Planning. Industry. Reduction of tax burden. Tax evasion.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva estudar o Planejamento Tributário diante das recentes atualizações sofridas pelo instituto no âmbito do STF, com o julgamento da ADI nº 2446. O objeto específico será delimitado pela análise dos limites aplicáveis ao planejamento tributário legítimo, bem como da licitude das posturas adotadas pelos contribuintes com a finalidade exclusiva de reduzir seus custos tributários.

Não é nenhuma surpresa o fato de que o Brasil está entre os países que possuem maior carga no mundo. Em estimativa feita pelo Tesouro Nacional neste ano de 2022¹, a carga tributária chegou ao percentual de 33,4% do PIB nacional, o que, em outras palavras, significa que pouco mais de um terço do que o Brasil representa economicamente é baseado em arrecadação tributária. A maior parcela dos recursos arrecadados pelo país vem por meio de tributos, tais como: impostos, taxas e contribuições, que os cidadãos e empresas pagam sob a justificativa de corolários como o Estado Democrático de Direito e a solidariedade fiscal.

A engrenagem do Estado funciona segundo critérios de racionalidade, afinal, os direitos ofertados em um Estado Democrático possuem custos, como bem já defendido pela escola americana de análise econômica do direito². Por outro lado, a carga tributária não pode ser em demasia, caso contrário irá obstaculizar o desenvolvimento econômico do país, comprometendo a saúde dos contribuintes (sejam eles pequenos empreendedores ou grandes corporações). Nesse ponto, justamente, o Planejamento Tributário se apresenta como a grande ferramenta em prol da saúde financeira dos pagadores de tributos.

Em um cenário que preza tanto pela segurança jurídica, não é de se surpreender que as soluções oriundas do planejamento tributário causem estranheza ou desconfiança à primeira vista. No entanto, será esclarecido que Planejamento Tributário não é sinônimo de sorte ou esquema. Também não se confunde com sonegação, evasão ou elusão. Ao revés, simboliza um dos mecanismos lícitos para redução estratégica de carga tributária, com vistas à manutenção das atividades empresariais e sem deixar de cumprir com o chamado “dever fundamental de pagar tributos”. Sobre isso, a análise do julgamento da norma geral anti-elisiva (ADI 2446) irá tecer os contornos práticos para a próxima fase do planejamento: sua regulamentação.

¹ Matéria publicada pela Forbes e diversos outros veículos de notícias on-line, teor disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/04/carga-tributaria-brasileira-atingiu-nivel-recorde-de-339-do-pib-em-2021-estima-tesouro/>. Acesso em: 23.Jun.2022.

² HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. O custo dos direitos [livro eletrônico]: por que a liberdade depende dos impostos / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein: tradução de Marcelo Brandão Cipolla. -- São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

Ao final, o trabalho prestigia a indústria, que com sua agressiva tributação é a mola propulsora da arrecadação tributária do país. Após toda a explanação conceitual, serão elencados alguns exemplos de planejamento tributário para o setor industrial. O que se propõe neste item final é, dentro da expertise técnica do Direito Tributário, analisar e fazer provocações no tocante ao que pode ser feito para conter a carga tributária do setor.

1 EVASÃO, ELISÃO E ELUSÃO FISCAIS: A NECESSIDADE DE COMPREENDER ESSES CONCEITOS

1.1 A EVASÃO

O conceito de evasão já é trazido em alguns diplomas legais, tais como a Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo; bem como a Lei nº 4.729/65, que define crime de sonegação fiscal.

Na legislação penal, a evasão é conceituada no momento da definição legal do ilícito de evasão de divisas, conforme os termos do art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, segundo o qual comete evasão de divisas quem promove, sem autorização legal, a saída de moeda para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente. Tem-se por evasão, então, ações que visem omitir do fisco movimentações financeiras que, por lei, seriam tributadas.

Nos mesmos termos, o art. 1º da Lei nº 8.137/90 prevê, em uma das hipóteses que elenca como crime contra a ordem tributária, conduta omissiva do contribuinte na apresentação de nota fiscal (ou documento equivalente) que retrate a venda de mercadorias ou prestação de serviços. Portanto, tecendo um paralelo com o que dita o artigo 1º da Lei nº 4.729/65 que, ao classificar o crime de sonegação fiscal traz o mesmo teor utilizado para conceituar evasão para a sonegação, pode-se afirmar que evasão e sonegação são termos sinônimos e que, portanto, evasão é crime.

O conceito de evasão envolve a prática de crime e, pela própria natureza, não se equipara a Planejamento Tributário. Afinal, a expressão “Planejamento Tributário” não foi referenciada em nenhuma das legislações em comento. Nesse sentido, e tendo em vista que as supracitadas leis preveem prática de ilícitos, não se pode atrelar Planejamento Tributário às práticas criminosas caso a lei não o tenha feito. A própria redação do artigo 3º da Lei nº 4.729/65, em reforço a esse posicionamento, esclarece que somente os atos definidos na lei podem

constituir crime de sonegação fiscal. Ora, se o Planejamento Tributário não está previsto no bojo da lei que classifica o crime de sonegação, não há que se misturar os conceitos.

Vale a ressalva de que, muito embora a doutrina de Antônio Roberto Sampaio Dória tenha dividido “evasão” nas modalidades comissiva e omissiva, por motivos metodológicos, este recorte não é relevante para o presente artigo. Isso porque SAMPAIO DÓRIA (1977)³, quando faz a distinção do termo em dois grandes grupos não muda o conceito de evasão. O autor traz, tão somente, novas classificações dentro da mesma noção já conhecida de evasão. Encerrando a discussão sobre a relevância de entender evasão omissiva e comissiva, Heleno Taveira Tôrres (2003)⁴ define por evasão como o:

(...) fenômeno que decorre da conduta voluntária e dolosa, omissiva ou comissiva, dos sujeitos passivos de eximirem-se ao cumprimento, total ou parcial, das obrigações tributárias de cunho patrimonial. (TÔRRES, 2003, p.178)

A doutrina é uníssona em dizer que evasão fiscal consiste na prática, concomitante ou posterior à incidência do fato gerador, de ação prevista em lei como simulação, fraude ou sonegação para se esquivar de pagar tributos. Há que se atentar, todavia, que fraude e simulação são conceitos do Direito Civil, privado. Pela leitura dos artigos 167 e 171 do Código Civil de 2002 (CC/02), os institutos da simulação e da fraude são causas de nulidade do negócio jurídico. Ato contínuo, a lei de crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) prevê, em seu art. 1º, II, a fraude como uma das hipóteses de crime contra a ordem tributária. Esse é apenas um dos exemplos da utilização dos termos de direito privado na seara do Direito Penal-Tributário.

Feito o parênteses, vê-se que o conceito de evasão é inserido dentro do conceito de ilícito, sem dúvidas (já que oculta a ocorrência de um fato gerador através de simulação, fraude ou sonegação). Resta agora partir para conceitos mais complexos, como a elusão, que gera divergência, e elisão.

³ SAMPAIO DÓRIA divide o conceito de evasão (ilícito) em: evasão omissiva e comissiva. Dentro dessas subespécies, divide, ainda, a evasão omissiva em: imprópria, caracterizada pela abstenção à incidência (evitando a ocorrência dos atos tributários) ou pela transferência econômica (repercussão tributária); e por inação, que poderia ser vista tanto no modo intencional (sonegação, falta ou atraso de recolhimento), como no modo não intencional (ignorância do dever fiscal ou desconhecimento sobre a legislação). No tocante à evasão comissiva, subdivide-a da seguinte maneira: atitude ilícita (por meio de fraude, simulação e conluio); e atitude lícita ou legítima (elisão ou economia fiscal). Em: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo, RT, 1977, p.20.

⁴ TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003, p.178

1.2 ELUSÃO FISCAL

Segundo o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a elusão tributária é um desvalor jurídico⁵. E é assim, igualmente desvalorada, que a elusão pode ser cometida também pelo fisco. Elusão, diferentemente de planejamento tributário, não é prática exclusiva dos contribuintes.

O autor defende que, não raro, legisladores ordinários se valem de meios oblíquos para, sutilmente, aumentarem a arrecadação. Ao conjunto dessas práticas, o autor atribui o nome de elusão. Por exemplo, quando a administração tributária tenta burlar os princípios constitucionais da Anterioridade e Legalidade, constantes do art. 150, I e III, da CRFB/88, comete a chamada “elusão legislativa”⁶.

Nesse sentido, conceitua-se “elusão legislativa” como a violação sutil e disfarçada de um preceito constitucional com a finalidade de arrecadar mais tributos. De outro lado, a elusão fiscal seria praticada pelos contribuintes visando a redução de carga tributária. Isto é, elusão, seja ela fiscal ou legislativa, significa utilizar-se de manobras estratégicas, com comportamentos formalmente adequados, para violar norma tributária.

Comparando a elusão com a evasão, chega-se à constatação de que ambas consistem em comportamentos antijurídicos, mas enquanto na evasão há direta violação da norma tributária, na elusão há o contorno da norma, abuso de direito capaz de levar à fraude legislativa. Ato contínuo, como no Direito brasileiro a fraude à lei é motivo de nulidade dos negócios jurídicos (art. 166, VI, CC/02), no Direito Tributário não seria diferente. Assim, a consequência da nulidade é observada tanto na elusão, pela fraude/abuso de direito, quanto pela evasão (ilícito). Dessa forma, seja por manifesta ilegalidade seja por abuso de direito (que também consiste em ilícito, nos moldes do art. 187 do CC/02), o negócio jurídico do contribuinte é declarado nulo.

Há doutrinadores que consideram a fraude à lei como espécie do gênero “abuso do direito”. A doutrina majoritária, contudo, reconhece ambas como espécies autônomas de elusão tributária. Fato é que no, tocante à elusão, o campo dos conceitos jurídicos indeterminados fica sujeito à hermenêutica do intérprete, que pode se utilizar de manobras para burlar a lei.

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *in Direitos Fundamentais e Estado Social: Estudos em Homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição no Direito Tributário. Rio de Janeiro. Editora Juspodivm. 2019, p.3.

⁶ O conceito de elusão legislativa pode ser extraído da seguinte passagem: “como identificar, avaliar e controlar casos em que o legislador tributário, exercendo competência constitucionalmente atribuída e observando as formalidades próprias do processo legislativo correspondente, cria normas que, de validade aparente, constitui autêntico contorno ou fuga a limitação constitucional ao poder de tributar? A minha resposta: tem-se, nesses casos, uma elusão legislativa da Constituição, de estrutura similar à elusão fiscal praticada pelos contribuintes e igualmente merecedora de censura. É o que passo a desenvolver.” Idem, p.11

É nesse mesmo sentido que Ricardo Lobo Torres (2013) defende que “a elusão tributária inicia-se com a manipulação de formas jurídicas lícitas para culminar na ilicitude atípica ínsita ao abuso de direito”⁷. Eis a definição de elusão.

1.3 ELISÃO ILÍCITA?

Segundo o construtivismo semântico, o termo “elisão ilícita” apresenta contradição que confunde e, de certa forma, esvazia seu próprio conceito.

Explica-se. No direito tributário, a palavra “elisão” vem sendo utilizada para resumir posturas legítimas e lícitas de evitar, retardar ou diminuir o adimplemento de tributos antes da ocorrência do fato gerador. Essa é a definição largamente utilizada de elusão tributária: a prática preventiva (anterior ao nascimento da obrigação tributária) e autorizada pelo ordenamento jurídico para evitar ou reduzir a carga tributária. E, se isso está correto, essa economia não pode implicar em manipulação da lei. Por isso, justamente, elusão não se confunde com fraude ou simulação (caso contrário, se tornaria ato ilícito).

No entanto, para Ricardo Lobo Torres (2013) a elusão fiscal pode ser lícita (planejamento tributário) ou ilícita (planejamento tributário abusivo). A ideia de elusão ilícita, vale o breve comentário, se vincula à ideia de abuso de direito trazida no artigo 187 do Código Civil⁸. Para a vertente da solidariedade fiscal, defendida pelo autor, o controle da licitude na elusão seria a partir da perspectiva da hipótese de incidência. Em sua visão, a elusão ilícita consistiria no abuso das possibilidades trazidas pelos conceitos jurídicos abertos ou indeterminados.

Segundo essa teoria do abuso de direito, o contribuinte que se vale da indeterminação de expressões previstas em lei para se enquadrar em hipótese de incidência mais benéfica (e, assim, vislumbrar menor carga tributária), está cometendo ato ilícito e causando danos à coletividade. Afinal, a perda arrecadatária promovida por seus atos implicaria em maior custo para os demais contribuintes, caracterizando o ilícito civil por abuso de direito, que enseja dever de indenizar. Faz sentido, dentro dessa perspectiva, a aplicação de multa como penalidade ao contribuinte que pratica ilícito tributário (a multa, no caso, possui as mesmas funções da indenização por responsabilidade civil: educativa, coibitiva e repressiva).

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.8-9.

⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No outro extremo, Heleno Taveira Tôrres e Sérgio André Rocha, por sua vez, discordam dessa divisão e do uso do termo “elisão ilícita”. Segundo Heleno Tôrres (TÔRRES, Apud CAMPOS, 2019, p.15/16) o planejamento tributário legítimo é sinônimo de elisão tributária, enquanto que “elusão tributária” seria a economia fiscal abusiva, ensejando autuação. Na mesma linha destes dois doutrinadores, Sampaio Dória (1977) defende que o termo “elisão tributária” faria sempre referência a condutas lícitas.

Já para Marco Aurélio Greco (2011), autor referência no estudo sobre planejamento tributário, o que importa é não misturar os conceitos, de modo que não cabe criar a terminologia “evasão lícita” ou “elisão abusiva”. Apesar de posicionamentos, verdade é que elisão, elusão e evasão são três conceitos distintos, porém com objetivo em comum: afastar eventuais obrigações tributárias.

Apesar de elisão e evasão possuírem semelhanças (como intenção, ação, finalidade e o resultado econômico de ambas), os dois conceitos podem ser facilmente diferenciados por meio de dois aspectos: a natureza de seus meios, e a cronologia das ações. Segundo o aspecto cronológico, introduzido no Brasil por Rubens Gomes de Souza⁹, a elisão é sempre anterior ao fato gerador da obrigação tributária (por isso, lícita). Nessa ótica, a elisão é preventiva, também podendo se chamar “planejamento tributário”. Todavia, se posterior ao fato gerador, tratar-se-ia de crime e, assim, caracterizaria exemplo de evasão. Então, não parece lógico, salvo melhor juízo, criar o termo ‘elisão abusiva’.

Portanto, não existe elisão que seja ilícita, em virtude de elisão imprimir sempre a ideia de licitude. Dada a sua natureza lícita, a elisão é uma faculdade (e verdadeiro direito) dos contribuintes em buscar amortização tributária. E se assim o é, planejamento tributário é conduta lícita.

2 O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO LEGÍTIMO

2.1 TRIBUTAÇÃO COMO DEVER FUNDAMENTAL

Partindo do fato de que o Estado é uma construção social, e sobretudo jus-política, são as pessoas (físicas e jurídicas) que, através dos tributos, arcam com o preço dos direitos fundamentais. Isso significa dizer que nada é de graça no Estado, todos os serviços e ofertados

⁹ Apud COELHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria da Evasão e da Elisão em Matéria Tributária. Planejamento Fiscal – Teoria e Prática. São Paulo. Dialética, 1998, p. 174

possuem uma fonte de custeio oriunda ora de patrimônio dos entes (as chamadas receitas primárias), ora dos tributos (receitas derivadas).

Existem duas grandes correntes que circundam os estudos sobre tributação: a tributação como instrumento de justiça fiscal e a tributação como dever fundamental. Ricardo Lobo Torres (2013)¹⁰ enxerga o Estado Fiscal de Direito como manifestação da liberdade fiscal, de modo que o contribuinte possui plena liberdade de gerir seus negócios e de optar pela formação da empresa lhe permitindo economia em impostos, desde que não pratique ato ilícito. Outros, como José Casalta Nabais (2004)¹¹, visualizam um Dever Fundamental de pagar impostos que justifica a tributação. Para Nabais (2004), antes dos direitos vêm os deveres, sem os quais não há como se custear o Estado democrático.

Quando Greco (2011) fala que “a tributação é essencialmente instrumental”¹², prestigia a noção de que a tributação não é um fim em si mesma, mas sim que viabiliza a realização de políticas públicas e custeia demais despesas estatais. Segundo a análise econômica do direito¹³, a própria existência da propriedade privada depende da eficiência das instituições públicas e da atuação do Estado. Assim, é quase paradoxal constatar que da mesma forma que o Estado precisa da contribuição dos particulares, a propriedade privada igualmente depende do Estado para se manter. Nas palavras de HOLMES e SUSTEIN (2019, p.62): “Os donos de propriedades estão longe de depender unicamente de si mesmos. Dependem de uma cooperação social orquestrada por autoridades governamentais”.

O Estado não pode simplesmente deixar de cobrar tributos, posto que sem estes a propriedade não se sustenta. O pacto legislativo firmado entre sociedade e Estado para a proteção dos direitos fundamentais justifica que haja um mínimo de cooperação entre os cidadãos para a persecução do bem comum. Por outro lado, os tributos não podem equivaler ou superar o lucro das companhias, sob pena de encerrá-las. Com foco nesta preocupação, os princípios da capacidade contributiva, não-confisco e irretroatividade da lei mais gravosa se revelam como contrapartidas legais para evitar que se extrapolem certos limites.

Na prática, todavia, a política constantemente interfere na carga tributária e, não raro, contribuintes optam por sonegar parte dos ganhos com vistas a serem menos tributados. O grande

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 12.

¹¹ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

¹² GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário: Nem Tanto ao Mar nem Tanto à Terra*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 10º Volume*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 329-330.

¹³ HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos [livro eletrônico]: por que a liberdade depende dos impostos / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein: tradução de Marcelo Brandão Cipolla*. -- São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.59.

problema é que, como visto, essas manobras ilegais estavam sendo confundidas com o Planejamento Tributário, sobretudo pelo fisco.

Se o Estado possui um orçamento público, onde despesas e receitas são previamente aprovadas e seu detalhamento é publicizado, ele deve prever rearranjos que reduzam a carga tributária sem comprometer a concretização de direitos e garantias fundamentais tais como saúde, educação, lazer entre outros. Até porque, na atual configuração do Estado – que conta com três grandes setores atuantes na economia¹⁴ – é mais do que esperado que haja outros *players* dispostos a realizar o interesse público. É por esse fundamento, inclusive, que existe SESI, SENAI, SESC, entre outros. E se é assim, a tributação não pode ser a única moeda de troca pelos direitos fundamentais, apesar de seu papel crucial.

Isto é, o que se pretende defender é que há formas outras de aquecer a economia e resolver tanto o problema numérico dos cofres públicos, quanto o atendimento dessas garantias constitucionalmente previstas. A própria renúncia fiscal¹⁵ é alternativa utilizada pela administração pública para redução de carga tributária em contrapartida do atingimento de objetivos econômicos e sociais, e não puramente arrecadatórios. Afinal, com o aumento da disponibilidade econômica do contribuinte, há reinvestimento, expansão e geração de novos empregos.

2.2 O QUE É PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO?

Marco Aurélio Greco (2011) dividiu a evolução do debate sobre o planejamento tributário no Brasil em três fases: i) Liberdade, salvo simulação; ii) Liberdade, salvo patologias e iii) Liberdade com capacidade contributiva. Essas “fases”, vale o registro, são as variações conceituais dentro da doutrina que convivem historicamente, sendo tarefa fundamental observar a posição ideológica do intérprete. Entretanto, adverte: “o ponto não está na ideologia em si, mas na circunstância de a postura ideológica nem sempre vir explícita no debate”¹⁶. Essa afirmação ilustra, por exemplo, o fato de que para autores meramente formalistas, o planejamento tributário não passa de posturas lícitas adotadas antes da ocorrência do fato gerador. Para outros, deve haver claros limites para o instituto.

O Planejamento Tributário é, em suma, uma opção prática, do dia a dia dos contribuintes. Significa verificar, dentro das opções que a lei oferece, maneiras de reduzir o dispêndio

¹⁴ Onde o primeiro setor seria o Estado, o segundo o mercado e, o terceiro, as Organizações Sociais sem fins lucrativos.

¹⁵ Cartilha disponível em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/educacao-fiscal/educacao_fiscal/folhetos-orientativos/carga-tributaria-dig.pdf. Acesso em 24.jun.2022.

¹⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 22

tributário antes de ocorrido o fato gerador. Ou seja, tratar-se-ia de espécie de elisão tributária. Filiam-se a essa ideia: Heleno Tôrres, Marcus Abraham e Luciano Amaro¹⁷. No conceito de Marco Aurélio Greco (2011), Planejamento Tributário é ferramenta de justiça fiscal e, ao mesmo tempo, reflexo do direito dos contribuintes à auto-organização. Na mesma toada, para Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019)¹⁸, é direito fundamental dos contribuintes a liberdade de obter os melhores resultados econômicos (desde que observadas as proibições de fraude à lei e de abuso do direito).

Planejamento Tributário é, sem dúvidas, expressão de liberdade. O problema é que não há definição, dentro do Direito Tributário, dos conceitos trazidos pelo parágrafo único do artigo 116, do CTN. Essa lacuna leva à insegurança jurídica, responsável por instaurar uma cultura do medo entre aqueles que se programam para pagar menos tributos. Na prática, a indefinição faz com que um contribuinte idôneo arque com mais do que efetivamente poderia ou deveria, somente pelo fato de ter medo de ser enquadrado em algum crime contra a ordem tributária e estar sujeito à multa aplicável (que pode chegar a 150%).

2.3 A NORMA GERAL ANTI-ELISIVA E O RESULTADO DO JULGAMENTO DA ADI 2446

Oriundo do Projeto de Lei Complementar nº 77/1999, o parágrafo único do artigo 116 do CTN buscou trazer previsão normativa que autorizasse a administração tributária a desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com abuso de forma ou direito. O problema, contudo, foi a vinculação da elisão e do planejamento tributário às práticas coibidas pelo parágrafo único desse artigo. Por esse motivo, esse parágrafo passou a ser conhecido como “regra geral antielisão”.

Não é novidade entre os juristas a discussão que serviu de objeto da ADI 2446, recentemente julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Em trâmite desde o ano de 2001, a ADI 2446 foi ajuizada diante da insegurança trazida com a inserção do parágrafo único do art. 116 no CTN, com vistas a questionar sua constitucionalidade. Entre trocas de relatoria, vista dos autos,

¹⁷ Posicionamentos em nota de rodapé às fls. 31-32 da Tese de Doutorado de Alexandre Naoki Nishioka apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da USP, para obtenção do título de Doutor em Direito Econômico e Financeiro: “Planejamento fiscal e elusão tributária na constituição e gestão das sociedades: os limites da requalificação dos atos e negócios jurídicos pela administração”, ano de 2010.

¹⁸ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *in Direitos Fundamentais e Estado Social: Estudos em Homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição no Direito Tributário. Rio de Janeiro. Editora Juspodivm. 2019, p.2.

pedidos de inclusão em pauta e suspensões, o processo tramitou por 21 anos no Excelso Pre-tório até que finalmente foi julgado em 09 de abril de 2022¹⁹.

A exposição do voto da Ministra Relatora apontou a necessidade de edição de norma regulamentadora sobre o tema. Isso porque, restou constatado que inexistia tal dispositivo. Na origem, o parágrafo único do artigo 116 deveria ter sido regulamentado pela MP nº 66/2002, mas os artigos que traziam a matéria (arts. 13 a 19) foram excluídos na conversão na Lei nº 10.637/2002. Passada mais de uma década, o tema voltou à voga no ano de 2015, com a edição dos arts. 1º a 12 da MP nº 685/15. Malgrado a movimentação legislativa, tais artigos foram suprimidos quando da conversão da medida na Lei n. 13.202/2015.

Apesar das críticas²⁰ aos votos proferidos na ADI 2446²¹, fato é que o julgamento esclareceu o que não se enquadraria como planejamento tributário ao passo que afastou do conceito a ideia de ilicitude e vedou a utilização de formas do direito privado como parâmetros de autuação pela administração fazendária. Adicionalmente, concluiu definindo que mesmo quando há abuso de formas jurídicas, a norma somente poderá surtir efeitos se a lei ordinária regulamentadora for promulgada (situação que se difere dos casos de dolo, fraude e simulação).

A partir do voto da Ministra Relatora, pode-se tecer as seguintes conclusões: *i*) não há norma jurídica no direito brasileiro que autorize a autoridade fiscal a desconsiderar os regulares efeitos de atos ou negócios jurídicos válidos, tampouco há norma que preveja utilização do abuso de forma, abuso de direito, falta de propósito negocial ou consideração econômica do fato gerador (nos critérios do Direito Civil); *ii*) ainda que sob motivação exclusivamente tributária, o contribuinte é autorizado pela ordem constitucional a buscar atos que reduzam sua carga tributária, desde que previamente à ocorrência do fato gerador e mediante meios lícitos.

A título de ilustração, antes do julgamento da ADI, o CARF analisou um Recurso Voluntário (em dezembro de 2021) e proferiu a seguinte decisão contrária ao contribuinte:

Ementa. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário:2009 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. FRAUDE À LEI. ABUSO DE DIREITO. **O uso abusivo de forma**

¹⁹ Conforme movimentação de andamentos no site. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1930159>. Acesso em: 29.jun.2022.

²⁰ Há críticas à decisão, sobretudo pela alegação de o art. 116 ser pouco utilizado nas autuações do fisco, em detrimento dos artigos 142 e 149 do CTN.

²¹ O próprio professor de Direito Tributário e Financeiro da UERJ, Sergio André Rocha, já se manifestou sobre o tema. A exposição das ressalvas e explicações ocorreu durante palestra ministrada por ele sob o tema no dia 20 de maio de 2022, no VI Congresso Internacional de Direito Tributário promovido pela ABDF.

prevista em lei com a finalidade de produzir efeitos tributários diversos daqueles previstos na norma manejada constitui fraude à lei e dá ensejo ao lançamento tributário tendente a alcançar a capacidade contributiva iludida pelo artifício. PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. APORTES EXCESSIVOS. RESGATES REGULARES. FRAUDE À LEI. A manutenção de plano de previdência privada complementar com aportes regulares muito acima do necessário para a garantia dos benefícios previdenciários e com resgates regulares por todos os beneficiários no exato momento em que é cumprido o prazo de carência para tal configura a utilização abusiva do instituto previdenciário com a finalidade de iludir a tributação do imposto de renda e das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a remuneração que transitou pelo mecanismo, dando ensejo ao devido lançamento tributário para exigir os tributos devidos, bem como para impor as sanções tributárias correspondentes. AUTORIDADE TRIBUTÁRIA. COMPETÊNCIA. DETERMINAÇÃO DO FATO GERADOR. **FRAUDE.** Compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, nos termos do artigo 142 do CTN. Assim, as circunstâncias atinentes a eventual fraude, tendente a iludir a tributação, não devem ser óbice para o cumprimento desse mister. ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. IRRF. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA. MULTA ISOLADA. Após o encerramento do período de apuração do Imposto de Renda, a responsabilidade pelo pagamento do tributo passa a ser do beneficiário dos rendimentos, sendo cabível a aplicação da multa isolada prevista no art. 9º da Lei nº 10.426/2002, em desfavor da fonte pagadora omissa. (P.A nº 16327.721201/2014-13).

{grifos nossos}.

Em outro caso contemporâneo (novembro de 2021), o CARF decidiu de forma semelhante ao entender que a opção societária do contribuinte constituía de planejamento tributário abusivo. Veja-se:

Ementa. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2011 AUTO DE INFRAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE SCP PARA PERMITIR REDUÇÃO DE

TRIBUTOS DA SÓCIA OSTENSIVA. A constituição de Sociedade em Cotas de Participação em que não ficar devidamente comprovada a prestação dos serviços para os quais a entidade foi constituída, permite a desconsideração do suposto planejamento tributário para tributar os resultados da SCP na apuração do lucro da sócia ostensiva, beneficiária da operação. CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO. A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício. (P.A nº 1 0530.721456/2015-67).

Em sentido contrário, finalmente, relevante colacionar julgamento na 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF onde, nos mesmos moldes da ADI 2446, a autuação é afastada em razão da prática de planejamento tributário legítimo:

Nº Acórdão: 9101-005.761

Ementa(s) ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 MULTA DE OFÍCIO. **INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA.** Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. **Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade. Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade,** mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito. (P.A. nº 19515.721820/2013-90).

{Grifos nossos}.

Conforme a própria ementa do caso supra, se tratando de planejamento tributário – ainda que considerado abusivo – a penalidade de crime não pode ser atribuída sem a materialidade de provas de sonegação, fraude ou conluio. Ato contínuo, os julgadores reforçaram os mesmos fundamentos do resultado da ADI 2446, no sentido de que abuso de direito e fraude à Lei são institutos previstos no Código Civil, e, portanto, inaplicáveis ao Direito Tributário.

Diante do atual contexto, é de se esperar que a exigência de prévia lei ordinária para aplicação da penalidade, principalmente quando não há a ocultação da prática e da intenção final do propósito negocial, seja a postura adotada para os pendentes e próximos julgamentos acerca do tema.

3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA A SOBREVIVÊNCIA DO SETOR INDUSTRIAL

3.1 A CARGA TRIBUTÁRIA DA INDÚSTRIA

Sabendo que a carga tributária brasileira é uma das maiores do mundo²², natural esperar que o contribuinte busque os meios adequados e os profissionais capacitados para reduzir seus custos tributários. Não obstante esses esforços, alguns segmentos da indústria têm desacelerado a produção. Seja pelos altos juros e inflação, que causam uma crise no consumo, seja pelo alto custo tributário, a indústria nacional é a que mais sofre com essa realidade.

Além de tudo, a sistemática do ICMS, imposto devido quando da venda de mercadoria, imputa à indústria o seu pagamento antecipado, sob a justificativa de facilitar a fiscalização arrecadatória. Assim, a indústria sofre com problemas no seu fluxo de caixa, uma vez que paga o imposto que seria devido em etapa subsequente (situação de Substituição Tributária).

Em relatório elaborado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI)²³, o Brasil está em penúltimo colocado dentre 18 economias selecionadas no ranking geral de Competitividade. E, além da carga tributária massiva, o Brasil é o último colocado no ranking do subfator “Qualidade do sistema tributário”²⁴. Também segundo o estudo, em 2020 o Brasil registrou a menor participação tanto na produção como nas exportações mundiais da indústria de transformação, desde o início das séries históricas, no ano de 1990. Agravada pela pandemia de covid-19, a crise atingiu mais severamente a indústria de transformação brasileira, tendo sua participação caído de 1,35% para 1,32% em 2020, quando comparado a 2019.

²² Os tributos correspondem cerca de 33,4% do PIB nacional, segundo recente pesquisa publicada pelo Tesouro Nacional para o ano de 2022. Matéria publicada pela Forbes e diversos outros veículos de notícias on-line, teor disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/04/carga-tributaria-brasileira-atingiu-nivel-recorde-de-339-do-pib-em-2021-estima-tesouro/> Acesso em: 23.Jun.2022.

²³ Trata-se do Relatório “Competitividade Brasil 2019-2020”, elaborado pela CNI. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil_2019-2020_v1.pdf. Acesso em: 28.jun.2022.

²⁴ A qualidade é avaliada com base em duas variáveis quantitativas: Número de pagamentos e Índice de processos pós-declaração, e Efeitos distorcivos de impostos e subsídios, conforme disposto nas fls. 24 do relatório de competitividade.

De igual modo, quando da análise das exportações da indústria, o percentual de 2019 correspondia a 0,83%, e em 2020 caiu para 0,78% segundo estatísticas da OCDE e UNIDO²⁵. A título de comparação, a China, maior exportadora, corresponde a 15,65% das exportações mundiais. Atrás dela, Alemanha e Estados Unidos correspondem a pouco menos de 9%, reforçando como a indústria brasileira está perdendo competitividade.

A complexidade do sistema tributário, a alta carga tributária atrelada à indústria, a má gestão, a tradição sonegadora e outras causas são usadas como justificativa para a má colocação do Brasil em ranking mundial. Por isso, a tão esperada reforma tributária é pauta defendida pela indústria há tempo²⁶.

É diante desse cenário que o planejamento tributário se manifesta como solução lícita, estratégica e necessária à saúde financeira da indústria, prestigiando o princípio da preservação da empresa²⁷. Feitos os esclarecimentos necessários até aqui, e delimitado o contexto tributário brasileiro, a seguir serão ilustrados alguns casos de planejamento tributário.

3.2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: COMO FAZER

De antemão, cumpre esclarecer que não se pretende realizar um estudo de caso e simular um planejamento tributário nas presentes páginas. Um Planejamento Tributário é exaustivo, complexo, cauteloso e requer posse de documentos contábeis da empresa.

Dentre os componentes de um bom planejamento tributário estão: i) levantar o histórico da empresa, verificando a ocorrência de todos os fatos geradores dos tributos pagos; ii) analisar se houve cobrança indevida ou recolhimento a maior iii) apurar se há ação fiscal, iv) analisar a melhor forma de tributação de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, bem como o levantamento do montante de tributos pagos nos últimos anos, para identificar se existem créditos fiscais não aproveitados e a análise de incentivos fiscais e de forma de aproveitamento dos créditos existentes.

²⁵ Relatório disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/db/20/db2082fd-cc91-4364-aca-5-a19caae46424/desepenho_da_industria_no_mundo_dezembro2021_v2.pdf. Acesso em 28.jun.2022.

²⁶ Em notícia veiculada no sítio 'portal da indústria', o vice-presidente executivo da CNI, Paulo Afonso Ferreira, esboçou seu descontentamento com o sistema tributário atual, e afirmou atuação junto ao Senado para aprovação da Reforma Tributária: "No Brasil há algumas propostas de reforma em tramitação e mesmo que estejamos em ano político há oportunidade do tema avançar, principalmente por meio da PEC 110/2019, que está no Senado Federal, um projeto construído com debate e participação de vários segmentos da sociedade e que adota práticas utilizadas com sucesso em outros países." Matéria disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/artigos/paulo-afonso-ferreira/o-alto-preco-da-carga-tributaria/>. Acesso em: 28.jun.2022.

²⁷ O princípio da preservação da empresa protege o núcleo da atividade econômica, cuja existência e desenvolvimento interessam não somente aos sócios da, mas a um conjunto bem maior de sujeitos.

Um exemplo tradicionalmente utilizado para fins didáticos é o da opção do regime de tributação de determinada empresa. A apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) pode ser feita de três formas: Lucro Real (apuração anual ou trimestral); Lucro Presumido ou Simples Nacional (opção exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte).

Em geral, no momento de optar pelo regime, a contabilidade da empresa realiza simulações numéricas para viabilizar enquadramento no regime menos oneroso. Por exemplo, indústrias com alta margem lucrativa tendem a apurar seus impostos pelo lucro presumido, uma vez que neste há uma presunção de margem lucrativa de 8% - quando na realidade o lucro pode ser mais elevado. Essa faculdade de optar entre o regime mais benéfico é, na essência, decisão cuja natureza é a de planejamento tributário.

Ilustrando outro exemplo de planejamento tributário, veja-se o caso do IPI, que ganhou destaque na mídia e entre os profissionais da área tributária.

De início, vale recordar que para cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) deve-se utilizar a alíquota correspondente ao produto descrita na Tabela de Incidência do Imposto sobre os Produtos Industrializados (“TIPI”).

Assim, o percentual a incidir sobre a base de cálculo do produto industrializado irá variar de acordo com a classificação dos produtos adotada pela Nomenclatura Comum do Mercosul (“NCM”). Isto é, as alíquotas do imposto para produtos industrializados são determinadas conforme a descrição constante nas NCMs.

Imaginem uma indústria de cosméticos. Sabe-se que ela produz não só maquiagens, mas produtos de tratamento dermatológico, protetores solares, hidratantes, entre outros. Diante do alto nível de exigência do mercado, e da competitividade acirrada para vendas, tal indústria de cosméticos elabora cada vez mais produtos que atendam a múltiplas funções, como protetores hidratantes, ou sérum reparador que também atua como protetor e antibactericida.

Pois bem. Dada a complexidade dos produtos, interpretar a tabela para inseri-los na classificação correta tornou-se tarefa extremamente árdua. O problema dos conceitos jurídicos indeterminados novamente ganha destaque, e no cotidiano de uma empresa o impasse acerca dessas definições é dilema rotineiro. Existem produtos que são vendidos separadamente como peças únicas, transportados, e montados no local de destino. Nessa situação, a classificação fiscal na NCM seria por peças ou pelo produto acabado? E nos casos de produtos muito semelhantes classificados em outras categorias, como determinar qual enquadramento

é o certo? Esses detalhes são relevantes porque, como se sabe, mudar a NCM, às vezes, pode significar em não tributação.

Retomando o exemplo dos cosméticos, classificar o produto como perfume- desodorante é diferente de classificá-lo como perfume, para fins de alíquota de IPI. O perfume, enquanto bem supérfluo, é altamente tributado pela seletividade a que se submete o IPI. Atualmente esses produtos recebem a alíquota de 27,3%²⁸, mas caso fossem inseridos na NCM de desodorantes (3307.20 - Desodorantes corporais e antiperspirantes), a alíquota seria de 4,55%.

Partindo para casos práticos e verídicos, recentemente, o caso do planejamento tributário da Sonho de Valsa ilustrou o quão efetivo é um planejamento consistente e inovador. Ao optar pela troca de embalagem, os famosos bombons Sonho de Valsa passaram a se enquadrar na categoria “wafer” e, conseqüentemente, vislumbraram os reflexos tributários dessa mudança. Com a nova classificação de Wafer, a sonho de valsa está deixando de arcar com os 5% de IPI devidos a bombom de chocolate. Após o planejamento tributário, sua classificação na NCM passou para “Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos” e o contribuinte, por meio de atos lícitos, encontrou uma forma menos onerosa de pagar seus tributos.

Há que se falar, ainda, do caso do planejamento tributário em operações com ICMS. No Estado do Rio de Janeiro, através da publicação da Lei nº 8.792/2020, a indústria do setor de carnes foi beneficiada com crédito presumido equivalente à aplicação de 7% sobre o valor da saída interna, sendo que tal saída já possui redução de carga tributária a 7% (sete por cento). Significa que, na prática, o industrial frigorífico e abatedouro não paga ICMS, pois o crédito presumido concedido pela lei é o mesmo montante do valor do ICMS devido na saída, havendo transferência de crédito para ser aproveitado pelo distribuidor atacadista que adquire mercadorias daqueles industriais frigoríficos e abatedouros. O mesmo benefício também é dado para os industriais em suas remessas para outro Estado. Assim, os industriais, tanto nas saídas internas quanto nas interestaduais, recebem o benefício que resulta, na prática, em não pagamento do ICMS.

Segundo o artigo 1º, § 1º, da legislação em comento, os benefícios previstos para industriais aplicam-se exclusivamente aos produtos industrializados em solo fluminense, o que significa dizer que o tratamento tributário especial veiculado na lei privilegia o setor industrial de carnes do Estado do Rio de Janeiro, em detrimento dos demais, aumentando a competitividade da indústria fluminense.

²⁸ A alíquota sofreu redução na Tabela TIPI aprovada para o ano de 2022, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 11.055, de 29/04/2022. Tabela disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/Ane-xo/and11055.pdf. Acesso em 27.Jun.2022.

Sob essa lógica, uma indústria de crustáceos (mercadoria também beneficiada pelo tratamento especial da Lei nº 8.792/2020) localizada no Espírito Santo, por exemplo, poderia transferir sua fábrica para o Estado do Rio de Janeiro com vistas a possibilitar sua habilitação na Lei que traz benefícios para o setor de Carnes. Outra possibilidade, desta vez olhando para as indústrias que já se localizam em território fluminense, mas que não gozam desse benefício seria, por exemplo, observar os dispositivos da legislação e verificar, dentro da legalidade, quais mudanças operacionais deveriam ser feitas para que possa fruir do benefício.

Um contribuinte que comercialize produtos cárneos sem, contudo, se enquadrar no CNAE como indústria poderia verificar os custos da operacionalização dessa mudança de atividade, ou da abertura de um estabelecimento com CNAE industrial, no sentido de aproveitar do benefício previsto na lei. A depender do caso, tal logística vale muito a pena, porque basta uma simples implementação para classificar o contribuinte como industrial.

O conceito de industrializar está atrelado à ideia de transformação, isto é, processo de industrialização é aquele em que a mercadoria final (produto) é diferente daquela adquirida. No que diz respeito ao exemplo das carnes, basta pensar em uma empresa que adquira produtos cárneos de outro estado, mas que apenas os revenda internamente. Se essa empresa, antes de transacionar a mercadoria, promove alguma alteração em seu peso, embalagem, composição ou na classificação NCM, pode-se afirmar que o produto não é mais o mesmo. Ato contínuo, constata-se que ocorreu industrialização.

Exemplificando, caso a empresa adquira peça inteira e a corte em pedaços, embalando as divisões individualmente, o produto original não mais existe, tendo sido transformado. Conforme a redação do art. 1º, VIII²⁹, da Lei 8.792/2020, abrir um CNPJ novo e concentrar todo esse processo em um estabelecimento, com CNAE industrial, permitiria o contribuinte a se aproveitar das condições trazidas por aquele tratamento tributário especial. Esse procedimento não consiste em evasão nem elusão fiscais, cujos conceitos já foram delimitados, mas sim de verdadeira elisão (planejamento tributário). A própria lei prevê essa situação como hipótese de aproveitamento do atacadista ou distribuidor localizados no Estado.

Assim, caso reste comprovado que industrializar o produto em algum grau para poder se enquadrar no benefício da carne seja economicamente mais vantajoso ao contribuinte,

²⁹ Art. 1º, VIII - aos estabelecimentos atacadistas e de distribuição, localizados no Estado do Rio de Janeiro, cuja empresa possua ou pertença a grupo econômico que detenha planta industrial de processamento de produtos cárneos em efetiva operação em território fluminense, fica outorgado um crédito de ICMS de forma que a incidência do imposto nas operações de saída por transferência ou por venda resulte em uma alíquota efetiva de 4,5 (quatro e meio por cento), como opção ao regime geral normal de apuração, conforme artigos 25 e 26 do RICMS/RJ.

promovendo redução da carga tributária, esta é uma operação vista como planejamento tributário, e não como simulação ou outra manobra ilícita.

Nessa toada, resta incontroversa a natureza jurídica lícita do planejamento tributário, suas nuances, operacionalização e seus resultados numéricos em economia tributária. Um bom planejamento, então, conta com uma equipe multidisciplinar competente e, sobretudo, ética, com vistas a não desvirtuar a licitude das condutas que compõem o planejamento fiscal (ou, para alguns, a elisão fiscal).

CONCLUSÃO

Como visto, Planejamento Tributário não é sinônimo de evasão. Enquanto a elisão é considerada uma economia de tributos por meio de atos e negócios jurídicos lícitos, a evasão, por sua vez, é considerada a economia de tributos por meio de atos e negócios jurídicos que, em conjunto ou isoladamente, são ilícitos dado a sua contrariedade em relação a norma natureza fiscal pré-existente.

Os critérios determinantes para a diferenciação de elisão e evasão se resumem a dois, quais sejam: a anterioridade dos atos e negócios jurídicos em relação ao fato gerador e a utilização de meios lícitos. Assim, a licitude Planejamento Tributário, enquanto espécie de elisão, se justifica pela própria natureza.

Pelo entendimento firmado pelo STF, quando do julgamento da ADI 2446, é de se esperar um ambiente favorável aos contribuintes, visto que até que sobrevenha a norma regulamentadora não haverá desconsideração de atos e negócios jurídicos sob fundamento de terem sido praticados durante Planejamento Tributário abusivo.

A despeito das divergências doutrinárias acerca do termo “planejamento tributário abusivo”, o que se pacificou na Corte Suprema foi que para descaracterizar um planejamento tributário é necessária a criação de parâmetros dentro do Direito Tributário. Afinal, é incabível no ordenamento pátrio defender que um ato ou negócio jurídico seja válido nos parâmetros do Direito Civil, mas “abusivo” no plano do Direito Tributário.

O ordenamento brasileiro não veda a motivação do contribuinte de buscar os meios jurídicos legítimos para atingir a menor carga tributária possível. O que é vedado é a motivação ilícita de dissimular, atrelada à ideia de evasão.

Eis os motivos pelos quais os exemplos de planejamento tributário trazidos no presente estudo não foram descaracterizados e classificados como ilícitos (nas suas conhecidas espécies de: dolo, fraude e simulação). Ainda que a ADI 2446 não tenha trazido a Segurança Jurídica ideal à matéria, o cenário é propício ao planejamento.

Em conclusão, a Redução de carga tributária é mais que uma opção do contribuinte, mas sim um imperativo de direito a ser observado. A discussão ganha relevantes contornos quando pensada para o planejamento tributário da indústria, que possui tributação e forma de arrecadação, seja de impostos próprios, seja por substituição, que prejudicam o fluxo de caixa e reduzem sua competitividade no mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.446 - DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1930159>. Acesso em: 08.Mai.2022.

_____. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 20.Mai.2022.

_____. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23.jun.2022.

_____. Tabela TIPI com atualizações promovidas pelo Decreto nº 11.087/2022, cuja íntegra está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/Anexo/and11055.pdf. Acesso em 27.Jun.2022.

_____. Lei Estadual nº 8.792, de 13 de abril de 2020. Dispõe sobre Concessão de Benefícios Fiscais para o setor de Carnes e dá outras providências. Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jsp?_afLoo-p=76622212683411884&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC42000007776&adf.ctrl-state=akalp28te_36. Acesso em 11.jul.2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição no Direito Tributário*. In: *Direitos Fundamentais e Estado Social: Estudos em Homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2019.

CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA ATINGIU NÍVEL RECORDE DE 33,9% DO PIB EM 2021 ESTIMA TESOURO. Matéria jornalística disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/04/carga-tributaria-brasileira-atingiu-nivel-recorde-de-339-do-pib-em-2021-estima-tesouro/>. Acesso em: 23.jun.2022.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria da Evasão e da Elisão em Matéria Tributária. Planejamento Fiscal – Teoria e Prática. São Paulo. Dialética, 1998, p. 174.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Elisão e evasão fiscal. São Paulo, RT, 1977.

FARIA, Renato Vilela de; **SILVEIRA**, Ricardo Maitto; **MONTEIRO**, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo (Coords.). *Tributação da Economia Digital: Desafios no Brasil, Experiência Internacional e Novas Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. “Interpretação do sistema constitucional tributário.” *Estado Fiscal e Tributação*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. Interpretação e Integração da Norma Tributária. In: *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 52, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011.

_____. *Planejamento Tributário: Nem Tanto ao Mar nem Tanto à Terra*. In: **ROCHA**, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 10º Volume*. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. *Economia Digital e Formas Alternativas de Tributação*. In: **FARIA**, Renato Vilela de; **SILVEIRA**, Ricardo Maitto; **MONTEIRO**, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo (Coords.). *Tributação da Economia Digital: Desafios no Brasil, Experiência Internacional e Novas Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 786.

HOLMES, Stephen. **SUSTEIN**, Cass R. O custo dos direitos [livro eletrônico]: por que a liberdade depende dos impostos / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein: tradução de Marcelo Brandão Cipolla. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: https://www.academia.edu/34901100/A_face_oculta_dos_direitos_fundamentais_os_deveres_e_os_custos_dos_direitos. Acesso em 23.jun.2022.

ROCHA, Sergio André. *O que é o Formalismo Tributário? In: Revista Dialética de Direito Tributário* nº 227, Dialética, São Paulo, 2014.

_____. *RECONSTRUINDO A CONFIANÇA NA RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE*. Revista Direito Tributário Atual (ISSN 1982-0496), n.39, 2018.

_____. *Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós- Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado. Autonomia Privada, Simulação e Elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



14 – AUTONOMIA COLETIVA: A NECESSIDADE DE SE SUPERAR A JURISPRUDÊNCIA RESTRITIVA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DIANTE DO CONTEXTO CONSTITUCIONAL E DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fernanda de Menezes Barbosa

Confederação Nacional da Indústria
Departamento Nacional

1 INTRODUÇÃO

A negociação coletiva é um dos institutos mais relevantes para a evolução das relações de trabalho. Possui fundamental e histórico papel de conformar ordenamento autônomo, criativo e dinâmico, que acompanha as reivindicações e as necessidades de cada categoria. Por sua própria definição, a negociação privilegia o entendimento entre as chamadas partes coletivas, que detém legitimidade constitucional para dispor sobre direitos e obrigações, vinculando trabalhadores e empregadores (a depender da abrangência das categorias representadas pelos signatários do instrumento negociado).

Existem regras constitucionais claras com relação à autonomia coletiva. Não apenas o artigo 8º da Carta confere aos sindicatos a liberdade de organização, de atuação e garante a ausência de interferência estatal, como seu artigo 7º deixa expresso que o reconhecimento das negociações coletivas é legítimo direito do trabalhador (inciso XXVI). Para além dessas previsões, que já seriam suficientes para orientar a atuação jurisdicional, o mesmo artigo 7º ainda elenca expressamente o que poderá ser objeto de negociação coletiva – como, por exemplo, a garantia da irredutibilidade salarial (inciso VI).

Mesmo diante desses contornos, não raro os instrumentos livremente pactuados são objeto de anulação pelo Poder Judiciário trabalhista, numa perspectiva intervencionista e restritiva da amplitude do que pode ser objeto da avença coletiva. Isso se deve em grande medida à intenção de consolidar visões e valores específicos¹ e à fluidez que o ordenamento jurídico propicia (que faz com que os clássicos e evidentes limites da atuação do Poder Judiciário fiquem cada vez menos perceptíveis).

A questão se torna mais complexa quando o intérprete se utiliza do próprio texto constitucional para dar aos conflitos soluções que não apenas divergem entre si, como também não representam – num esforço argumentativo dedutivo – a letra da Carta Constitucional. Seja por qual vertente interpretativa se arvore o intérprete, a consequência dos desvios reiterados dos limites da atuação jurisdicional tende a ser o enfraquecimento das garantias.

Essa criatividade interpretativa recebeu novos contornos com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE n.º 590415/SC e, mais recentemente, no ARE n.º 1121633/GO. Em sede de repercussão geral, em duas oportunidades, aquela Corte reconheceu a validade de normas coletivas em face do ordenamento jurídico ordinário. Essas decisões têm papel relevantíssimo em reafirmar a eficácia da negociação coletiva, esclarecendo os princípios que

¹ Sobre o ponto, cite-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 323, disponibilizado quando do julgamento no Plenário Virtual: “(...) decanta-se casuisticamente um dispositivo constitucional até o ponto que dele consiga ser extraído entendimento que se pretende utilizar em favor de determinada categoria”.

se aplicam em sua interpretação e os parâmetros para a excepcional e pontual anulação de instrumentos negociados (o conceito de indisponibilidade de direitos).

A Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que teve sua vigência iniciada em novembro de 2017, também avançou no mesmo sentido, inserindo dois artigos (611-A e 611-B) à Consolidação das Leis do Trabalho que seguem a mesma linha das premissas constitucionais reconhecidas: a liberdade do negociar coletivo e os limites nas previsões constitucionais (e não no ordenamento ordinário).

Percebe-se, logo, que o contexto normativo e jurisprudencial (constitucional) reconhece o sistema de representatividade sindical e legitimidade das partes coletivas e autoriza que as negociações avancem e estabeleçam concessões e cessões para além do arcabouço abstrato e uniforme (aplicável a todo e qualquer empregado).

É diante essa perspectiva que o presente trabalho busca refletir, sobre a necessidade de superar entendimentos restritivos e tutelares do exercício da autonomia coletiva, confirmando sua leitura constitucional como garantia de eficácia imediata (ultrapassadas as concepções subjetivas e pessoais utilizadas como parâmetros de interpretação). Da mesma forma, visa-se compreender em que medida os atores coletivos podem contribuir com essa mudança de perspectiva de forma a consolidar o avanço.

Essas reflexões são importantes para o sistema confederativo de representação da categoria industrial como defensor atuante das premissas constitucionais da negociação coletiva e como defensor institucional da Reforma Trabalhista (com destaque aos seus eixos fundantes – como a consolidação do reconhecimento das negociações coletivas). Para além, as ponderações a que se pretende o presente trabalho são relevantes aos sindicatos, federações, empregadores representados e entidades do sistema indústria, como partes coletivas atuantes em processos de negociação. Pretende-se ainda inserir outras entidades do sistema (SENAI e IEL, por exemplo) como atores complementares na construção de uma nova pauta de negociação coletiva e de alternativas para consolidar o avanço trazido pela jurisprudência constitucional recente, mediante a imposição de uma releitura da jurisprudência trabalhista intervencionista.

2 AUTONOMIA COLETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 alterou de forma significativa os panoramas constitucionais anteriores, corporativistas e intervencionistas no que diz respeito à organização e atuação sindical. Ainda que se mantenham diversas críticas sobre o artigo 8º constitucional com relação a manutenção de resquícios totalitários², a lógica da organização sindical passou a ser de liberdade e da não ingerência ou interferência estatais. O citado artigo constitucional prevê, por exemplo, a livre associação sindical e a participação obrigatória de sindicatos na negociação coletiva.

O texto atual tornou a atuação sindical mais legítima e democrática, privilegiando a liberdade e autonomia das entidades sindicais, em suas cinco dimensões: liberdade de associação, organização, administração, exercício das funções e filiação³. O paradigma constitucional vigente eleva a autonomia sindical⁴ a direito social; prevê expressamente o reconhecimento das negociações coletivas e, para além, cita exemplos de direitos constitucionalmente previstos que podem ser objeto de negociação.

Com efeito, reconhecer e valorizar as composições coletivas – que decorrem da interpretação constitucional mais adequada – permite aos atores sociais disciplinarem da forma que melhor lhes atendam as condições específicas de trabalho. A relação coletiva existe para ser legítima e dinâmica, para complementar e ir além da previsão legal, exatamente diante de sua periodicidade e da liberdade das partes envolvidas.

A existência de sujeitos ativos que representem os trabalhadores de forma coletiva (sindicato) é medida constitucional histórica que equilibra as distorções de poder tradicionalmente caracterizadoras da relação empregado-empregador. Os sindicatos “foram uma consequência do individualismo liberal, levando os trabalhadores, em face da abstenção do Estado, a se unir para a defesa de seus direitos e reivindicações”⁵.

² Citem-se as considerações de Rodolfo Pamplona Filho e Claudio Dias Lima Filho: “Persistiu na disciplina constitucional de 1988 a afirmação meramente retórica da liberdade sindical, visto que, embora mais uma vez seja realçado esse direito (‘é livre a associação profissional ou sindical...’), as restrições posteriores (‘observado o seguinte...’) praticamente reduziram o princípio da liberdade sindical a pó: embora a Constituição tenha avançado ao consagrar relativa autonomia sindical, impedindo a intervenção e a interferência estatais nas atividades sindicais (art. 8º, inciso I), remanesceram as práticas da vedação de criação de novas entidades sindicais em razão da mesma base territorial e categoria (art. 8º, inciso II), da limitação de abrangência territorial mínima ao sindicato (mesmo art. 8º, II, parte final) e da imposição de contribuição sindical prevista em lei (art. 8º, inciso IV)” FILHO, Rodolfo Pamplona; FILHO, Claudio Dias Lima. *Pluralidade Sindical e Democracia*, 2ª Edição. São Paulo: LTR, 2013, p. 86.

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 5ª Edição. São Paulo: LTR, 2008. p. 40.

⁴ Segundo Mauricio Godinho Delgado, o princípio da autonomia sindical (...) sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata ele, portanto, da livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador. DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho e seus princípios informadores*. Revista do TST. Brasília, vol. 67, n.º 2, p. 79-98, abr/jun 2001.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. v. 2, 16ª Edição. São Paulo: LTR, 1996. p. 1038

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, interesse coletivo é aquele indivisível na sua vinculação homogênea a um grupo de pessoas⁶, cabendo às partes coletivas defendê-lo e dele dispor dentro dos limites constitucionais.

A negociação coletiva cria regras jurídicas que passam a reger os grupos representados, sendo verdadeira regulação normativa autônoma das relações de trabalho daquela categoria. A intenção do texto constitucional no ponto é, de fato, permitir que esses entes coletivos legítimos possam, por meio dessa tratativa, estipular não somente benefícios, mas obrigações mútuas que entendem ser as melhores diante da peculiaridade de sua atividade econômica e profissional e no contexto econômico-financeiro em que se encontram.

3 DECISÕES PARADIGMÁTICAS DO STF: REITERADO RECONHECIMENTO DA VONTADE DAS PARTES COLETIVAS

O ordenamento constitucional já havia pavimentado um caminho para o reconhecimento das negociações coletivas (artigos 7º, inciso XXVI), assim como para a autonomia da atividade sindical (artigo 8º). Não obstante, o STF, em sede de repercussão geral, quando do julgamento do RE n.º 590415⁷, reafirmou essas previsões (ainda que o recorte da tese tenha sido mais específico⁸).

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 57.

⁷ Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a auto composição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provisão do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”. (PROC STF RE 590415. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Pub. No DJE de 29/05/2015, com repercussão geral)

⁸ “Renúncia genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária” (Tema n.º 152).

A decisão afirmou que, em negociações coletivas, diante da existência de entes coletivos representativos, há paridade de armas⁹. Como consequência da isonomia das partes, os limites da autonomia individual não se aplicam, não havendo se falar em tutela judicial ampla das disposições de direitos e obrigações. Logo, a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas – ainda que bastante questionável¹⁰ – quando se entende aplicável, o faria apenas à esfera individual.

Para além, ao contrato coletivo aplicam-se os princípios gerais da lealdade, da boa-fé objetiva e da transparência; a aplicação das normas previstas; e sua potencial (e excepcional) anulação¹¹ – nos termos do artigo 422 do Código Civil¹² (força obrigatória da estipulação¹³ e a proibição do *venire contra factum proprium*¹⁴¹⁵).

A decisão consagrou também como fundamento das negociações coletivas o princípio da adequação setorial, que autoriza as partes coletivas a dispor da forma mais adequada sobre as particularidades que regem sua atividade econômica e profissional, sendo referido ordenamento autônomo aplicável em detrimento da norma heterônoma e geral. Nesse ponto a

⁹ Em trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 590415/SC: “(...) sindicato e empresa estão em igualdade de condições, têm as mesmas armas, portanto não há que se falar em hipossuficiência”.

¹⁰ Muito se debate sobre a possibilidade de serem superadas as amarras da irrenunciabilidade absoluta, mesmo na esfera individual. Pondera-se que o avanço da tutela da lei poderia dar espaço à autonomia dos empregados, hoje expostos a um outro nível de formação e informação que aquele disponível quando da publicação da Consolidação das Leis do Trabalho. Sobre o tema, cito reflexão de Nelson Mannrich, *Empregabilidade, Ocupação e Novas Formas de Trabalho*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 100, p. 103-119, jan. dez. 2005: “(...) O Direito do Trabalho deve apresentar-se tanto como instrumento protetor dos sujeitos mais débeis, como instrumento de convergência e integração entre as dimensões econômicas e sociais. Impõe-se reformular o atual modelo, que não se apresenta como racional(...)”.

¹¹ No tema, destaco trecho do voto do Ministro Relator, Luiz Roberto Barroso: “É relevante, ainda, para a análise do presente caso, o princípio da lealdade na negociação coletiva. Segundo esse princípio os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. **Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada**” – grifo nosso.

¹² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³ Também conhecido como princípio do *pacta sunt servanda* insculpido no artigo 101 do Código Civil: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

¹⁴ Sobre o tópico, destaco trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “a observância do *pacta sunt servanda* e, também, de um princípio de lealdade negocial - que Vossa Excelência manifestou -, no sentido de que não se pode agir contra fato próprio, a famosa fórmula de que não se pode *venire contra factum proprium*. Quer dizer, a tutela aqui vai - usando uma expressão muito cara ao ministro Marco Aurélio - a um limite demasiadamente largo ao pretender, realmente, tutelar este trabalhador, mas fortalecendo uma **atitude de deslealdade negocial**” – grifo nosso.

¹⁵ A entidade sindical que anuiu de forma regular a uma contratação coletiva não poderia, no futuro, voltar-se contra ela, requerendo à Justiça do Trabalho que a anule – ambas atitudes lícitas, mas absolutamente contraditórias. Não haveria que se falar sequer na reserva mental, uma vez que se trata de pessoa não natural, constituída para representar os empregados na negociação coletiva (sobre a reserva mental, cito trecho do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki: “[...] afirmar que a reserva mental seja um princípio do Direito do Trabalho ou do Direito Coletivo do Trabalho atua contra o fortalecimento do próprio Direito Coletivo do Trabalho, que está expressamente consagrado na Constituição. Isso, portanto, é contra o interesse dos próprios trabalhadores”).

decisão convalidou que o limite da negociação coletiva está na redução de parcelas de indisponibilidade absoluta.

Estabelecidas as premissas, a decisão tem como conclusão a reafirmação dos princípios constitucionais já vigentes, deixando expresso que nem mesmo normas infraconstitucionais seriam necessárias para a concretização do direito constitucional, traçando-se novos limites dentro dos quais a anulabilidade das cláusulas coletivas deve permanecer.

Mesmo diante da clareza das premissas assentadas no precedente acima, em 2019, o Plenário Virtual do STF reconheceu a existência de repercussão geral no ARE n.º 1121633/GO, que também versa sobre validade de negociação coletiva¹⁶ e, no mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. O Ministro relator, então, concedeu recorte mais amplo à tese a ser definida¹⁷ e instaurou-se receio de revisão do posicionamento anterior e de autorização velada para que fossem retomadas decisões restritivas sobre a autonomia coletiva (já que não foi aplicado o precedente)¹⁸.

Em que pese a insegurança relatada, o STF, no mérito, reafirmou as premissas já assentadas, agora no bojo de um julgamento em sede de repercussão geral que trata de toda e qualquer negociação coletiva, e que se imagina tenha consolidado a hermenêutica constitucional sobre a temática. Apesar de o acórdão estar pendente de publicação¹⁹, é importante descrever (em transcrição livre das manifestações em Plenário) os fundamentos dominantes no julgamento.

O relator em seu voto mencionou que o constituinte estabeleceu uma margem de negociação entre os empregadores e trabalhadores e, com isso, definiu os limites negociais de modo a conceder certa amplitude ao acordado, ao tempo que garantiu direitos essenciais aos trabalhadores. No mesmo sentido, asseverou que o constituinte teve clara intenção de privilegiar a força normativa dos acordos e convenções coletivas do trabalho e, por isso, diminuir a autonomia das partes coletivas para deliberar sobre as suas próprias condições de trabalho (promovendo a anulação seletiva daquilo que foi determinado entre forças econômicas e profissionais autônomas) representa, por vias transversas, uma espécie de reedição da tutela do Estado sobre os Sindicatos.

¹⁶ Processo que versa sobre a validade de cláusula de acordo coletivo que, ao tempo que prevê a faculdade de a empresa fornecer o transporte aos empregados, suprime o pagamento do respectivo tempo de percurso.

¹⁷ Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente.

¹⁸ Referido receio foi fundamento para que se suspendessem todos os processos que tratam sobre a matéria até o julgamento definitivo do feito (artigo 1035, §5º do CPC – decisão publicada em 01/08/2019).

¹⁹ Até a data de submissão do presente trabalho – 08/08/2022.

Descreveu-se ainda que, com a autonomia das negociações coletivas, o constituinte evitou a imposição unilateral do poder estatal e, em decorrência disso, a eventual intervenção deve se dar de forma excepcional e eventual. Na hipótese da anulação de previsões coletivas, estabeleceu-se a necessidade do atendimento de três balizas mínimas (com base no princípio da equivalência entre as partes e da inaplicabilidade do princípio protetivo ou da primazia da realidade): (i) inviabilidade de interpretação de convenções e acordos coletivos com fundamentos em princípios do direito individual do trabalho; (ii) aplicabilidade da teoria do conglobamento no direito coletivo do trabalho²⁰; e (iii) a redução ou a limitação dos direitos trabalhistas por acordos coletivos deve, em qualquer caso, respeitar os direitos absolutamente indisponíveis e constitucionalmente assegurados, em equilíbrio com o princípio da adequação setorial negociada.

Ainda que não verse pontualmente sobre livre negociação, um terceiro julgado relevante na construção dos mencionados pilares foi o da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º 323. A referida ação teve como objeto a Súmula n.º 277 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)²¹, que, em sua redação mais recente, conferia às normas coletivas efeito prospectivo, impondo sua validade para além de sua vigência - até que nova negociação fosse entabulada. Em mais um julgamento o STF reafirma as premissas da liberdade e da legitimidade das partes coletivas, fixando de forma clara que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 ao utilizar-se da expressão “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” apenas previu limites ao poder normativo da Justiça do Trabalho (uma competência que deve ser lida de forma residual no sistema sindical constitucional)²².

²⁰ Teoria que prevê que acordos e convenções coletivas são frutos de concessões mútuas, não sendo possível (i) sua anulação parcial, em desfavor de um dos acordantes, e (ii) seu exame de forma individual e isolada, desconsiderado o conjunto de contraprestações firmados na inteireza do documento.

²¹ Súmula n.º 277 do TST. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - SÚMULA CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUSPensa NOS TERMOS DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DO PROCESSO STF-ADPF N.º 323/DF, REL. MIN. GILMAR MENDES - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Histórico:

Súmula alterada - redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009) - Res. 161/2009, DEJT 23, 24 e 25.11.2009.

N.º 277 Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei n.º 8.542, revogada pela Medida Provisória n.º 1.709, convertida na Lei n.º 10.192, de 14.02.2001.

Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Redação original - Res. 10/1988, DJ 01, 02 e 03.03.1988. N.º 277 Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho.

As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

²² Trecho da minuta de voto do Ministro relator, Gilmar Mendes, disponibilizada quando do julgamento no Plenário Virtual: “o vocábulo introduzido pela EC 45/2004 é **voltado a delimitar o poder normativo da Justiça do Trabalho**. Na hipótese de não ser ajuizado dissídio coletivo, ou não firmado novo acordo, a convenção automaticamente estará extinta. Daí se percebe que o espírito do legislador constituinte passou longe da ideia de suposta revitalização do princípio da ultratividade da norma coletiva. Deduzir-se o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se - de onde não há - interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja”. Grifo nosso.

Ao julgar procedente a ação, a Corte Constitucional reconheceu mais uma vez o necessário dinamismo da negociação coletiva, reafirmando que, na ausência do instrumento da categoria, os trabalhadores não permanecem desprotegidos, sendo a eles aplicáveis os parâmetros gerais e abstratos do direito do trabalho vigentes²³. Da mesma forma, estabeleceu que a vigência indeterminada das disposições negociadas atua como verdadeiro desestímulo a novas tratativas, pela perspectiva de ambas as categorias envolvidas (seja a categoria econômica – que teme a incorporação de novas cláusulas; seja a categoria profissional – que não necessariamente adere a novas composições diante da garantia de manutenção das anteriores)²⁴.

Percebe-se, pelas curtas notas acima, que em mais uma oportunidade a Corte Constitucional reiterou as premissas que já decorriam da letra da Carta, do precedente anterior, e da letra da lei ordinária, consolidando um sistema que confere às partes coletivas a liberdade e a segurança necessárias para sua atuação e para a representação adequada de suas categorias. Ainda assim, como se verá no próximo item, a Justiça do Trabalho manteve a tendência intervencionista e o espírito de tutela exógena dos interesses autônomos e coletivos.

4 A MANUTENÇÃO DA PERSPECTIVA INTERVENCIONISTA DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA²⁵

A Justiça do Trabalho possui papel fundamental na pacificação de conflitos da relação de trabalho individual e da relação coletiva. Os princípios constitucionais e de direito que regem a atuação jurisdicional sofrem significativa mudança com relação aos últimos, situação na qual deve subsistir o esforço histórico e constitucional de conceder autonomia às partes envolvidas. Julgamentos que desconsiderem essas garantias, desvinculados do ordenamento constitucional, tendem a conter uma interpretação repleta de argumentos emocionais²⁶

²³ Vale mencionar que o sistema de proteções e garantias normativas sobre direito do trabalho no Brasil é profícuo, havendo vasto cabedal de normas e obrigações que vinculam todos os empregadores.

²⁴ Trecho da minuta de voto do Ministro relator, Gilmar Mendes disponibilizada quando do julgamento no Plenário Virtual, em que cita opinião de Sérgio Pinto Martins: “(...) indica que a incorporação das normas coletivas ao contrato individual de trabalho implica obstar novas negociações coletivas e estimular que o empregador dispense aqueles trabalhadores que tenham cláusulas incorporadas em seus contratos de trabalho, a fim de admitir outros, com benefícios inferiores. Para ele, trata-se de situação que tende a diminuir a viabilidade da negociação coletiva e a aumentar os dissídios coletivos”.

²⁵ Importante mencionar que ainda não há tempo hábil para que se constate a existência de decisões que afastem o mais novo precedente da Suprema Corte (ARE n.º 1121633/GO), por se tratar de julgado recente. No entanto, pelo recorte temporal da pesquisa de jurisprudência, pode-se perceber que se mantém a tendência restritiva, mesmo após a publicação do primeiro precedente (RE n.º 590415/SC) e da vigência da Lei n.º 13.467/2017.

²⁶ Sobre o tema, cite-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 323, disponibilizado quando do julgamento no Plenário Virtual: “Trata-se de autêntica jurisprudência sentimental, seguida em moldes semelhantes à adotada pelo bom juiz Magnaud. Magistrado do Tribunal de primeira instância de Château-Thierry, na França, no qual atuou de 1889 a 1904, passou a ser conhecido como o bom juiz por amparar mulheres e menores, por atacar privilégios, por proteger plebeus, ao interpretar a lei de acordo com classe, mentalidade religiosa ou política das partes. Em suas decisões, o bom juiz Magnaud não jogava com a Hermenêutica, em que nem falava sequer. Tomava atitudes de tribuno; usava de linguagem de orador ou panfletário; empregava apenas argumentos humanos sociais, e concluía do alto, dando

(ou ideológicos) que agudizam as disfunções do exercício jurisdicional²⁷, pois desconsideram os limites previstos, sem que se disponham à nova estruturação abstrata de referenciais.

No que se refere à autonomia coletiva, é recorrente a premissa da não existência de um sindicalismo forte e legítimo o bastante no Brasil para que se possa reconhecer as negociações coletivas, ou ainda o negociado sobre o legislado²⁸. Essa premissa, por si só, já é suficiente para esvaziar as principais garantias afetas à atuação sindical²⁹.

Desconsiderar ou mitigar comandos constitucionais da autonomia coletiva resulta em uma jurisprudência trabalhista diametralmente oposta aos paradigmas do STF, pois impõe perspectiva de restrição à vontade coletiva; de imposição de anulações unilaterais; e do estabelecimento de normas heterônomas e abstratas que desconhecem a adequação setorial, como se verifica da pesquisa jurisprudencial³⁰:

razão a este ou àquele sem se preocupar com os textos' (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68)".

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 35-36.

²⁸ Apenas como exemplo, citem-se as seguintes manifestações:

1) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Lelio Bentes Corrêa: "sem sombra de dúvidas a estrutura sindical brasileira precisa ser revista. Precisamos ter entidades sindicais verdadeiramente representativas" - ROVER, Tadeu; GRILLO, Breno. Especialistas defendem reforma sindical antes da trabalhista. *Consultor Jurídico*. 25 de jul. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/reforma-sindical-vir-antes-trabalhista-dizem-especialistas>. Acesso em: 12 dez. 2016.

2) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Luiz Philippe Vieira de Mello Filho: "Temos que assegurar um pluralismo para que, se eu assinar um acordo que não seja bom para a categoria, eu não mais os represente. Eu posso ter a constituição de uma outra chapa, outro segmento, que vá fazer um acordo melhor. Então não é democrático" - Sindicato no Brasil virou negócio, diz Dalazen. *Consultor Jurídico. Páginas Amarelas*. 18 de dez 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-dez-18/presidente-tst-brasil-estrutura-sindical>. Acesso em 03 de jan. 2016.

²⁹ Destaque-se nesse ponto que a única interferência estatal reconhecida com relação ao reconhecimento de sindicatos é afeta ao registro sindical, de competência do Ministério do Trabalho, que tem como único fim o resguardo da unicidade sindical, conforme artigo 8º, inciso I da Constituição e Súmula n.º 677 do Supremo Tribunal Federal: "Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade".

³⁰ Outros julgados relevantes:

1) EMBARGOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. JORNADA EFETIVA DE 40 HORAS SEMANAIS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA DE APLICAÇÃO DO DIVISOR 220. DIVISOR APLICÁVEL. Não se reconhece validade a cláusula do acordo coletivo que estabeleceu a adoção do divisor 220 para o cálculo das horas extraordinárias ao empregado submetido a uma jornada de trabalho de quarenta horas semanais. Precedentes da c. SDI. Embargos conhecidos e providos. (PROC E-ARR - 1563-33.2012.5.09.0325. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, pub. no DEJT de 08/05/2015)

2) "(...) B) RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO DE HÓTEIS E RESTAURANTES DE BELÉM E ANANINDEUA - SHORES. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. CLÁUSULA 20ª - SUBSTITUIÇÃO. (...) De qualquer forma, como se pode observar, a jurisprudência trabalhista, bem como a legislação heterônoma, não sugere qualquer restrição ao direito do salário isonômico do trabalhador que substitui um colega em cargo de remuneração superior, desde que a substituição seja provisória ou interina e que haja efetiva elevação das responsabilidades. A par disso, não pode a negociação coletiva limitar o direito do empregado substituído (ao salário do substituído) a um número definido de dias, na medida em que o período dessa substituição, evidentemente, variará caso a caso. Por essa razão, deve ser mantida a decisão do TRT que declarou a nulidade da cláusula em análise, a qual determinou que "o empregado que substituir outro com salário maior só fará jus a diferença se o período de substituição não ultrapassar 40 dias", e ainda vedou a "substituição por período de tempo maior que 60 dias". Recurso ordinário desprovido, no aspecto. 2. CLÁUSULA 24ª - JORNADA DE TRABALHO (DESCANSO SEMANAL REMUNERADO E COINCIDÊNCIA COM O DOMINGO). (...) **Infere-se, portanto, que a Cláusula 24ª, em exame, na parte em que autoriza a concessão do repouso semanal remunerado nos domingos apenas uma vez a cada cinco semanas, de fato, não encontra respaldo na ordem jurídica nacional, que consagrou como direito constitucional o repouso semanal aos domingos de maneira preferencial, e não residual.**

(...) RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. PRÊMIO PRODUTIVIDADE. NATUREZA JURÍDICA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

1. Conforme se extrai do quadro fático delineado pela Corte de origem, devidamente transcrito na decisão embargada, o prêmio produtividade foi estabelecido em norma coletiva – que previa a natureza indenizatória da parcela –, em substituição às comissões, até então pagas com natureza salarial. **2. Conquanto o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República consagre o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, daí não se extrai autorização para a negociação de direitos indisponíveis do empregado, assim como se dá em relação à atribuição remuneratória conferida à parcela, por força do que dispõe o artigo 457, cabeça, da Consolidação das Leis do Trabalho. Desse modo, o instrumento coletivo mediante o qual se estabelece como indenizatória a parcela “prêmio produtividade” resulta flagrantemente inválido.** 3. O reiterado entendimento sedimentado no âmbito da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte superior, em compasso com os termos da Súmula n.º 209 do Supremo Tribunal Federal, orienta-se no sentido de que o prêmio pago por produtividade, ainda que tenha a sua percepção condicionada aos esforços e rendimentos do empregado, não pode ser suprimido unilateralmente, ou seja, detém natureza indisponível e, portanto, revela-se insuscetível de negociação coletiva a definição de sua natureza jurídica. 4. Recurso de embargos conhecido e não provido. (PROC E-RR - 1110-97.2012.5.09.0661. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, pub. no DEJT de 15/05/2015)

Julgados da SDC e da SBDI-1/TST. Recurso ordinário desprovido. (...) (RO-388-31.2015.5.08.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 15/02/2019). Grifos nossos.

3) “AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULAS DE ACORDO COLETIVO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. PRAZO MÁXIMO LEGAL. FLEXIBILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A ordem jurídica reconhece ao salário caráter essencialmente alimentar, deferindo à parcela, em consequência, o mais notável universo de proteções que pode formular em contraponto com outros direitos e créditos existentes. Nesse sentido, estabelece critérios objetivos concernentes ao pagamento do salário, entre os quais a regra referente ao prazo máximo para pagamento da parcela. **Esse prazo situa-se no 5º dia útil seguinte ao mês de referência do salário (o art. 459, parágrafo único, CLT, fala em quinto dia útil do mês subsequente ao vencido) e configura um direito revestido de indisponibilidade absoluta, de objetivos vinculados às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.** Nesse contexto, não se permite, mesmo por meio de norma coletiva, estender o prazo máximo de pagamento dos salários. A propósito, a imperatividade irrestrita de todas as fórmulas legais de proteção ao salário - incluindo-se, por óbvio, o disposto no art. 459, § 1º, da CLT, - decorre de mandamento constitucional expresso no art. 7º, X, da CF, reafirmado pelo novo dispositivo celetista do art. 611-B, VII, da CLT. Recurso ordinário desprovido” (ROT-294-27.2019.5.23.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 29/04/2022). Grifo nosso.

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. SINDESP. **A vontade dos seres coletivos, manifestada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, encontra limite nas normas heterônomas de ordem cogente, que tratam de direitos absolutamente indisponíveis.** Compete à Justiça do Trabalho, por meio dos seus Tribunais, apreciar o teor das normas firmadas em instrumento normativo autônomo, que são submetidas a seu crivo, em face do ordenamento jurídico vigente. E, se for o caso, extirpar do diploma negociado pelos seres coletivos as regras que retiram direitos assegurados por norma estatal de caráter indisponível. Recurso ordinário parcialmente provido. (...) (PROC RO - 10091- 54.2013.5.08.0000. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, pub. no DEJT de 22/03/2016) Grifo nosso.

“I) RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA - CLÁUSULA RELATIVA ÀS HORAS IN ITINERE - IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO POR NORMA COLETIVA - DESPROVIMENTO, COM RESSALVA DE ENTENDIMENTO. (...) 3. In casu, o 8º Regional julgou procedente o pedido deduzido na presente ação, para anular a cláusula 17ª do Acordo Coletivo de Trabalho de 2016/2017, que trata das horas in itinere, porquanto suprimiu o pagamento das horas de percurso, sem a concessão de vantagem específica aos empregados, o que vai de encontro ao Verbete 53 daquele Tribunal. 4. No entanto, **em que pese a clareza da Constituição Federal e a voz do Supremo Tribunal Federal, esta Corte tem se posicionado contrária à flexibilização das horas in itinere, razão pela qual o apelo não merece provimento, no aspecto, com ressalva de entendimento deste Relator.** (...)” (RO-231-87.2017.5.08.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 17/10/2018). Grifo nosso.

“RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CALÇADOS, COMPONENTES PARA CALÇADOS E VESTUÁRIO DE TRÊS COROAS. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. AÇÃO ANULATÓRIA. 1. CLÁUSULA 20ª - COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO DE TRABALHO. ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, “CAPUT” e 225.

CONVENÇÃO 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO. (...) **No caso de atividades insalubres, para regularidade da prorrogação da jornada, é necessário que seja dada licença prévia da autoridade competente em matéria de higiene e saúde (art. 60 da CLT). Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista imperativo e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal.** (...) (RO-22253-87.2016.5.04.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 04/04/2019). Grifo nosso.

As decisões não apenas utilizam parâmetros diversos dos paradigmas da Suprema Corte, como também expressamente afastam sua aplicação³¹. Ainda que se reconheça que o TST, ao julgar os processos de sua competência, possui legitimidade para estabelecer distinções de incidência dos precedentes da Corte Constitucional, o que se observa é o reiterado posicionamento jurisprudencial em sentido contrário àquele já pacificado. Trava-se verdadeira sistemática de oposição (mais ou menos expressa) àquilo já definido pela Corte Constitucional³².

Há um outro fator relevante quando se trata de jurisprudências colidentes – nem sempre passíveis de uniformização³³. A atuação jurisdicional tem como fim precípua a pacificação de conflitos, de forma a garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, que passam a ter

³¹ “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. ACORDO COLETIVO. EXCLUSÃO DA JORNADA DE TRABALHO E DO CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. (...)

1. Em sistemas jurídicos fundados em valores morais ou éticos, a autonomia privada não é absoluta;

2. Os precedentes do STF, como os precedentes em geral, não comportam leitura e classificação puramente esquemáticas, como se em seus escaninhos se acomodassem, vistos ou não, todos os fragmentos da realidade factual ou jurídica. Para além das razões de decidir, acima enumeradas, cabe registrar que os precedentes do STF (RE 590.415/SC e RE 895759/PE) que enlevam a autodeterminação coletiva cuidam de situações concretas nas quais a Excelsa Corte enfatizou a paridade de forças que resultaria da participação de sindicato da categoria profissional, não se correlacionando com caso, como o dos autos, em que o Tribunal Regional do Trabalho constata não ter havido qualquer contrapartida, sob as vestes da negociação coletiva, para compensar a renúncia de direito pelos trabalhadores. Embargos conhecidos e não providos” (E-RR-205900- 57.2007.5.09.0325, Tribunal Pleno, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 03/02/2017).

³² Sobre a atuação de certo modo resistente e ativista da Justiça Especializada, cite-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 323, disponibilizado quando do julgamento no Plenário Virtual: “A Corte trabalhista, em sessão para definir quais súmulas e orientações suas deveriam ser alteradas ou atualizadas, conseguiu a façanha de não apenas interpretar arbitrariamente norma constitucional, de modo a dela extrair o almejado, como também de ressuscitar princípio que somente deveria voltar a existir por legislação específica”.

³³ Não é toda decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho que poderá ser objeto de revisão pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, a tendência (com o instituto da repercussão geral) é que o Supremo atue como tribunal de teses constitucionais, e não como mais uma corte de revisão. Essa circunstância faz com que tenhamos a última palavra nas mãos do TST, com sua visão mais restritiva da negociação coletiva, em flagrante contradição com os posicionamentos do STF.

ciência da interpretação que se confere a determinado dispositivo, causa fundante do conflito. Com posicionamentos diametralmente distintos sobre a mesma matéria, instaura-se uma situação de insegurança jurídica e, mais grave, pode-se fragilizar a atuação autônoma dos próprios sindicatos.

Em não havendo previsibilidade ou precauções que evitem que determinada estipulação coletiva legítima seja desconstituída pelo Poder Judiciário, condena-se ao desequilíbrio um instrumento validamente constituído pelas partes.

5 CAMINHOS DE AVANÇO: A RESPONSABILIDADE DOS ATORES SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Percebe-se, logo, que há uma atuação no sentido de pacificar o tema por parte da Corte Constitucional, ainda que a Justiça do Trabalho tenha mantido sua tendência restritiva. Nesse contexto, é muito comum que as partes coletivas (sindicatos e empregadores – signatários de acordos coletivos) se mantenham num impasse, sem a possibilidade ou o impulso de avançar nas negociações.

Com as premissas da liberdade de negociação (resguardados os direitos indisponíveis – aqui concebidos como aqueles previstos na Constituição), da relevância da adequação setorial e da garantia do prazo determinado dos instrumentos coletivos, é preciso que os avanços sejam consolidados por meio da construção de pautas mais complexas e mais abrangentes. Diante da solução constitucional para alguns dos principais entraves da negociação coletiva, a tônica, até mesmo para oportunizar a revisão da jurisprudência trabalhista, deve ser, no momento, de mais diálogo e, por que não, coragem.

Em que pese reconheça-se a dificuldade do consenso – notadamente diante dos entraves relacionados ao custeio (e à negociação de contribuições e taxas) – é preciso aprofundar o diálogo e desvincular-se da tutela judicial, sob pena de se perderem os relevantíssimos marcos alcançados com as decisões do STF. Caso não se exercitem a criatividade e a ousadia no entabulamento de novas previsões negociadas, dificilmente a jurisprudência trabalhista irá se conformar aos paradigmas constitucionais.

O estabelecimento de novos benefícios, relacionados, por exemplo, à formação profissional (podendo ser inclusive ajustados em parceria com SENAI e IEL, por exemplo), ou a negociação conjunta de novas formas de custeio (como taxas para a homologação da rescisão

contratual ou para a emissão do termo anual de quitação³⁴) são medidas urgentes para que se realinhem os precedentes uniformes das Cortes trabalhistas.

Atualmente, os precedentes do TST aplicam verbetes já superados pela legislação superveniente (e pela própria tônica constitucional)³⁵ – ainda que alguns ministros façam ressalva de entendimento pessoal³⁶. Apenas mediante a imposição de oportunidades para revisão desses entendimentos é que se alcançará a necessária revisão da jurisprudência restritiva trabalhista.

Mesmo diante de decisões restritivas, é possível verificar pontos de avanço na jurisprudência, que conferem (somados à jurisprudência constitucional e tônica legal) maior segurança. Como exemplo, cite-se: (i) o reconhecimento de validade de cláusula que estabeleceu cobrança aos empregadores de quarenta reais por termo de quitação anual de obrigações trabalhistas – ainda que mediante presunção de defesa de interesses dos empregados, supera

³⁴ Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

³⁵ “RECURSO ORDINÁRIO SINDICAL EM AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - CLÁUSULAS INSTITUIDORAS DE CONTRIBUIÇÕES NEGOCIAIS E **TAXA DE HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL** - VEDAÇÃO DOS PRECEDENTE NORMATIVO 119 E **ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS 16 E 17 DA SDC DO TST E TESE DO TEMA 935 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF - DESPROVIMENTO**. 1. O Precedente Normativo 119 e a Orientação Jurisprudencial 17 da SDC do TST, bem como a tese fixada para o Tema 935 de repercussão geral do STF, são claros ao vedar a instituição de contribuições negociais em normas coletivas de trabalho, aplicando-as aos trabalhadores não sindicalizados. Por outro lado, a Orientação Jurisprudencial 16 da SDC do TST veda a criação, em norma coletiva, de taxa de homologação de rescisão contratual. 2. No caso dos autos, o Regional, com base nesse arcabouço jurisprudencial e nos arts. 5º, XX, e 8º, V, da Constituição Federal, acolheu a ação anulatória do Ministério Público, para declarar a nulidade das cláusulas que versavam sobre cobrança de empresas não associadas à entidade patronal de contribuição para manutenção das atividades sindicais patronais, cobrança de empregados não filiados de contribuições negociais e taxas de fortalecimento sindical em prol dos sindicatos profissionais, e cobrança de taxa para assistência na homologação da rescisão contratual. 3. Estando a decisão regional em consonância com a jurisprudência pacificada do TST e do STF, deve ser mantida. Recurso ordinário desprovido” (ROT-11934-48.2020.5.03.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 26/08/2021). OJ 16 SDC/TST. **TAXA DE HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. ILEGALIDADE. (inserida em 27.03.1998)**. É contrária ao espírito da lei (art. 477, § 7º, da CLT) e da função precípua do Sindicato a cláusula coletiva que estabelece taxa para homologação de rescisão contratual, a ser paga pela empresa a favor do sindicato profissional.

³⁶ RO-231-87.2017.5.08.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 17/10/2018 já citado.

entendimento restritivo sobre custeio³⁷; (ii) a validade de recortes às horas *in itinere*³⁸; e (iii) a validade de negociação sobre a jornada ininterrupta de trabalho³⁹.

³⁷ “AÇÃO ANULATÓRIA DE NORMA COLETIVA AUTÔNOMA. RECURSO ORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 1) CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA - TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. A Cláusula 24ª, impugnada pelo MPT, cria, no âmbito das relações de trabalho por ela abrangidas, o procedimento de produção de termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, a ser concedido pelo sindicato dos trabalhadores. (...) O documento deverá discriminar as obrigações de dar e fazer cumprida ao longo dos meses, fazendo constar a quitação anual conferida pelo empregado, “com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas” (parágrafo único do art. 507-B da CLT). (...) Nada obstante, referido instituto prestigia claramente o interesse patronal, uma vez que a sua finalidade é isentar o empregador de eventuais demandas relativas a parcelas pleiteadas pelos trabalhadores por eventual inadimplemento no curso do contrato de trabalho. A elaboração do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, portanto, constitui uma faculdade conferida ao empregador, não sendo ele obrigado a provocar o sindicato a produzi-lo. No caso em análise, discute-se se a norma coletiva autônoma, que instituiu o procedimento de produção de termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, seria válida, considerando que estabeleceu a cobrança de R\$40,00 pelo serviço prestado pelo sindicato, relativamente aos empregados não filiados. De acordo com o aqui exposto, a primeira constatação é que a cobrança de R\$40,00 pelo serviço prestado pelo sindicato é direcionada apenas aos empregadores, e não aos empregados, os quais não são os legitimados a provocar o procedimento, tampouco têm real interesse na produção do documento. (...) Por essas razões, a Cláusula 24ª, e consequentemente a cobrança pelo serviço de produção do “termo de quitação anual de débitos”, feita aos empregadores e relativa apenas aos empregados não filiados, respeita o ordenamento jurídico, não se tratando de mera subvenção do sindicato patronal para o ente sindical obreiro. Abstratamente considerada, a cláusula revela-se coerente com o atual contexto jurídico trabalhista. Recurso ordinário desprovido. (...) (ROT- 732-70.2019.5.08.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Redator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 24/02/2022).

³⁸ “HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. No julgamento do ARE nº 1.121.633/GO (tema de repercussão geral nº 1046), o Excelso STF definiu que “são constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”. As horas *in itinere* são um direito tipicamente disponível, sendo válida, portanto, a norma coletiva que as suprime ou restringe.” (Processo Nº ROT-0000076-85.2012.5.03.0069 – 3ª Reg. – 2ª. T. – Relator Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo – DEJT-MG 06.07.2022, pag. 1006)

³⁹ “RECURSO ORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - DISSÍDIO COLETIVO REVISIONAL AFORADO PELO SINDICATO OBREIRO, SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/17 - ACORDO HOMOLOGADO PELO TRT DA 4ª REGIÃO, COM RESSALVAS DO PARQUET - PLEITO DE EXCLUSÃO DA CLÁUSULA 10ª ALUSIVA À JORNADA DE TRABALHO - POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO POR NORMA COLETIVA - EXISTÊNCIA DE VANTAGENS COMPENSATÓRIAS - ADEQUAÇÃO DA REDAÇÃO DA CLÁUSULA EM APREÇO AO DISPOSTO EXPRESSAMENTE NO ART. 611-A, III, DA CLT - PROVIMENTO PARCIAL. 1. O art. 7º, XXVI, da CF estabelece o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas de trabalho, permitindo, inclusive, a redução dos principais direitos trabalhistas, concernentes ao salário e à jornada de trabalho. 2. A Lei 13.467/17, da reforma e modernização da legislação trabalhista, aplicável aos contratos vigentes a partir de 11/11/17, veio a traçar parâmetros específicos do que se pode (15 hipóteses), ou não (30 hipóteses), negociar e flexibilizar, em relação à legislação trabalhista (CLT, arts. 611-A e 611-B), inclusive no que respeita ao intervalo intrajornada, e nela também foi explicitada a teoria do conglobamento, bem como a natureza não ligada à medicina e segurança do trabalho das normas ligadas à jornada de trabalho. (...) 4. A matéria em apreço se resolve pela observância das disposições constitucionais e da novel legislação trabalhista, considerada, ainda, a *ratio decidendi* do precedente STF-RE 590.415-SC (Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/04/15) no sentido de se respeitar a autonomia negocial coletiva, nos termos do art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF, nas ações anulatórias de cláusulas de ACT/CCTs, estabelecendo os parâmetros a serem seguidos em matéria de negociação coletiva, fixando a tese geral de que deveria ser respeitada a vontade coletiva dos trabalhadores e empregadores, plasmada em instrumentos normativos negociados, em face do princípio da boa-fé. (...) 7. Por fim, não há de se falar na suposta afronta à Súmula 437 do TST, uma vez que: a) as suas disposições regem situação preterida à vigência da Lei 13.467/17, o que não se amolda ao presente caso, em que as cláusulas convencionais foram homologadas judicialmente em 18/03/19, daí porque tenho por constitucionalmente válida a cláusula 10ª da CCT em apreço, desde que adaptada à Lei 13.467/17; b) a Súmula 437, II, do TST contraria o precedente vinculante do STF, ao considerar infensa à negociação coletiva norma da CLT disciplinadora de jornada de trabalho. 8. No entanto, em que pese a possibilidade de flexibilização, *in casu*, merece ser dado provimento parcial ao recurso, determinando-se a adequação da redação da Cláusula 10ª da CCT em apreço, ao disposto no art. 611-A, III, da CLT, garantindo-se o intervalo intrajornada de 30 (trinta) minutos. Recurso ordinário provido em parte” (RO- 22003-83.2018.5.04.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 04/11/2019).

Não será sem essa postura de coragem e estímulo ao engajamento que os atores coletivos poderão avançar, na prática, na garantia histórica que já lhes é conferida pelo texto constitucional. Em grande medida, a posição de inação das partes coletivas é estimulada pelo sistema de desconfiança e falta de legitimidade que, como já mencionado, permeia o imaginário dos intérpretes e dos legitimados do sistema sindical brasileiro. Talvez não haja melhor momento para avançar nesse debate, reafirmando a defesa e a tutela autônoma e coletiva, colocando à prova as balizas estipuladas pela Suprema Corte, e propiciando sejam desenhados – com a devida restrição – os cenários em que é adequada e necessária a atuação do Ministério Público do Trabalho e a tutela jurisdicional do Poder Judiciário.

6 CONCLUSÃO

Numa perspectiva democrática, é preciso retomar, na atividade de interpretar as leis, os parâmetros legítimos contidos na Constituição, que privilegiam a representatividade popular na estipulação de regras sociais. Em que pese o sedutor argumento de que os integrantes do Poder Judiciário saberiam de forma mais técnica e adequada o que se deveria aplicar ou não à determinada realidade social, escolha política diversa já foi tomada com a Constituição de 1988⁴⁰.

Ainda que se questione a eficiência do Poder Legislativo em satisfazer as novas demandas sociais (supostas demandas sociais, uma vez que se não reconhece um coletivo homogêneo universal e legítimo que as defenda), é apenas dele, histórica e tradicionalmente, a competência ordinária para legislar. Esvaziar essa prerrogativa tem como consequência indireta reneegar a segundo plano a representatividade popular⁴¹.

A decisão judicial ativista, eivada de fundamentos não universais, torna-se ainda mais negativa se considerarmos, na perspectiva deste estudo, os direitos coletivos do trabalho. Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, o interesse coletivo não é público, é privado e ao sindicato cabe a sua defesa⁴².

⁴⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição** – grifo nosso.

⁴¹ Importante dividir aqui as previsões legais vigentes dos juízos de valor referentes a questões fáticas na sua aplicação. Ainda que tenhamos um Poder Legislativo que passa por uma crise de legitimidade, é sim dele o papel constitucional de legislar.

⁴² (...) [o sindicalismo] é um componente indispensável do Estado de Direito e uma instituição que se encontra diante de um desafio provocado pelas enormes transformações pelas quais passam as relações de trabalho. Uma democracia é adulta quando tem condições de preservar a liberdade sindical, princípio maior da teoria da organização sindical, fruto de longa evolução das ideias e das estruturas sociais e políticas, cujas origens remotas são encontradas nas corporações de ofício medievais. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 58.

Não é razoável manter-se (diante de todo o sistema constitucional já posto) uma perspectiva judicial de intervenção e tutela de interesses que devem ser definidos e defendidos por seus titulares (diretamente ou por meio de seus representantes). A ideia de que disposições reputadas não benéficas (isoladamente) devem sempre ser anuladas pelo Poder Judiciário não contribui para a evolução e o amadurecimento do debate social e da participação da categoria no desenvolvimento de suas próprias pautas⁴³. Da mesma forma, cabe às partes coletivas negociantes e signatárias respeitarem e cumprirem as obrigações acordadas, inspirando o desenvolvimento de uma atuação sindical responsável.

A intervenção na autonomia coletiva não inspira o desenvolvimento da referida responsabilidade dos atores sociais envolvidos na construção da negociação. A certeza da tutela judicial favorável induz a inação dos sindicatos profissionais supostamente beneficiados e a desconfiança dos sindicatos da categoria econômica (e os próprios empregadores), colaborando para o enfraquecimento do sistema sindical e de sua representatividade⁴⁴.

Nesse contexto, é imperioso que se supere a noção de que a Justiça do Trabalho desempenha adequadamente seu papel quando reiteradamente valora e anula disposições coletivas. É fundamental que se estabeleçam limites hermenêuticos objetivos dentro dos quais deverá se avaliar a excepcional possibilidade de anulação de condições de trabalho livremente estipuladas pelas partes. Para tanto, é preciso que o exercício do intérprete julgador não se atenha à mera alegação de violação a princípios inespecíficos, ou de suposto prejuízo a uma das partes, mas dedique-se ao estabelecimento do que é de fato indisponível (baseando-se no rol de direitos constitucionais) e ao reconhecimento da autonomia coletiva, nos termos em que previsto na Constituição Federal e já repetidas vezes reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, cabe aos atores sociais, num exercício de diálogo e composição, consolidarem os avanços trazidos pela jurisprudência constitucional. Ainda que se reconheça existirem atualmente entraves à composição coletiva, relacionados à receita das entidades sindicais e

⁴³ Cito trecho do voto do relator, Ministro Luiz Roberto Barroso no RE 590415/SC: “A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social”.

⁴⁴ No ponto, sobre o dinamismo e o necessário equilíbrio da negociação coletiva, cite-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 323, disponibilizado quando do julgamento no Plenário Virtual: “da jurisprudência trabalhista, constata-se que empregadores precisam seguir honrando benefícios acordados, sem muitas vezes, contudo, obter o devido contrabalanceamento. Ora, se acordos e convenções coletivas são firmados após amplas negociações e mútuas concessões, parece evidente que as vantagens que a Justiça Trabalhista pretende ver incorporadas ao contrato individual de trabalho certamente têm como base prestações sinalagmáticas acordadas com o empregador. Essa é, afinal, a essência da negociação trabalhista. Soa estranho, desse modo, que apenas um lado da relação continue a ser responsável pelos compromissos antes assumidos – ressalte-se, em processo negocial de concessões mútuas”.

ao estabelecimento de contribuições ou taxas nos instrumentos coletivos (tema que mereceria estudo próprio), é preciso que se abram os espaços de diálogo, num esforço inclusive de fomentar o engajamento e o associativismo.

É preciso que as partes coletivas contribuam para a construção de pautas mais complexas, que podem inclusive colaborar com demandas sociais mais amplas de cada setor e da sociedade como um todo (como qualificação e formação profissional), superando em definitivo a premissa da desconfiança e pautando-se no contexto jurisprudencial constitucional (que reflete o que já está previsto há décadas) da não incorporação e do dinamismo dos instrumentos coletivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5452/1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

BRASIL. Lei n.º 10406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito Coletivo do Trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 67, n.º 2, p. 79-98, abr/jun 2001.

FILHO, Rodolfo Pamplona; FILHO, Claudio Dias Lima. **Pluralidade Sindical e Democracia**, 2ª Edição. São Paulo: LTR, 2013.

MANNRICH, Nelson. Empregabilidade, Ocupação e Novas Formas de Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, p. 103-119, jan. dez. 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 5ª Edição. São Paulo: LTR, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ROVER, Tadeu; GRILLO, Breno. **Especialistas defendem reforma sindical antes da trabalhista**. Consultor Jurídico. 25 de jul. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/reforma-sindical-vir-antes-trabalhista-dizem-especialistas>.

SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. v. 2, 16ª Edição. São Paulo: LTR, 1996.

Sindicato no Brasil virou negócio, diz Dalazen. Consultor Jurídico. Páginas Amarelas. 18 de dez 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-dez-18/presidente-tst-brasil-estrutura-sindical>.

PRÊMIO HELIO ROCHA DE TRABALHO JURÍDICO 2022



15 - DO REGISTRO DE PONTO ELETRÔNICO E A PORTARIA MTP Nº 671/21

Deborah Cabral Siqueira de Souza

Confederação Nacional da Indústria
Departamento Nacional

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é fazer uma retrospectiva das normas que regem o registro de ponto eletrônico e uma análise à luz da novel Portaria MTP nº. 671/2021.

2 ANÁLISE

2.1 DA DISCIPLINA LEGAL E DOS PRIMEIROS NORMATIVOS SOBRE CONTROLE DE PONTO ELETRÔNICO

Primeiro, é importante conhecer o que diz a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O registro de ponto aparece na CLT em seu artigo 74.¹ e de acordo com este artigo, todos os estabelecimentos com mais de 20 empregados devem efetuar a anotação da hora de entrada e saída de seus empregados, em registro manual, mecânico ou eletrônico de acordo com as instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

Até 2019, essa obrigação da marcação de ponto se estendia apenas a estabelecimentos com mais de dez funcionários, entretanto, após a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), a obrigação passou a ser para estabelecimentos com mais de 20 empregados.

Os normativos trazidos pelo Secretaria Especial de Previdência e Trabalho vigentes até novembro/21, consistiam nas Portarias nº 1.510/09 e nº 373/11.

Em 08/11/21 foi publicada a Portaria/MTP nº. 671 pelo Ministério do Trabalho e Previdência, regulamentando as disposições relativas à legislação trabalhista, à inspeção do trabalho, às políticas públicas e às relações de trabalho, inclusive quanto ao registro de ponto eletrônico, além de revogar portarias anteriores.

¹ Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Com a publicação da Portaria nº 671/2021, conforme consta em seu art. 75², atualmente os tipos de SREP (Sistema de Registro Eletrônico de Ponto) existentes são:

- I. SREP convencional: composto pelo registrador eletrônico de ponto convencional – REP-C e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto;
- II. SREP alternativo: composto pelo registrador eletrônico de ponto alternativo – REP-A e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto;
- III. SREP via programa: composto pelo registrador eletrônico de ponto via programa – REP-P, pelos coletores de marcações, pelo armazenamento de registro de ponto e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto.

Vale ressaltar que todos os REPs devem seguir os princípios e normas estabelecidos também nos art. 31 e 32 do Decreto nº 10.854/2021.³

2.1.1 DA PORTARIA MTE Nº 1.510/09

Fazendo um recuo histórico, a Portaria nº. 1.510/09, também conhecida como lei do ponto eletrônico, foi aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com o intuito de disciplinar o uso do registro de ponto eletrônico. Essa portaria trazia uma série de regras para o

² Art. 75. No caso de opção de anotação do horário de trabalho em registro eletrônico, é obrigatório o uso de um dos seguintes tipos de sistema de registro eletrônico de ponto:

- I – sistema de registro eletrônico de ponto convencional: composto pelo registrador eletrônico de ponto convencional – REP-C e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto;
- II – sistema de registro eletrônico de ponto alternativo: composto pelo registrador eletrônico de ponto alternativo – REP-A e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto;
- III – sistema de registro eletrônico de ponto via programa: composto pelo registrador eletrônico de ponto via programa – REP-P, pelos coletores de marcações, pelo armazenamento de registro de ponto e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto.

³ Art. 31. O registro eletrônico de controle de jornada, nos termos do disposto no art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, será realizado por meio de sistemas e de equipamentos que atendam aos requisitos técnicos, na forma estabelecida em ato do Ministro de Estado do Trabalho e Previdência, de modo a coibir fraudes, a permitir o desenvolvimento de soluções inovadoras e a garantir a concorrência entre os ofertantes desses sistemas.

§ 1º Os procedimentos de análise de conformidade dos equipamentos e sistemas de que trata o caput considerarão os princípios da temporalidade, da integridade, da autenticidade, da irrefutabilidade, da pessoalidade e da auditabilidade, na forma estabelecida em ato do Ministro de Estado do Trabalho e Previdência.

§ 2º Os equipamentos e os sistemas de registro eletrônico de jornada, sem prejuízo do disposto no caput, registrarão fielmente as marcações efetuadas e atenderão aos seguintes critérios:

- I – não permitir:
 - a) alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado;
 - b) restrições de horário às marcações de ponto; e
 - c) marcações automáticas de ponto, tais como horário predeterminado ou horário contratual;
- II – não exigir autorização prévia para marcação de sobrejornada; e
- III – permitir:
 - a) pré-assinalação do período de repouso; e
 - b) assinalação de ponto por exceção à jornada regular de trabalho.

Art. 32. Para fins de fiscalização, os sistemas de registro eletrônico de jornada de que trata o art. 31 deverão:

- I – permitir a identificação de empregador e empregado; e
- II – possibilitar a extração do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

Registro Eletrônico de Ponto (REP) e para o Sistema de Registro Eletrônico de Ponto (SREP). É importante ressaltar que além de definições para o relógio de ponto, a portaria continha definições para o software de tratamento de ponto a ser utilizado pelas empresas.

A primeira forma de marcação de registro eletrônico se deu através do cartão magnético, na forma do relógio de ponto mecânico e a ideia de utilizar um cartão para registrar a jornada, todavia, conforme esses equipamentos foram evoluindo, surgiu também a possibilidade de utilizar uma senha pessoal e mais à frente a impressão digital para marcar o ponto.

Esta forma de marcação é mais simples e toda batida de ponto feita através desse relógio fica armazenada em sua memória, para que se possa fazer a exportação dos dados gravados no relógio, posteriormente, seja para o pagamento de jornada extra ou para fins de fiscalização do trabalho. O empregado faz a sua marcação de ponto de forma eletrônica e é emitido um comprovante sua conferência, sendo certo dizer, portanto, que desde a Portaria nº. 1510/09, essas marcações não podiam ser alteradas.

O REP precisa ficar dentro da empresa. Isso significa que, se a empresa precisa que os empregados façam a marcação em locais diferentes, como filiais, por exemplo, é necessário comprar um relógio de ponto para cada local.

2.1.2 DA PORTARIA MTE Nº 373/11

A Portaria nº 373/11, por sua vez, surgiu como uma opção complementar à Portaria nº 1.510/09. Trouxe para as empresas a possibilidade de utilizar meios

alternativos de controle de ponto e a adoção do controle de ponto online. Essa era uma portaria mais simples, justamente porque os meios alternativos não trazem tantas especificações quanto um relógio de ponto.

Contudo, isso não quer dizer que este registro era menos seguro, pois, assim como a Portaria nº 1.510/09, a Portaria nº 373/11 também trouxe algumas recomendações para as empresas, de acordo com seu artigo 3º, dentre as quais, que os sistemas alternativos não poderiam:

- Impor restrições à marcação do ponto;
- Fazer a marcação automática do ponto;
- Exigir autorização para marcação de horas extras;
- Possibilitar a alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado.

Um ponto de relevância é que a Portaria nº 373/11 trazia disposição no sentido de que, os empregadores poderiam adotar sistemas **alternativos** eletrônicos de controle de jornada de trabalho, desde que mediante autorização em Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, o que foi mantido na Portaria nº. 671/21.

Além disso, para efeitos de fiscalização do trabalho os meios alternativos deveriam, conforme o §1^o do art. 3º, da Portaria nº 373/11:

- Estar disponíveis no local de trabalho
- Permitir a identificação de empregador e empregado;
- possibilitar, através da central de dados, a extração eletrônica e impressa do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

Este tipo de registro de ponto tem como principal característica o funcionamento totalmente online, o que permite a marcação de ponto em diversos dispositivos como celulares, tablets e computadores, podendo ser usado no labor em home office ou por empregados que atuam de forma remota.

2.1.3 DO REGISTRO DE PONTO ELETRÔNICO À LUZ DA PORTARIA MTP Nº 671/21

O registro de ponto eletrônico (REP) representou um grande avanço para as empresas no controle de jornada, mas ainda gerou algumas dúvidas e questionamentos. As primeiras portarias já dispunham sobre a obrigatoriedade de fidedignidade dos registros e traziam regras que impediam a alteração dos registros de ponto, pelo empregador, além de prever formas de marcação alternativa, o que foi incorporado na Portaria MTP nº 671/21.

Vale salientar que as empresas não são obrigadas a aderir ao sistema eletrônico de ponto, podendo realizá-lo de forma manual ou mecânica. Contudo, uma vez que optem pelo meio eletrônico, tal sistema deverá seguir os parâmetros determinados pela atual Portaria MTP nº 671/21.

Atualmente, como já foi dito acima, existem três tipos de registro de ponto permitidos em lei (art. 74, §2º, CLT), sendo que os controles eletrônicos de jornada vêm disciplinados na

⁴ § 1º – Para fins de fiscalização, os sistemas alternativos eletrônicos deverão:

I – estar disponíveis no local de trabalho;

II – permitir a identificação de empregador e empregado; e

III – possibilitar, através da central de dados, a extração eletrônica e impressa do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

Portaria MTP nº 671/21, na subseção I, do Título V, em seu art. 75⁵, sendo eles: REP-C, REP-A e o REP-P.

A Portaria nº 671/21, traz sua definição no art. 73, *verbis*:

Art. 73. Sistema de registro eletrônico de ponto é o conjunto de equipamentos e programas informatizados destinados à anotação da hora de entrada e de saída dos trabalhadores em registro eletrônico, de que trata o § 2º do art. 74 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943 - CLT.

De acordo ainda, com o art. 74⁶, da referida Portaria o sistema de registro de ponto eletrônico deve expressar fielmente as marcações efetuadas pelo empregado, não sendo permitida qualquer ação que desvirtue os fins legais a que se destina. Este é um ponto de extrema importância na análise e utilização do ponto eletrônico pelas empresas e que gerou questionamentos judiciais, que serão melhor esclarecidos mais adiante.

A Portaria nº 671/2021 trouxe alterações, em especial, na criação do REP- P e teve o objetivo de revisar e consolidar diversos normativos num único documento. Não tratava apenas de ponto eletrônico. Visou disciplinar matérias referentes à legislação trabalhista, à inspeção do trabalho, às políticas públicas e às relações de trabalho.

Pode ser conferido o objetivo da Portaria nº 671/21, no site do Ministério do Trabalho e Previdência:

⁵ Art. 75. No caso de opção de anotação do horário de trabalho em registro eletrônico, é obrigatório o uso de um dos seguintes tipos de sistema de registro eletrônico de ponto:

I – sistema de registro eletrônico de ponto convencional: composto pelo registrador eletrônico de ponto convencional – REP-C e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto;

II – sistema de registro eletrônico de ponto alternativo: composto pelo registrador eletrônico de ponto alternativo – REP-A e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto;

III – sistema de registro eletrônico de ponto via programa: composto pelo registrador eletrônico de ponto via programa – REP-P, pelos coletores de marcações, pelo armazenamento de registro de ponto e pelo Programa de Tratamento de Registro de Ponto.

Parágrafo único. Coletores de marcações são equipamentos, dispositivos físicos ou programas (softwares) capazes de receber e transmitir para o REP-P as informações referentes às marcações de ponto.

⁶ Art. 74. O sistema de registro de ponto eletrônico deve registrar fielmente as marcações efetuadas, não sendo permitida qualquer ação que desvirtue os fins legais a que se destina, tais como:

I – restrições de horário à marcação do ponto;

II – marcação automática do ponto, utilizando-se horários predeterminados ou o horário contratual, não se confundindo com o registro por exceção previsto no art. 74, § 4º, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943 - CLT;

III – exigência, por parte do sistema, de autorização prévia para marcação de sobrejornada; e

IV – existência de qualquer dispositivo que permita a alteração dos dados registrados pelo empregado.

1. (ATUALIZADO EM 31/03/2022) Qual é o objetivo da Portaria nº 671/2021 em relação ao tema controle de jornada?

A regulamentação através do Decreto nº 10.854/2021 e da Portaria nº 671/2021 espelha o anseio dos atores das relações de trabalho por modernização, praticidade e celeridade, sem perda da segurança jurídica nos controles de jornada. O novo REP-P possibilitará aos empregadores disponibilizar registradores de ponto com a utilização das novas tecnologias, como a marcação de ponto mobile. O REP-C, modelo criado em 2009 pela Portaria nº 1.510/2009, continuará existindo e atendendo às necessidades dos vários setores da economia. A negociação coletiva continua a ser contemplada e celebrada, ao permitir a autocomposição na formulação dos sistemas REP-A, por meio de instrumentos coletivos de trabalho. Além dos objetivos supracitados, a portaria possui o intuito de centralizar o tema em um único normativo.⁷

Em relação anotação da hora de entrada e de saída em registro manual, mecânico ou eletrônico, a Portaria MTP nº 671/21 definiu, no particular, a vigência dessas regras a partir de 10 de fevereiro de 2022. (art.401, I)

Desta forma, fazendo um resumo das Portarias sobre registro de ponto, é possível observar que a Portaria MTE nº 1.510/09, criou o REP, que foi recriado pela Portaria nº 671/21, agora na figura do REP-C – Registrador Eletrônico de Ponto Convencional. A Portaria nº 373/2011 criou o REP-A – registrador eletrônico de ponto alternativo e a Portaria nº 671/21 cria o REP-P – registrador eletrônico de ponto via programa, reunindo todos em um único normativo.

É possível observar que o REP trouxe benefícios tanto para as empresas como para os trabalhadores, aumentou o nível de confiança na sua utilização e diminuiu o número de questões trabalhistas? É necessário analisar mais alguns aspectos para tentar alcançar uma conclusão neste sentido.

A Portaria nº 671/21, veio no intuito de esclarecer de forma clara qual é a regra a ser seguida em todos os registros de ponto eletrônico. O primeiro ponto positivo é que o REP original continuou sendo aceito. Ele foi rebatizado para **REP-C, ou Registrador Eletrônico de Ponto**

⁷ <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/fiscalizacao-do-trabalho/Perguntas%20e%20Respostas%20REP>

Convencional⁸ que se trata de um equipamento de automação monolítico, que deve estar sempre no local da prestação do serviço e disponível para pronta extração e impressão de dados (arquivo AFD gravado em dispositivo externo). **É a única forma de registro especificada pela Portaria que precisa ser certificada pelo INMETRO**, garantindo que as rígidas regras de segurança estabelecidas sejam seguidas pelos equipamentos.

Os fabricantes permanecem com a obrigação de realizar o registro dos modelos de REP convencionais (REP-C) junto ao Ministério (art. 92 da Portaria nº 671/2021). Os empregadores também permanecem com a obrigação de possuir Atestado Técnico e Termo de Responsabilidade emitido pelos fabricantes de REP-C (art. 89, § 4º da Portaria nº 671/2021).

Vale salientar que a Portaria nº 671/2021 substituiu a Portaria nº 373/11, que foi por ela revogada e, no que se refere ao **Registrador Eletrônico de Ponto Alternativo, agora denominado REP-A**⁹, dispõe que ele consiste no conjunto de equipamentos e programas de computador que tem sua utilização destinada ao registro da jornada de trabalho. Este tipo de registro de ponto eletrônico teve mantida, como característica principal, o fato de que **só pode ser utilizado quando autorizado por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho**.

O REP-P¹⁰, por sua vez, é o **Registrador Eletrônico de Ponto por Programa**, contido num programa (software) executado em servidor dedicado ou em ambiente de nuvem, consistindo num novo conceito criado pela Portaria nº 671/21. Trata-se de um software que é parte

⁸ Art. 76. O REP-C é o equipamento de automação monolítico, identificado pelo seu número de fabricação e cujo modelo possui certificado de conformidade especificado no art. 90, utilizado exclusivamente para o registro de jornada de trabalho e com capacidade para emitir documentos decorrentes da relação do trabalho e realizar controles de natureza fiscal trabalhista, referentes à entrada e à saída de empregados nos locais de trabalho.

§ 1º O REP-C deve estar sempre no local da prestação do serviço e disponível para pronta extração e impressão de dados pelo Auditor-Fiscal do Trabalho.

§ 2º O empregador que adquirir o REP-C não poderá aliená-lo para empresa que não pertença ao seu grupo econômico.

§ 3º O REP-C somente poderá conter empregados do mesmo empregador, excetuados os seguintes casos: I - registro de jornada do trabalhador temporário regido pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 no REP-C do tomador de serviços; e II - empresas de um mesmo grupo econômico, nos termos do § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943 - CLT, que podem determinar a consignação das marcações de ponto no mesmo REP-C dos seus empregados que compartilhem o mesmo local de trabalho ou que estejam trabalhando em outra empresa do mesmo grupo econômico.

§ 4º Ocorrendo alguma das situações mencionadas nos incisos I e II do § 3º, o Programa de Tratamento de Registro de Ponto deverá identificar o empregado e considerar as respectivas marcações para o controle de ponto da empresa empregadora.

⁹ Art. 77. O REP-A é o conjunto de equipamentos e programas de computador que tem sua utilização destinada ao registro da jornada de trabalho, autorizado por convenção ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º Para fins de fiscalização, o sistema de registro eletrônico de ponto que utilize REP-A deverá:

I - permitir a identificação de empregador e empregado; e

II - disponibilizar, no local da fiscalização ou de forma remota, a extração eletrônica ou impressão do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

§ 2º O REP-A somente poderá ser utilizado durante a vigência da convenção ou acordo coletivo de trabalho autorizador, sendo vedada a ultratividade conforme o § 3º do art. 614 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943

¹⁰ Art. 78. O REP-P é o programa (software) executado em servidor dedicado ou em ambiente de nuvem com certificado de registro nos termos do art. 91, utilizado exclusivamente para o registro de jornada e com capacidade para emitir documentos decorrentes da relação do trabalho e realizar controles de natureza fiscal trabalhista, referentes à entrada e à saída de empregados nos locais de trabalho.

do sistema de registro eletrônico de ponto via programa, que inclui também os coletores de marcações, o armazenamento de registro de ponto, e o programa de tratamento de ponto. **Ele deve possuir certificado de registro de programa de computador no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI**¹¹.

O REP-P assim como o REP-C devem conter as informações trazidas no art. 79 da Portaria nº671/21.¹²

A Portaria nº 671/2021, também estipulou o programa de tratamento de registro de ponto, como o conjunto de rotinas informatizadas que tem por função tratar os dados relativos à marcação dos horários. **A função de tratamento dos dados se limitará a acrescentar informações para complementar eventuais omissões no registro de ponto, inclusive ausências e movimentações do banco de horas, ou indicar marcações indevidas.**¹³

A portaria define ainda o **Arquivo Eletrônico de Jornada (AEJ)** que é um arquivo que contém informações relativas ao pós-processamento dos dados, que deve ser gerado pelo **Programa de Tratamento de Ponto (PTRP)**, conforme *leiaute* definido no Anexo VI¹⁴ da referida portaria e deve ser assinado pelo fabricante/desenvolvedor do REP. **A assinatura eletrônica será utilizada como meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos gerados pelo sistema de registro eletrônico de ponto e pelo programa de**

¹¹ Art. 91. O REP-P deve possuir certificado de registro de programa de computador no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, atender ao art. 78 e aos requisitos elencados no Anexo IX.

¹² Art. 79. O REP-C e o REP-P, definidos no art. 76 e no art. 78, devem emitir ou disponibilizar acesso ao comprovante de registro de ponto do trabalhador, que tem como objetivo comprovar o registro de marcação realizada pelo empregado, contendo no mínimo as seguintes informações:

I – cabeçalho contendo o título “Comprovante de Registro de Ponto do Trabalhador”;

II – Número Sequencial de Registro - NSR;

III – identificação do empregador contendo nome, CNPJ/CPF e CEI/CAEPF/CNO, caso exista;

IV – local da prestação do serviço ou endereço do estabelecimento ao qual o empregado esteja vinculado, quando exercer atividade externa ou em instalações de terceiros;

V – identificação do trabalhador contendo nome e CPF;

VI – data e horário do respectivo registro;

VII – modelo e número de fabricação, no caso de REP-C, ou número de registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, no caso de REP-P;

VIII – código hash (SHA-256) da marcação, exclusivamente para o REP-P; e

IX – assinatura eletrônica contemplando todos os dados descritos nos incisos I a VIII, no caso de comprovante impresso. § 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

¹³ Art. 82. O programa de tratamento de registro de ponto é o conjunto de rotinas informatizadas que tem por função tratar os dados relativos à marcação dos horários de entrada e saída contidas no Arquivo Fonte de Dados, gerando o relatório Espelho de Ponto Eletrônico e o Arquivo Eletrônico de Jornada.

Parágrafo único. A função de tratamento dos dados se limitará a acrescentar informações para complementar eventuais omissões no registro de ponto, inclusive ausências e movimentações do banco de horas, ou indicar marcações indevidas.

¹⁴ Art. 83. O programa de tratamento de registro de ponto, independentemente do sistema de registro eletrônico de ponto utilizado, deve gerar o Arquivo Eletrônico de Jornada, conforme Anexo VI, e o relatório Espelho de Ponto Eletrônico, conforme art. 84.

tratamento de registro de ponto utilizando certificado digital válido e emitido no âmbito da ICP-Brasil¹⁵, no caso do REP-A e REP-P e INMETRO, no caso do REP-C.

Além do AEJ, a portaria estipulou, o empregador deve gerar o relatório **Espelho de Ponto Eletrônico** pelo programa de tratamento de registro de ponto, que deve conter as informações descritas em seu art. 84¹⁶, sendo ambos destinados ao Auditor-Fiscal do Trabalho.

A doutrina corrobora a confiabilidade do registro de ponto eletrônico e que o avanço no tema gera segurança jurídica e redução de custos para as empresas:

Reflexo direto das novas formas de contratação incentivadas, sobretudo, pelo cenário ocasionado pela covid-19, que demandou a flexibilização do trabalho presencial e formas de controles de jornada, a regulamentação se revela vantajosa para as empresas, que poderão adotar, com a devida segurança jurídica, alternativa menos custosa para o controle de jornada dos seus empregados e que melhor se adequa ao seu negócio.

O registro de ponto por meio de software, até então considerado um sistema de registro de ponto eletrônico alternativo, demandava não apenas negociação coletiva para sua implementação regular, como guardava resistência na jurisprudência, que entendia que as informações nele consignadas eram produzidas de forma unilateral pelas empresas.

A regulamentação do sistema de registro de ponto pela Portaria MTP 671/21 acompanha não apenas o avanço do processo tecnológico, como reduz custos e viabiliza a implementação do sistema diretamente

¹⁵ Art. 88. As assinaturas eletrônicas geradas pelo REP-A, REP-P e programa de tratamento de registro de ponto devem utilizar certificados digitais válidos e emitidos por autoridade certificadora integrante da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, constituindo-se em assinaturas eletrônicas qualificadas, nos termos da Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.

¹⁶ Art. 84. O relatório Espelho de Ponto Eletrônico gerado pelo programa de tratamento de registro de ponto deve conter, no mínimo, as seguintes informações:
 I – identificação do empregador contendo nome, CNPJ/CPF e CEI/CAEPF/CNO, caso exista;
 II – identificação do trabalhador contendo nome, CPF, data de admissão e cargo/função;
 III – data de emissão e período do relatório Espelho de Ponto Eletrônico;
 IV – horário e jornada contratual do empregado;
 V – marcações efetuadas no REP e marcações tratadas (incluídas, desconsideradas e pré-assinaladas) no Programa de Tratamento de Registro de Ponto; e
 VI – duração das jornadas realizadas (considerando o horário noturno reduzido, se for o caso).
 Parágrafo único. O trabalhador deverá ter acesso às informações constantes do relatório Espelho de Ponto Eletrônico por meio de sistema informatizado, mensalmente de forma eletrônica ou impressa ou em prazo inferior, a critério da empresa.

pelas empresas, sem necessidade de autorização por acordo coletivo, desde que preenchidos os requisitos previstos na norma.¹⁷

Em síntese, todos os registros de ponto eletrônico têm em comum, a obrigação de representar fielmente a jornada laborada, seguindo o programa de tratamento de registro de ponto, que não permite adulterações e, mostrando, assim, através das regras contidas na Portaria nº 671/21, que o sistema é seguro e não dá margem a fraudes, quando observado corretamente.

3 DA ADEQUAÇÃO A CADA TIPO DE REGISTRO DE PONTO ELETRÔNICO

Assim, dentre as opções de registro de ponto existentes e na forma das regras descritas na Portaria nº 671/21, as empresas podem optar pela utilização do registro de ponto eletrônico e, se assim o fizerem, devem:

(i) para que se utilize o REP-C, ou Registrador Eletrônico de Ponto Convencional (relógio de ponto), o aparelho precisa ser certificado pelo INMETRO. O sistema deve estar sempre no local da prestação do serviço e disponível para pronta extração e impressão de dados pelo Auditor-Fiscal do Trabalho. Deve emitir ou disponibilizar acesso do comprovante de registro de ponto ao trabalhador e gerar o Arquivo Eletrônico de Jornada (AEJ) e Espelho de Ponto.

(ii) para que se utilize o registro de ponto alternativo por computador que equivale à modalidade REP-A, deve buscar sua validação através da negociação coletiva e não pode permitir a restrição de horários para a marcação do ponto. Deve gerar o Arquivo Eletrônico de Jornada (AEJ) e Espelho de Ponto, quando solicitado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho. Esse arquivo ainda deve receber uma assinatura eletrônica que utilize um certificado digital válido ICP-Brasil.

(iii) para que se utilize o REP-P ou Registrador Eletrônico de Ponto por Programa, através de software que é parte do sistema de registro eletrônico de ponto via programa, deve incluir os coletores de marcações, o armazenamento de registro de ponto, além do programa de tratamento de ponto. Ele deve possuir certificado de registro de

¹⁷ MARCO REGULATÓRIO TRABALHISTA INFRALEGAL – REFLEXOS NO REGISTRO DE CONTROLE DE JORNADA ELETRÔNICO 22. Dezembro 2021 . RODRIGO SEIZO TAKANO e LUIZ ANTONIO FRANCO.

programa de computador no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI e assinatura eletrônica que utilize um certificado digital válido ICP-Brasil. O REP-P também deve emitir e/ou disponibilizar acesso ao comprovante de registro de ponto do trabalhador e gerar o AEJ e Espelho de Ponto.

(iv) as empresas podem utilizar concomitantemente mais de uma forma de registro de ponto, de acordo com particularidades de cada setor, não sendo proibido mesclar os tipos de registros eletrônicos utilizados, desde que observadas as regras específicas para cada um.

(v) vale pontuar que as empresas podem utilizar, inclusive, o sistema de Ponto por Exceção, em que não há controle formal dos horários de entrada e saída dos empregados, apenas a jornada extraordinária, na modalidade de ponto eletrônico ((REP-C, REP-A e REP-P), desde que validado por meio de Acordo individual, Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva (CCT).¹⁸

4 DA JURISPRUDENCIA

Os tribunais pátrios trouxeram vários questionamentos sobre a confiabilidade do registro de ponto eletrônico, seja no quesito possibilidade de alterações das informações registradas, seja no quesito ausência de assinatura do empregado.

O Tribunal Superior do Trabalho evoluiu e fixou o entendimento de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto eletrônico não os torna inválidos nem enseja a inversão do ônus da prova quanto à jornada de trabalho, em razão da inexistência de previsão legal nesse sentido, não se aplicando o entendimento contido no inciso III da Sum. 338, do TST¹⁹, no particular.

Entretanto, em todas as instâncias, os tribunais foram rigorosos na apreciação dos registros e eventuais manipulações, aduzindo, sinteticamente que as empresas deveriam comprovar que o empregado recebia contraprova da marcação da jornada, bem como que o sistema era efetivamente inviolável.

¹⁸ § 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

¹⁹ III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

Transcreve-se a seguir algumas decisões originárias de nossos tribunais, a respeito do registro de ponto eletrônico, para ilustrar o presente trabalho:

EMENTA HORAS EXTRAS. SISTEMAS DE PONTO ELETRÔNICO. VALIDADE. Do exame dos autos, observa-se que a empresa reclamada adotou sistemas de registro de ponto eletrônico, ambos utilizados em sistema único e integrado, servindo a mesma ferramenta para qualquer empregado de todas as empresas Nokya no Brasil. Conclui-se que os sistemas são seguros, fidedignos e em conformidade com a Portaria MTE nº 1.510/2009, que instituiu o SREP - Sistema de Registro de Ponto Eletrônico, sendo, portanto, plenamente válidos para fins de registro e controle de jornada. Vale destacar ainda que o Ministério do Trabalho, ao editar a Portaria nº 1.120/1995, substituída pela Portaria nº 373, de 25/02/2011, facultou aos empregadores a adoção de sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, sem que isso caracterize ofensa ao disposto no art. 74, § 2º, da CLT. Por outro lado, os sistemas de ponto eletrônico, onde os registros são feitos mediante login e senha pessoal no sistema, estão cada vez mais em uso no mundo atual, sendo que tais registros têm sido autorizados e aprovados em convenções e acordos coletivos de trabalho, afinal, vivemos atualmente na era eletrônica e virtual. Ademais, examinando-se outros casos análogos que tramitam em outros Regionais, bem como a prova emprestada nestes autos, conclui-se que os referidos sistemas foram validados tanto por confissões dos próprios reclamantes como também por depoimentos de testemunhas autorais. E tendo sido comprovado que as horas extras trabalhadas e requeridas já foram quitadas, indevido é o pleito autoral. Dá-se provimento para excluir as horas extras da condenação. Omissis. Nega-se provimento. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. (RO 1059- 52.2015.5.22.0004, Rel. Desembargador FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA, TRT DA 22ª REGIÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/05/2016, publicado em 15/06/2016)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A LEI N.º 13.015/2014. INTERVALO INTRA-JORNADA. CARTÕES DE PONTO ELETRÔNICO APÓCRIFOS.

VALIDADE. ÔNUS DA PROVA. Ante a possível ofensa ao art. 74, § 2º, da CLT, deve ser provido o agravo de instrumento. Agravo de instrumento a que se dá provimento. **II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A LEI N.º 13.015/2014. INTERVALO INTRAJORNADA. CARTÕES DE PONTO ELETRÔNICO APÓCRIFOS. VALIDADE. ÔNUS DA PROVA.** O Tribunal Regional condenou a reclamada a pagar o intervalo intrajornada, porque os cartões de ponto eletrônico apócrifos foram considerados inaptos para comprovar a fruição do interregno de descanso. Destacou que a reclamada não comprovou que o sistema utilizado fosse o SREP ou outro certificado pelo MTE e que o reclamante não recebia contraprova da marcação da jornada, nem que o sistema fosse inviolável. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não os torna inválidos nem enseja a inversão do ônus da prova quanto à jornada de trabalho, em razão da inexistência de previsão legal nesse sentido. Ofensa ao art. 74, § 2º, da CLT detectada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. **HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO ELETRÔNICO APÓCRIFOS. VALIDADE. ÔNUS DA PROVA.** O Tribunal Regional condenou a reclamada a pagar as horas extras, pois os cartões de ponto eletrônico apócrifos foram considerados inaptos para comprovar a jornada de trabalho e porque o sistema de banco de horas adotado não foi observado, razão pela qual reputou válida a jornada declinada na reclamação trabalhista. Destacou que a reclamada não comprovou que o sistema utilizado fosse o SREP ou outro certificado pelo MTE e que o reclamante não recebia contraprova da marcação da jornada, nem que o sistema fosse inviolável. O TST firmou o entendimento de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não os torna inválidos nem enseja a inversão do ônus da prova quanto à jornada de trabalho, em razão da inexistência de previsão legal nesse sentido. Contrariedade à Súmula 338, I, do TST identificada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RRAg: 1767120155050039, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 29/09/2021, 2ª Turma, Data de Publicação: 01/10/2021)

5 DAS ADPFs Nº 911 E Nº 922

Apesar de todos os sistemas de registro de ponto eletrônico conterem normas de controle que lhe garantam confiabilidade, como já foi demonstrado acima, foram apresentadas duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs), de nºs 911 e 922, em face da Portaria nº 671/21:

“A ADPF nº 911 foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT e a ADPF nº 922 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Foram apresentadas, respectivamente, em 22/11/21 e 10/12/21 e estão sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

O Objeto de questionamento são os artigos 1º; V, “d”; 75, III; 78; 91 e anexo IX da Portaria/MTP nº 671/2021,...

Em breve síntese os partidos políticos sustentam que a Portaria Ministerial, que instituiu o registro eletrônico de ponto via programa – REP- P, desregulamenta o controle de jornada e com isso viola direitos sociais trabalhistas básicos (artigo 7º, III, IV, XIII, XIV, XV, XVI e XVII da CF). Afirmam, em síntese, que a instituição do REP-P deixa o sistema vulnerável, de fácil manipulação e representa ainda uma forma de dificultar a fiscalização do trabalho. Com isso, afirmam que a Portaria violaria o princípio da segurança jurídica, dos valores sociais do trabalho, da valorização do trabalho humano, da vedação ao retrocesso social e ao princípio da motivação. Afirma-se, na mesma assentada, que a alteração da Portaria não atende o disposto no artigo 5º da Lei nº 13.874/19 (Análise de Impacto Regulatório).

O PSOL requer a concessão de medida liminar inaudita altera parte para que se suspenda a eficácia dos artigos 75, III e parágrafo único; 78; 80; caput, I, II, III; 81, § 2º; 88 e 91 e anexo IX da Portaria/MTP nº 671/21 até final da ADPF.

O Ministério do Trabalho e Previdência, em síntese, afirmou que a solução trazida pelo REP-P decorreu da realidade transformadora que o mundo do trabalho vem sofrendo em face da evolução tecnológica. Desta forma, o REP-C, existente na anterior Portaria nº 1.510/09, não tinha mais condições de se manter como única alternativa de registro de presença do trabalhador. Aduz que a Portaria é constitucional, uma vez que sua minuta foi submetida a duas consultas públicas e que no grupo técnico constituído para modernizar e

revisar as disposições referentes à jornada de trabalho participaram as Confederações Nacionais das categorias econômicas, a Associação Brasileira de Tecnologia para o Comércio e Serviços (AFRAC – entidade que representa cerca de 90% das empresas fornecedoras de hardware, software e serviços para o comércio) e, também, representantes das centrais sindicais dos trabalhadores.

Quanto à análise de impacto regulatório, afirma que a Portaria não se enquadra nas hipóteses da Lei nº 10.411/20,()” – caso em apreço.

Na ADPF nº 922 o MPF e a AGU opinaram pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pelo não provimento do pedido, pelos mesmos argumentos trazidos na ADPF nº 911.”²⁰

Na ADPF nº 911 a Procuradoria Geral da República pugnou pela improcedência da ação sob o argumento: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não é meio idôneo para fiscalização da constitucionalidade de atos do Poder Público cuja análise dependa de prévio exame de legislação infraconstitucional.”, bem como que “a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se prestar arguição de descumprimento de preceito fundamental a exame de atos de caráter secundário, como é o caso da Portaria Ministerial 671/2021”.

Quanto ao mérito propriamente dito, a PGR aduz que: **“Percebe-se que o arcabouço normativo aplicado aos sistemas de registro de ponto conta com mecanismos voltados à coibição de fraudes e adulterações e a viabilizar o acompanhamento e a fiscalização das informações geradas nesses sistemas tanto pelos empregados, quando pela Auditoria Fiscal do Trabalho, não sendo correto pressupor que a mera circunstância de ser operacionalizado por meio de programa de computador de propriedade do empregador seja capaz de inviabilizar o funcionamento dos dispositivos de segurança previstos na legislação.”** (negritamos)

Segundo a PGR e também a AGU, as ADPFs não se prestariam à apreciação de inconstitucionalidade reflexa e, ainda, por se admitir o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, contra portaria, aplica-se o princípio da subsidiariedade insculpido no § 1º do art. 4º, da Lei 9.882, de 03.12.99.²¹

²⁰ Parecer DJ protocolo nº 65.255/22

²¹ “Subsidiariedade. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o cabimento pressupõe a inexistência de outro meio judicial para afastar lesão decorrente de ato do Poder Público – gênero” (ADPF 172-REF-MC, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 10-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.) No mesmo sentido: ADPF 141-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-5-2010, Plenário, DJE de 18-6-2010.

A doutrina de Guilherme Sandoval Góes e Cleyson de Moraes Mello, em sua obra *Controle de Constitucionalidade* elucida que:

“De acordo com o § 1º, do artigo 4º, da Lei 9.882/99, não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz para sanar a lesividade.

Ou seja, a ADPF só pode ser reconhecida como um instrumento válido do controle concentrado de constitucionalidade em situações muito especiais, nas quais inexistente outro meio apto a sanar a lesividade. Trata-se, aqui, da aplicação do **princípio da subsidiariedade**, em sede de ADPF”²²

A CNI formulou pedido de ingresso como *amicus curiae* na ADPF nº 911, sustentando que “**Não há nos preceitos apontados como violados qualquer regulação ou menção à mecânica de controle da jornada de trabalho. Como dito, essa não era a intenção do legislador.**”, concluindo mais adiante que “**Dessa forma, podendo (e devendo) a questão ser solucionada mediante a interpretação de norma de índole infraconstitucional, não há razão para proposição de ADPF, pois se trata de discussão de suposta ilegalidade da norma e não de uma inconstitucionalidade. Não se pode afirmar sequer que a Portaria trouxe inovação legislativa.**”, na mesma linha de entendimento da PGR e da AGU. (negritamos)

Afirma também que “A Portaria nº 671/21 não se enquadra na hipótese disciplinada pelo Decreto nº 10.411/20.” para fins da exigência de Análise de Impacto Regulatório, além de defender que “não há comprovação de que o REP-P permita fraudes e adulterações.”

Assim, vislumbra-se que a inconstitucionalidade arguida nas ADPFs não se sustenta.

6 CONCLUSÃO

A regulamentação do sistema de registro de ponto trazida pela Portaria MTP nº 671/21 veio em boa hora e atualizou as regras, acompanhando o avanço tecnológico e novas realidades, o que gera segurança jurídica para empregados e empregadores.

Desta forma, a Portaria nº 671/21 não aparenta fragilidade ou aptidão à fraude, ao contrário, possui um sistema que inclui arquivos de dados, certificados e assinaturas eletrônicas, que

²² Mello, Cleyson de Moraes, Guilherme Sandoval Góes. *Controle de Constitucionalidade* – 2ª. edição, 2021, pg. 393.

valida e impossibilita qualquer adulteração ou manuseio das informações ali contidas, confirmando, inclusive, regras que já eram contempladas em suas antecessoras.

Portanto, o sistema é confiável, as regras são seguras e admitir o contrário seria um retrocesso.

Contudo, as empresas têm que estar atentas e observar as regras dispostas na Portaria nº 671/21, principalmente levando-se em conta que, no ranking do TST, dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, em 2022, verifica-se, em segundo lugar, as ações postulando horas extras²³.

Só assim, ao longo do tempo, vai ser reconhecida a confiabilidade do sistema de ponto eletrônico, perante fiscalização do trabalho e tribunais.

BIBLIOGRAFIA

Marco Regulatório Trabalhista Infralegal – Reflexos no Registro de Controle de Jornada Eletrônico, 22 Dezembro 2021. RODRIGO SEIZO TAKANO e LUIZ ANTONIO FRANCO. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/marco-regulatorio-trabalhista-infralegal-reflexos-no-registro-de-controle-de-jornada-eletronico>

Site Ministério do Trabalho e Previdência: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/fiscalizacao-do-trabalho/Perguntas%20e%20Respostas%20REP>

<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-mtp-671-2021.htm>

Site do STF: <https://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>

Mello, Cleysson de Moraes, Guilherme Sandoval Góes. Controle de Constitucionalidade – 2ª. edição, 2021, pg. 393.

- Decreto nº 10.854/2021

²³ <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>

CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA JURÍDICA – DJ

Cassio Borges
Diretor Jurídico

Maria Luiza Nascimento Alves
Assessora

**Comissão Organizadora do Prêmio
Helio Rocha de Trabalho Jurídico 2022**

Alexandre Vitorino Silva
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 Especial do Prêmio
Helio Rocha de Trabalho Jurídico 2022**

Cassio Augusto Muniz Borges
Julio Sergio Maya Pedrosa Moreira
Marcel Leonardi
Marco Antônio Guimarães
Maria de Lourdes Franco de Alencar Sampaio

Elaboração

Bruno Napoli Carneiro
Caroline Bracho Cozini César
Carlos José Kurtz
Deborah Cabral Siqueira de Souza
Diego Moraes da Silva
Diogo de Souza Mello
Fernanda de Menezes Barbosa
Fernanda Santos Brumana
Jean Alves Pereira Almeida
Jomara Cadó Bessa
Jordana Generoso Tomazzi
Leticia de Oliveira Lourenço Gallo
Livia de Almeida Souza Sales
Luciana Nunes Freire
Luiz Arthur Gemelgo Lucas
Luiz Carlos Fernandes dos Santos
Maria Antonia Amboni
Marcos Roberto Oliveira de Souza
Matheus Henrique Costa Maia
Natali Camarão de Albuquerque

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO – DIRCOM

Ana Maria Curado
Diretora de Comunicação

Gerência de Publicidade e Propaganda

Armando Uema
Gerente

Walner Pessoa
Produção Editorial

**DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS
– DSC**

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Superintendência Administrativa – SUPAD

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Superintendente Administrativo

Jakeline Mendonça
Normalização Pré e Pós-Textual