

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

Presidente: *Armando de Queiroz Monteiro Neto*

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI

Conselho Nacional

Presidente: *Jair Meneguelli*

SESI – Departamento Nacional

Diretor: *Armando de Queiroz Monteiro Neto*

Diretor-Superintendente: *Antonio Carlos Brito Maciel*

Diretor de Operações: *Carlos Henrique Ramos Fonseca*

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI

Conselho Nacional

Presidente: *Armando de Queiroz Monteiro Neto*

SENAI – Departamento Nacional

Diretor-Geral: *José Manuel de Aguiar Martins*

Diretora de Operações: *Regina Maria de Fátima Torres*



Confederação Nacional da Indústria
Serviço Social da Indústria
Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
Instituto Euvaldo Lodi

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



Brasília
2007

© 2007. Sesi – Serviço Social da Indústria

© 2007. SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

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

Superintendência Jurídica - SJ

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

FICHA CATALOGRÁFICA

P925

Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico: 5º Encontro
Nacional dos Advogados do Sesi - SENAI

Prêmio ENASS de trabalho jurídico: 5º encontro nacional dos
advogados do Sesi - SENAI /. – Brasília : Sesi/ SENAI, 2007.

282 p.

1. Trabalho jurídico 2. Advogados – Sesi/SENAI I. Título II. Título

CDU 34

SESI

*Serviço Social da Indústria
Departamento Nacional*

Sede

*Setor Bancário Norte
Quadra 1 – Bloco C
Edifício Roberto Simonsen
70040-903 – Brasília – DF
Tel.: (61) 3317-9001
Fax: (61) 3317-9190
<http://www.sesi.org.br>*

SENAI

*Serviço Nacional de
Aprendizagem Industrial
Departamento Nacional*

Sede

*Setor Bancário Norte
Quadra 1 – Bloco C
Edifício Roberto Simonsen
70040-903 – Brasília – DF
Tel.: (61) 3317-9001
Fax: (61) 3317-9190
<http://www.senai.br>*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

1 LICITAÇÃO DISPENSADA – HIPÓTESE DE ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ENTRE ENTIDADES DO MESMO SISTEMA FEDERATIVO – ART. 17 DA LEI 8.666/93..... 11

Alexandra Rolim Sahagoff

1.1 Sobre a licitação dispensada – artigo 17 da Lei 8.666/93	13
1.2 Dispensa e inexigibilidade de licitação no “Sistema S”	18
Referências.....	20

2 A APOSENTADORIA ESPONTÂNEA E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO 21

Alexandre Minghin

2.1 Considerações iniciais	23
2.2 Pertinência do tema para o SESI e para o SENAI	23
2.3 Do conceito e das espécies de aposentadoria	24
2.4 Evolução legislativa	25
2.5 Principais argumentos favoráveis à extinção do contrato de trabalho em virtude da aposentadoria.....	27
2.6 Do direito comparado.....	29
2.7 Principais argumentos desfavoráveis à extinção do contrato de trabalho em virtude da aposentadoria.....	30
2.8 Conclusão.....	33
Referências.....	34

3 A DESNECESSIDADE JURÍDICA DE ADAPTAÇÃO DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI AO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE..... 37

Aline Paola C. Braga Camara de Almeida

3.1 Introdução.....	39
3.2 O fundamento de validade da Lei Complementar n.º 123/06.....	40
3.3 As alterações do regime das licitações públicas em face da LC n.º 123/06 e o princípio da eficiência	43
3.4 A natureza das normas do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI. Os princípios e as normas gerais de licitação	46
3.5 Conclusões	50
Referências	52

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA RELAÇÃO DE EMPREGO 55

Ana Maria Santos Marques de Lucena

4.1 Introdução.....	57
4.2 Objetivo	57
4.3 Justificativa	58
4.4 O princípio da dignidade humana	58
4.5 Aplicação do princípio da dignidade humana no direito do trabalho.....	60
4.6 Conclusão.....	66
Referências.....	67

5 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O SISTEMA “S” 69

Bruno Novaes Rosa

5.1 Introdução.....	71
5.2 Desenvolvimento.....	71
5.3 Conclusão.....	78

6 INCRA, FUNRURAL, SALÁRIO EDUCAÇÃO E SAT – UMA DEFESA SISTÊMICA - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	79
Carlos José Kurtz, Fabricia Lemser Martins, Francisca José de Melo e Silvia Passoni Mattos Carreirão (CO-AUTORIA)	
6.1 Introdução	81
6.2 Problema.....	81
6.3 Autuações	82
6.4 Defesa.....	83
6.5 Conclusão.....	91
7 “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”	93
Fabiola Pasini	
Referências.....	105
8 A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA AS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”	107
Gisela Pimenta Gadelha	
8.1 Introdução à propriedade intelectual	109
8.2 Importância da propriedade intelectual no mundo dos negócios	110
8.3 Marcas e o Sistema “S”	111
8.4 Patentes e o Sistema “S”	114
8.5 Direitos autorais e o Sistema “S”	117
8.6 Conclusão	121
Referências.....	122
9 NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS, TERRESTRES E OUTROS SERVIÇOS	125
Grace Karen Decker, Larissa Gomes e Fernanda Pareja (CO-AUTORIA)	
Referências.....	134
10 POSSIBILIDADE DO SESI E SENAI INSTITUÍREM UM PLANO DE SAÚDE PRÓPRIO REFLEXOS REGULATÓRIOS E LICITATÓRIOS	135
Gustavo Kelly Alencar	
10.1 Introdução	137
10.2 Saúde suplementar – histórico, reflexos na contratação direta e necessidade de licitação	137
10.3 Da possibilidade do SESI-RJ exercer atividade de saúde suplementar	144
10.4 Estrutura da OPS	148
10.5 Conclusões	149
Referências.....	150
11 DO DIREITO A RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS.....	151
Jefferson Marinho	
11.1 Do direito a restauração do equilíbrio econômico -financeiro dos contratos	153
Referências.....	165

12 DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA OU DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE FABRICANTE, EM SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE FISCAL, QUE SUPOSTAMENTE PARTICIPA DE LICITAÇÕES POR MEIO DE INTERPOSTA REVENDEDORA COM SITUAÇÃO REGULAR 167

Jose Carlos Imbriani

12.1 Introdução.....	169
12.2 Exame do parecer elaborado pelo ilustre Professor Doutor Adilson Abreu Dallari	169
12.3 Desconsideração da personalidade jurídica	170
12.4 As lições da doutrina	171
12.5 Aplicação ao caso concreto	172
12.6 Considerações finais e conclusivas	173

13 ART. 475 J DO CPC VERSUS INTIMAÇÃO DO DEVEDOR..... 175

Márcio Bruno Souza Elias e Sylvia Lorena de Souza (CO-AUTORIA)

13.1 Introdução.....	177
13.2 Conclusão.....	181
Referências.....	182

14 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS ENQUANTO INSTRUMENTOS REALIZADORES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL 183

Marco Antônio Guimarães

14.1 Introdução.....	185
14.2 Da natureza jurídica dos serviços sociais autônomos	185
14.3 Dos objetivos dos serviços sociais autônomos	187
14.4 Os serviços sociais autônomos enquanto meios à realização do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais.....	188
14.5 Serviços sociais autônomos e o princípio da proibição do retrocesso social	194
14.6 Considerações finais	199
Referências.....	200

15 LEI COMPLEMENTAR 123/2006 E AS LICITAÇÕES PROMOVIDAS PELO SESI E SENAI..... 201

Mariana Rocha Urban

15.1 A lei complementar 123/2006.....	203
15.2 Das novas regras de licitação contidas na LC 123/2006.....	204
15.3 Da inaplicabilidade da Lei 8.666/93 ao SESI e ao SENAI	208
15.4 Da tese pela aplicabilidade da LC 123/2006 pelo SESI e SENAI.....	210
15.5 Da tese pela inaplicabilidade da LC 123/2006 pelo SESI e SENAI	211
15.6 Conclusão.....	212
Referências.....	215

16 NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS RELATIVAMENTE À COMERCIALIZAÇÃO DE BENS PELO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA: UM ESTUDO DE CASO DO DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ.....	217
Marisa Sanford Silveira	
16.1 Introdução	219
16.2 Da natureza jurídica do Serviço Social da Indústria. Aplicação do art. 150, vi, c, da Constituição Federal. Imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos....	219
16.3 Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da imunidade das entidades assistenciais sem fins lucrativos. Não-incidência do ICMS relativamente à comercialização de bens por elas produzidos , nos termos do art . 150, VI, c, da CF.....	227
16.4 Conclusão	230
Referências.....	231
17 TESES DAS AÇÕES MOVIDAS EM FACE DO SESI/SENAI, VISANDO A NÃO INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES	233
Rodrigo Simões Frejat	
17.1 Primeira tese – inconstitucionalidade – CF/37	235
17.2 Segunda tese – inconstitucionalidade – ART. 25 e 34, § 5º do ADCT.....	236
17.3 Terceira tese – inconstitucionalidade dos artigos 149; 150, I, 153, IV; 156, III, 195 e 240, da CF/88.....	240
17.4 Quarta tese – da exclusão como destinatária das contribuições.....	241
17.5 Peculiaridades	241
17.6 Dos recursos para Tribunais Superiores.....	243
17.7 Jurisprudência do STJ	243
17.8 Finalização.....	247
Referências.....	248
18 O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO.....	249
Sylvia Lorena de Souza	
18.1 Introdução	251
18.2 Conceito.....	251
18.3 Caracterização	252
18.4 Conseqüências no âmbito jurídico	258
18.5 Conclusão.....	261
Referências.....	262
19 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E A TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS: REPENSANDO O SISTEMA SINDICAL PÓS-MODERNO	265
Thiago Morelli Rodrigues de Sousa	
19.1 Introdução e delimitação do tema	267
19.2 Os serviços sociais autônomos: sua concepção e características	268
19.3 Lineamentos quanto ao desenvolvimento da sociedade: o paradigma das eras de direitos	273
19.4 Conclusão	278
Referências.....	282

APRESENTAÇÃO

É com muito orgulho que apresento a publicação das teses inscritas no primeiro Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico, pois fruto de uma semente que ajudei a plantar.

Há cinco anos, a Superintendência Jurídica do Sistema Indústria, apoiada pela direção superior, lançou o Encontro Nacional dos Advogados do SESI/SENAI – ENASS, que se consolidou como espaço vital de discussão, disseminação e equalização do conhecimento jurídico sobre temas de interesse dessas singulares entidades, pouco estudadas, apesar de suas importâncias na educação, na formação profissional, na saúde, na cultura, no lazer, na inovação tecnológica, na responsabilidade social, tanto para os trabalhadores como para a indústria brasileira.

Agora, em sua 5ª edição, nasce o Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico, não com espírito de pura competição, mas, como seu complemento lógico e natural, para estimular ainda mais a pesquisa, a formulação de teses de relevância institucional e, também, o mérito.

E são as teses participantes, consubstanciando as reflexões de 24 advogados de todos os estados do país, responsáveis pela defesa dos interesses do Sistema, que convido os interessados a lerem nas páginas seguintes.

Os trabalhos, na primeira fase, foram examinados pelos juristas, aos quais desde logo agradeço, Leonardo Greco, Marcos Juruena Villela Souto, José dos Santos Carvalho Filho, Sérgio Murilo Santos Campinho, por mim e pelo Doutor Antônio Carlos Brito Maciel, este com a visão de Superintendente Corporativo do Sistema Indústria, pois a experiência indica que, cada dia mais, o advogado deve escrever suas orientações pensando na compreensão daquele que as aplicará, o qual, em geral, não é um operador do direito.

Na segunda fase, que terá lugar nos dias 7 a 9 de novembro, em Recife, os selecionados serão submetidos à avaliação final do Plenário do 5º ENASS.

Portanto, no momento em que escrevo, não sei quais serão os participantes premiados, mas, independente do resultado, a meu ver, todos, cujos nomes estão em destaque na capa, são vencedores e, por efeito lógico, o SESI e o SENAI que instituíram o Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico.

Helio Rocha

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



1 LICITAÇÃO DISPENSADA – HIPÓTESE DE ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ENTRE ENTIDADES DO MESMO SISTEMA FEDERATIVO – ART. 17 DA LEI 8.666/93.

**ALEXANDRA ROLIM SAHAGOFF
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O presente tem por escopo estudar a licitação dispensada, prevista no artigo 17, inciso I da Lei nº 8.666/93, relativamente à alienação de bens imóveis, com ênfase à hipótese da alínea “e” (instituída pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994) do referido inciso e sua aplicabilidade aos processos licitatórios do SESI e demais entidades pertencentes ao Sistema S, em especial, o SENAI.

1.1 SOBRE A LICITAÇÃO DISPENSADA – ARTIGO 17 DA LEI 8.666/93

O artigo 37, inciso XXI de nossa Constituição Federal prevê que a licitação é a regra para a contratação, sendo qualquer forma de contratação direta, a exceção.

A razão pela qual a regra para a contratação por parte da Administração Pública direta e indireta é a licitação, não é outra senão salvaguardar o interesse público, mediante a escolha da proposta que trará maiores vantagens em prol do ente licitante, impedindo fraudes e garantindo que todos que tenham possibilidade de atender aos requisitos específicos da licitação tenham acesso livre à disputa. Nesse sentido podemos citar a lição de Marçal Justen Filho, *in verbis*:

“a supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação para contratações da Administração Pública. No entanto existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos.” (Justen Filho, Marcel, 2000)

Pois bem, as hipóteses nas quais a licitação seria impossível ou contrária aos interesses públicos a que se refere o autor acima citado, são as que permitem o que se denomina “contratação direta” pela Administração Pública: a dispensa, a dispensabilidade e a inexigibilidade, previstas nos artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, respectivamente.

É bem verdade que os artigos 24 e 25 da Lei de Licitações e Contratos são os mais utilizados para afastar o procedimento licitatório, mas nem por isso as disposições constantes do artigo 17 da referida Lei e que tratam da licitação “dispensada” deixam de ser aplicáveis em determinados casos, consoante se demonstrará a seguir.

Antes de adentrarmos no conceito do que vem a ser a licitação “dispensada”, cumpre, primeiramente, definir o que é licitação “dispensável” e “inexigível” (artigos 24 e 25 da LLC).

O artigo 25 trata da inexigibilidade de licitação, que se traduz na impossibilidade de concorrência. Consoante entendimento de Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo em artigo de sua autoria intitulado “Dispensa e inexigibilidade de licitação e moralidade administrativa”, veiculado pelo site jus navegante, “a inexigibilidade difere da dispensa, visto que nesta a licitação é possível,

viável, e apenas não se realiza por conveniência administrativa; naquela o certame queda-se impossível por impedimento relativo ao bem que se deseja adquirir, à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Torna-se inviável a contenda, tendo em vista que um dos competidores reúne qualidades exclusivas, tolhendo os demais pretensos participantes”.

Em resumo, nas hipóteses de inexigibilidade, a licitação é desnecessária ou impossível. Importante consignar que as hipóteses de inexigibilidade elencadas nos incisos do artigo 25 da LLC são apenas exemplificativas, comportando outras situações que não estejam expressamente ali previstas.

Já na licitação “dispensável”, há que se pensar que muito embora seja viável a realização do certame licitatório, ele deixa de ser realizado por ser inoportuno e inconveniente para a Administração Pública, por existirem outros valores jurídicos que afastam a sua obrigatoriedade.

Segundo Vera Lúcia Machado D’Avila, a dispensa “é figura que isenta a Administração do regular procedimento licitatório, apesar de no campo fático ser viável a competição, pela existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço. Entretanto, optou o legislador por permitir que, nos casos por ele elencados, e tão-somente nesses casos, a Administração contrate de forma direta com terceiros, sem abrir o campo de competição entre aqueles que, em tese, poderiam fornecer os mesmos bens ou prestar os mesmos serviços”.

A primeira conclusão é que o rol de hipóteses que permitem à Administração Pública “dispensar” o procedimento licitatório é taxativo, não comportando outras situações que não as expressamente previstas nos incisos do artigo 24 da LLC. De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes *in* Contratação Direta sem Licitação, 5ª Edição, Brasília Jurídica:

“Para que a situação possa implicar em dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável, previstas expressamente em lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam a dispensa de licitação.” (grifos do original)

A segunda conclusão é que a dispensa, neste caso, depende de decisão de caráter subjetivo da Administração Pública, que deverá optar por realizar ou não o procedimento licitatório, conforme lhe for mais conveniente. Tal subjetividade não é, entretanto, absoluta e a dispensa deve ser formalizada através de processo onde reste absolutamente comprovado que é, efetivamente, a melhor escolha para aquela determinada situação. Traduz-se, portanto, numa “liberalidade” permitida por lei, desde que observadas determinadas condições.

O professor Alipio Reis Firmo Filho, em artigo intitulado “FALANDO SOBRE A LICITAÇÃO: Aplicação das normas da licitação. Parte II”, veiculado através do site www.editoraferreira.com.br, assim se manifesta:

“Todavia, a prerrogativa outorgada ao aparelho estatal fundada na prerrogativa de poder ignorar alguns fornecedores em benefício de um apenas há que ser recebida com temperamentos, visto que poderá se transformar num procedimento **perigoso e danoso** para a Administração Pública. Isto porque ela poderá ser alvo de ações judiciais movidas por eventual ou eventuais fornecedores inconformados por esta sua atitude. Além disso, é possível que o servidor público encarregado da compra tenha a intenção de beneficiar apenas um determinado fornecedor recorrendo tão-somente a critérios estritamente pessoais.

(...)

Essa forma de eleger um fornecedor é denominada de LICITAÇÃO DISPENSÁVEL. **Dispensável** porque o motivo da dispensa nasce a partir da conduta do agente público que, ao fazer um paralelo entre a situação real que se apresenta à sua frente e as hipóteses enumeradas pela lei, toma uma posição **valorativa** ESCOLHENDO o fundamento legal que melhor se alinhe com os pressupostos legais. Nesse processo de escolha há, por isso mesmo, um certo grau de subjetividade do agente.” (grifos do original)

As duas situações acima mencionadas, licitação dispensável e inexigível, previstas nos artigos 24 e 25 da LLC, são bem conhecidas e há farta doutrina e jurisprudência que tratam da matéria. O mesmo não ocorre, porém, quanto às disposições do artigo 17, que acabam passando como “irrelevantes”, mas isto não é verdade, até porque nenhuma lei contém ou deve conter comandos desnecessários.

O artigo 17 da Lei 8.666/93, inciso I, tem a seguinte redação:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f* e *h*;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

(...)” (grifos da autora)

O artigo parcialmente transcrito acima trata da licitação “dispensada” e que tem grande diferença com a “dispensável”, aqui já definida.

Como se vê, as hipóteses dos incisos do artigo 17, referem-se às alienações (daí alguns autores referirem-se como “venda direta” as situações que decorrem da licitação dispensada em contraposição à “contratação direta”).

Para facilitar o entendimento da diferença entre as duas figuras jurídicas, pode-se dizer que nas situações previstas nos incisos do artigo 24, o Poder Público “incorpora” bens ao seu patrimônio, ao passo que naquelas previstas nos incisos do artigo 17, os bens são “desincorpo-

rados” do patrimônio público. Ademais, o artigo 17 refere-se tão somente aos bens, enquanto o artigo 24 abrange bens e **serviços**.

Outra diferença é que na licitação dispensada prevista no artigo 17 da LCC, a administração pública figura no pólo ativo da relação, com interesse em dispor de parte de seu patrimônio (bens imóveis, inciso I e bens móveis, inciso II). Já na licitação dispensável, a Administração Pública figura no pólo passivo da relação contratual, assumindo a condição de compradora ou tomadora de serviços.

Portanto, a licitação dispensada é situação que decorre diretamente da lei, independentemente da vontade do agente público. Não há espaço aqui para a subjetividade, posto que o ato de dispensa encontra-se completamente vinculado à lei.

Quando se fala da licitação “dispensada” há que se pensar que a administração pública não possui qualquer discricionariedade, pois já existe uma situação autorizadora prevista em lei. Na licitação “dispensável” (artigo 24 e incisos da Lei nº 8.666/93), a lei “faculta” ao agente público proceder ou não à licitação.

A alínea “e” do inciso I do artigo 17 da LLC, que foi acrescentado pela Lei nº 8.883/94, diz ser dispensada a licitação nas hipóteses de venda de bens imóveis entre órgãos ou entidades públicas e a razão é óbvia: tendo ambas as partes a mesma finalidade, a alienação de um bem público por um ente da administração pública à outro, é certo que a alienação dará melhor serventia ao imóvel alienado.

Para que se proceda à alienação de bens imóveis, ainda que esteja dispensada a licitação, é necessário que haja interesse público devidamente justificado, autorização legislativa (aplicável somente quando se tratar de bens pertencentes à órgãos da administração direta e entidades autárquicas fundacionais) e avaliação prévia, dispensando-se o procedimento previsto no artigo 26 da LLC.

1.2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NO “SISTEMA S”

Feitas as distinções entre as situações de licitação inexigível, dispensável e dispensada, cumpre verificar quais são as exceções ao dever de licitar que foram contempladas no Regulamento de Licitações e Contratos do SESI.

Como se sabe, entre as entidades paraestatais obrigadas a adotar regulamento de licitação próprio, encontram-se englobados os serviços sociais autônomos, pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes ao denominado “Sistema S”, dentre os quais o SESI.

O Regulamento de Licitações e Contratos do SESI foi aprovado pelo Ato *ad referendum* nº 01/2006, de 21 de fevereiro de 2006, do Conselho Nacional do SESI, e é observado em todos os procedimentos de licitação e também nos casos de dispensa e inexigibilidade.

Pois bem, as situações relativas à licitação dispensável encontram-se discriminadas nos incisos do artigo 9º do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e as de inexigibilidade, no artigo 10 e ao contrário da Lei 8.666/93, que separa os procedimentos de alienação daqueles de contratação, em nosso Regulamento algumas situações de alienação foram inseridas nas hipóteses de dispensa (licitação dispensada) e inexigibilidade, quais sejam:

- a) nos incisos II (nas alienações de bens até o valor previsto no inciso III, alínea “a” do art. 6º) e XV (na venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsas) do artigo 9º; e
- b) nos incisos IV (na permuta ou dação em pagamento de bens, observada a avaliação atualizada) e V (na doação de bens) do artigo 10.

Verifica-se, portanto, que as principais hipóteses de alienação de bens foram contempladas em nosso Regulamento, muito embora não estejam corretas sob o ponto de vista jurídico, pois permuta, dação em pagamento e doação de bens não são hipóteses de inexigibilidade e sim de licitação dispensada como explicado acima.

Entretanto a venda direta de bens à administração pública e entre entes pertencentes ao mesmo sistema federativo não foi contemplada com a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade.

Num exemplo prático, supondo que haja a necessidade de vender um imóvel pertencente ao SESI ou qualquer das demais entidades integrantes do Sistema S, imóvel este que se constitua numa unidade autônoma dentro de um Edifício cujas demais unidades pertençam exclusivamente ao SESI e que haja interesse por parte de alguma das entidades irmãs ou outra entidade pertencente ao mesmo sistema federativo (como por exemplo, a própria federação das indús-

trias local) em adquirir tal imóvel, não existe em nosso atual Regulamento qualquer hipótese que possa permitir que não se proceda à licitação para a venda do referido imóvel.

Seria esta uma hipótese de “inexigibilidade” de licitação, onde se admite a ocorrência de situações que não apenas as expressamente arroladas na norma (situações meramente exemplificativas)? No meu entendimento não seria possível alegar tratar-se de situação de inexigibilidade, levando em consideração que não resta configurada a “inviabilidade de competição”.

E nestas condições, estando obrigado a licitar, o que acontecerá se uma empresa, qualquer que seja a área em que atue, venha a apresentar o maior preço e sagre-se vencedora do certame? Indo ainda mais além, supondo que a empresa possa participar das licitações realizadas pela entidade, como ficará a questão sob o ponto de vista dos princípios que regem a licitação, em especial o da moralidade e probidade administrativa? Poderia a empresa beneficiar-se pelo fato de estar localizada no mesmo Edifício onde funciona a sede da entidade?

Neste sentido, seria conveniente que nosso Regulamento observando as mesmas disposições da Lei nº 8.666/93, em especial aquelas constantes do artigo 17, também contivesse alguma previsão de que a venda de bens imóveis entre entes pertencentes ao mesmo sistema federativo (ou até mesmo confederativo) estivesse dispensada de licitação (venda direta), observando-se tão somente para sua efetivação os requisitos de justificado interesse e avaliação prévia, dispensado o procedimento descrito no artigo 11 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI.

Apenas como exemplo, cito o Regulamento de Licitações do Banco do Brasil, publicado no Diário Oficial da União em 24.06.1996 e que em seu artigo 26, prevê, expressamente, as situações de licitação dispensada, dentre as quais, para a alienação de bens imóveis, a “venda a subsidiária do Banco, ou a órgão ou entidade da Administração Pública”. Fica claro que o Regulamento de Licitações do Banco do Brasil foi elaborado de forma a permitir que o Banco possa efetuar a venda direta de bens imóveis a suas subsidiárias, além de órgãos e entidades da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA IMPRESSA:

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “Contratação Direta sem Licitação”. 5ª Ed. Brasília. Brasília Jurídica, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. “Dispensa e inexigibilidade de licitação”. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 8ª Edição, Editora Dialética, São Paulo, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Curso de Direito Administrativo”, Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

BIBLIOGRAFIA NA INTERNET:

www.jusnavigandi.com.br texto intitulado “Dispensa e inexigibilidade de licitação e moralidade administrativa” de autoria de Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo;

www.editoraferreira.com.br texto intitulado “FALANDO SOBRE LICITAÇÃO: Aplicabilidade das normas da licitação – Parte II de autoria de Alípio Reis Firmo Filho;

www.ambito-juridico.com.br texto intitulado “As Entidades Paraestatais” de autoria de Manoela Farracha Labatut Pereira;

www.celepar7cta.pr.gov.br/PRPrevidencia, Estudo do Prof. Sergio de Andréa Ferreira (PARANACIDADE);

www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Administrativo

www.direitopublico.com.br, texto “A licitação é regra ou exceção: repensando a contratação direta” de autoria do Professor Renato Geraldo Mendes.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



2 A APOSENTADORIA ESPONTÂNEA E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

ALEXANDRE MINGHIN
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O entendimento no sentido de que a aposentadoria espontânea ou voluntária encerrava o contrato de trabalho era praticamente uníssono nos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como no Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nº 1.721 e 1.770) que versavam sobre a inconstitucionalidade dos parágrafos do artigo 453 da CLT e o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n.º 177 da SBDI-1 do TST., provocaram uma verdadeira revolução no posicionamento doutrinário e jurisprudencial, fomentando discussões acirradas sobre os efeitos da concessão da aposentadoria espontânea no contrato de trabalho.

Em apertada síntese, procuraremos conceituar e diferenciar os tipos de aposentadoria, apresentar a evolução legislativa do tema, expressar os argumentos daqueles que entendem que a aposentadoria implica na cessação do contrato de trabalho e daqueles que entendem o contrário, bem como apresentar a conclusão acerca da matéria.

2.2 PERTINÊNCIA DO TEMA PARA O SESI E PARA O SENAI

Tanto o SESI quando o SENAI, além de serem excelentes empregadores, aglomeram profissionais de altíssima qualidade, o que evidencia que muitos são os empregados que se aposentam quando ainda trabalham nos quadros das Entidades.

Assim, o conhecimento acerca dos efeitos da aposentadoria espontânea no contrato de trabalho é de suma importância, não só para os colaboradores que laboram diretamente com os recursos humanos, mas também para todos aqueles que fazem parte do quadro do SESI ou do SENAI, uma vez que o que está em jogo é a continuidade, ou não, do emprego após a concessão da aposentadoria espontânea, bem como os reflexos econômicos e trabalhistas gerados em face da postura adotada, pelas Entidades, frente ao tema.

Muito importante, também, salientar que as recentes alterações promovidas pela declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos do artigo 453 da CLT, bem como o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 177 da SBDI-1 do C. TST., implicaram na mudança de um posicionamento antes pacífico e majoritário da Justiça do Trabalho, razão pela qual conhecer os principais argumentos e fatores que cercam o tema é de vital importância para todos que, um dia, irão se aposentar.

2.3 DO CONCEITO E DAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA

O mestre Melchíades Rodrigues Martins em seu artigo *Aposentadoria e extinção do contrato de trabalho*, publicado na Revista Ltr de Janeiro de 2007, ao tecer comentário sobre a matéria faz referência ao conceito de aposentadoria da seguinte forma: “... segundo o *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, por aposentadoria se entende o ‘afastamento de (uma pessoa) do serviço ativo, após completar os anos estipulados em lei para exercício de atividade ou, antes deste prazo, por invalidez’.”

Pois bem, a aposentadoria, por uma questão conceitual está umbilicalmente ligada ao afastamento das atividades, contudo, seria lógico presumir que a concessão da aposentadoria implicaria necessariamente na extinção do contrato de trabalho?

É o que será objeto do presente estudo.

Antes de adentrar ao mérito da questão é salutar diferenciar, em breves palavras, as demais espécies de aposentadoria e suas consequências no contrato de trabalho.

A aposentadoria por invalidez é concedida pela previdência social ao empregado que tem sua capacidade laborativa comprometida.

As disposições constantes no artigo 475 da CLT demonstram que o empregado aposentado por invalidez terá o contrato de trabalho suspenso durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para efetivação do benefício. A mesma interpretação é conferida pela Súmula 160 do TST.

Apenas a título de esclarecimento, a Súmula 217 do STF, que espelhava entendimento diverso, não mais prevalece.

O conceito de aposentadoria compulsória se encontra disposto no artigo 51 da Lei n.º 8.213/1991, que determina que desde que o segurado tenha cumprido o período de carência e atingido a idade mínima legal, a empresa poderá requerer sua aposentadoria por idade.

Como este tipo de aposentadoria é requerido pela empresa, ou seja, como a iniciativa não advém do empregado, as verbas rescisórias serão equivalentes às pagas na dispensa imotivada.

Neste sentido são os ensinamentos de Gustavo Felipe Garcia, em seu texto doutrinário *Aposentadoria e Contrato de Trabalho: Atualidades e Reflexos Decorrentes da Jurisprudência do STF*, publicado no repertório de jurisprudência na 2ª Quinzena de abril de 2007: “...Por isso, na referida modalidade de aposentadoria, embora não tão frequente, não há dúvida quanto ao

efetivo término do contrato de trabalho, tendo o empregado direito às verbas rescisórias equivalentes, à dispensa sem justa causa.”

A aposentadoria definitiva e voluntária é requerida pelo próprio empregado sendo alvo do presente estudo, uma vez que sua evolução legislativa, por diversas vezes, permitiu interpretações ambíguas sobre o encerramento do contrato de trabalho a partir de sua concessão.

2.4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No início, as disposições legais vigentes determinavam o desligamento do empregado para a concessão da aposentadoria, conforme a LOPS, Lei n.º 3.807/1960 que previa o desligamento do empregado para a concessão da aposentadoria, o Decreto-Lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, que em seu artigo 9º, acrescentou o §7º ao artigo 32 da Lei citada acima e dispôs que a aposentadoria por tempo de serviço seria devida desde a data da comprovação do desligamento do emprego ou do efetivo afastamento das atividades.

Na mesma esteira a Lei n.º 5.890 de 1973, no §1º do artigo 8º e no §3º do artigo 10 dispunha que o segurado somente teria direito à aposentadoria se extinguisse o contrato de trabalho ou se afastasse de suas atividades.

A Lei n.º 6.204 de 29 de abril de 1975 conferiu nova redação ao artigo 453, *caput*, da CLT, acrescentando o termo “aposentadoria espontânea” em sua parte final. Tal alteração legislativa implicou no cancelamento da Súmula 21 do TST, haja vista que trazia interpretação divergente, no sentido de que o empregado aposentado teria direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, caso continuasse ou retornasse ao serviço.

Também foram importantes as alterações promovidas pela Lei n.º 6.887 de 10 de dezembro de 1980 que conferiu nova redação ao §3º do art. 10 da Lei n.º 5.890/73, não mais exigindo o desligamento do empregado para receber o benefício previdenciário, assim, o empregado poderia esperar o benefício sem ter que romper o vínculo de emprego.

No ano seguinte, em 1981, a Lei n.º 6.950 em seu artigo 3º inciso I, voltou a estabelecer condições exigindo o desligamento do empregado para a concessão da aposentadoria.

Neste mesmo sentido dispôs o Decreto n.º 89.312 de 1984 no artigo 32, §1º, *a e b*, uma vez que havia previsão de desligamento do emprego para a concessão da aposentadoria.

Em **1991**, as previsões dos artigos 49, I, *b* e 18 da Lei n.º 8.213, indicavam que não havia necessidade de desligamento do empregado do serviço, enquanto aguardava a concessão do benefício.

A MP n.º 381 de 6 de dezembro de **1993** em seu artigo 2º conferia nova redação ao artigo 49 da Lei 8.213/91, ato contínuo exigia que o empregado se desligasse da empresa para efetuar o requerimento da aposentadoria.

Tais modificações na citada Lei Previdenciária foram objeto das MPs n.º 408, 425 e 446, todas de **1994**, entretanto, a única que foi convertida em Lei, a MP 446 que resultou na Lei 8.870, quando da conversão preservou a redação anterior do artigo 49 da Lei n. 8.213/91, razão pela qual o mesmo não foi modificado.

Ainda é relevante notar que durante o pequeno interregno (outubro de **1996** a janeiro de **1997**) em que vigeu o artigo 138 da Lei n.º 8.213/91, a concessão da aposentadoria implicava, necessariamente, na extinção do contrato de trabalho, pois o texto do referido artigo era claro neste sentido.

Finalmente a Lei n.º 9.528 de 10 de dezembro de **1997** introduziu os parágrafos 1º e 2º no artigo 453 da CLT, e dispunha de forma inequívoca que a aposentadoria implicava na extinção do contrato de trabalho. Tais parágrafos tiveram a eficácia suspensa pelas ADins (1770-4 e 1721-3) respectivamente em **1998** e **1997** e foram julgados inconstitucionais em novembro de 2006.

Mesmo não se tratando de imposição legal, é importante salientar que a Orientação Jurisprudencial n.º 177 da SBDI-1 do C. TST, que considerava que a concessão da aposentadoria espontânea encerrava o contrato de trabalho, foi inserida no ordenamento jurídico em 08/11/**2000**, mantida em 28/10/2003 e foi cancelada em 30/10/2006, ante o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade acima citadas.

2.5 PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM VIRTUDE DA APOSENTADORIA.

É importante analisar os argumentos daqueles que entendem que a aposentadoria é extintiva do contrato de trabalho, mesmo após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e o cancelamento da O.J. n.177 da SBDI-1 do TST.

Para esta corrente, as decisões do STF que julgaram inconstitucionais os §§1º e 2º do art. 453 da CLT, não apreciaram a matéria constante no *caput* do referido artigo, razão pela qual defendem o entendimento de que o mesmo está em plena vigência.

Dispõe o referido artigo que:

“Art. 453. No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, **salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.** (Redação dada pela Lei nº 6.204, de 29.04.1975)” (negrito não consta no original)

A interpretação da norma acima transcrita permitiria concluir que o empregado que se aposenta não poderá contar o tempo de serviço anterior na empresa, como se houvesse sido despedido por falta grave ou recebido indenização legal (proveniente da dispensa), o que embasaria a extinção da relação de emprego.

Os §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, antes de serem considerados inconstitucionais, já tinham sua eficácia suspensa pelas medidas liminares em ações diretas de inconstitucionalidade, razão pela qual o julgamento do mérito das referidas ações e a declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos não poderiam implicar na mudança de posicionamento acerca do tema.

O inciso II do §3º do art. 1º da Lei n.º 4.090/1962 também seria claro no sentido de que a aposentadoria é causa de cessação do contrato de trabalho.

Por sua vez, a disposição do artigo 11 da Lei n.º 9.528/1997 também faz referência neste sentido, ou seja, de que: “A *extinção do vínculo de que trata o § 1º do artigo 453 da CLT...*”.

A Lei 8.213/91, em seu artigo 33, demonstra que a renda mensal do benefício de prestação continuada (aposentadoria) substitui o rendimento do trabalho do segurado, assim, a conclusão seria no sentido de que o benefício em questão implica na extinção do vínculo de emprego, pois os valores recebidos pela aposentadoria substituiriam o salário do empregado.

A disposição constante na Súmula 295 do C. Tribunal Superior do Trabalho, intocada, também permitiria concluir que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho, pois:

“Nº 295 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. DEPÓSITO DO FGTS. PERÍODO ANTERIOR À OPÇÃO - NOVA REDAÇÃO

A cessação do contrato de trabalho em razão de aposentadoria espontânea do empregado exclui o direito ao recebimento de indenização relativa ao período anterior à opção. A realização de depósito na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de que trata o § 3º do art. 14 da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, é faculdade atribuída ao empregador.” (negrito não consta no original).

Dentre outros, comungam deste entendimento os mestres Sérgio Pinto Martins, Amauri Mascaro do Nascimento, Octavio Bueno Magano, Arnaldo Sússekind e Luiz Inácio Barbosa Carvalho.

Demonstrando que os doutrinadores acima elencados têm este entendimento, o Mestre Sérgio Pinto Martins discorre sobre o tema “Aposentadoria e Rescisão do Contrato de Trabalho” no Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de Janeiro de 2007 – N.º 2/2007 – VOLUME II:

“Entendo que a aposentadoria continua a ser uma forma de cessação do contrato de trabalho, pois o segurado ao se aposentar, deixa de receber salário para receber uma prestação previdenciária. Já emiti ponto de vista nesse sentido. Vários doutrinadores se posicionaram nesse sentido, na vigência da Lei nº 8.213, como Octavio Bueno Magano, Arnaldo Sússekind e Luiz Inácio Barbosa Carvalho, Amauri Mascaro do Nascimento, Caso o empregado continue prestando serviços na empresa, inicia-se novo pacto laboral.”

Assim, verifica-se que os grandes nomes da Doutrina Trabalhista têm entendimento no sentido de que a aposentadoria espontânea implica na extinção do contrato de trabalho, mesmo que o empregado continue a prestar serviços na empresa.

2.6 DO DIREITO COMPARADO

Sérgio Pinto Martins, que entende que a aposentadoria espontânea implica na extinção do contrato de trabalho, ao dispor sobre o tema no mesmo repertório acima referido, faz uma importante análise no direito comparado sobre os efeitos da concessão da aposentadoria no contrato de trabalho, conforme transcrito:

“Na **Espanha**, o Estatuto dos Trabalhadores dispõe que o contrato de trabalho se extinguirá com a aposentadoria do trabalhador (art. 49, *f*).

Em **Portugal**, a *reforma* do trabalhador por velhice ou invalidez importa a caducidade do contrato de trabalho (art.387, *c*, do Código de Trabalho), com a cessação automática do pacto laboral. [...]

Na **Argentina**, quando o trabalhador possa requerer o benefício previdenciário pelo porcentual máximo, tem o empregador a obrigação de manter o emprego pelo prazo máximo de um ano. Concedido o benefício ou vencido o prazo mencionado, o contrato de trabalho fica extinto (art. 252 da Ley do Contrato de Trabajo, com redação determinada pela Ley nº 21.659).

Na **Grã-Bretanha**, o trabalhador, para fazer jus à ‘pensão por velhice’, deve efetivamente estar afastado de qualquer atividade e ter 65 anos (homem) e 60 (mulher). Após os 70 anos é autorizada a admissão em novo emprego.

Na **França**, a aposentadoria por vontade do empregado importa na rescisão do contrato de trabalho.

Na **Bélgica**, o aposentado é proibido de exercer atividade profissional, sob pena de ter suspenso o seu benefício.

Na **Alemanha**, a aposentadoria não faz cessar o contrato de trabalho, mas, geralmente, as convenções coletivas determinam a cessação do contrato de trabalho, observada determinada idade.

Na **Itália**, a *pensione di vecchiaia* é concedida aos 60 anos aos homens e aos 55 anos às mulheres, os quais podem continuar a trabalhar por mais cinco anos, para fazer jus aos montantes máximos do benefício.”

Importante salientar que as legislações de todos os países citados acima demonstram o entendimento compartilhado pelo autor do estudo de onde foram transcritas, contudo é importante salientar que tal posicionamento não é uníssono, conforme a própria legislação brasileira demonstra, pois, não houve pacificação sobre o tema.

2.7 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM VIRTUDE DA APOSENTADORIA

Vários são os argumentos daqueles que entendem que a aposentadoria espontânea não implica na extinção do contrato de trabalho, aliás, essa corrente ganhou muita força com o julgamento das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade bem como com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n.º 177 da SBDI-1 do C. TST.

Um dos principais argumentos no qual se amparam aqueles que defendem esta posição, reside no fato de que a previsão contida no *caput* do artigo 453 da CLT “... *excetua a contagem do tempo de serviço de empregado readmitido que se aposentou, evidentemente, porque, como aposentado, a contagem anterior já não lhe serviria para a concessão do benefício previdenciário, ...*”, conforme os dizeres do Dr. Cristiano Augusto Rodrigues Possídio (Publicação no Juris Síntese n.º 54 – JUL/AGO de 2005).

Os que entendem desta forma, defendem que quando o legislador teve a intenção de disciplinar que a aposentadoria espontânea implicava na extinção do contrato de trabalho, foi inserido o §2º no artigo 453, assim, pensar o contrário seria anuir com a repetição das disposições constantes no *caput*, o que certamente não teria sido a intenção do legislador.

Alguns doutrinadores também entendem que os parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT, apenas e tão somente visavam atingir os empregados das empresas públicas, para que não houvesse acumulação de benefícios e salários pagos diretamente dos cofres públicos, já que a idéia era anular um “segundo” contrato de trabalho iniciado a partir da concessão do benefício previdenciário, em desatendimento ao artigo 37, incisos II e XVI da Constituição Federal.

Neste sentido dispôs Arion Sayão Romita em texto publicado na Revista Ltr em Dezembro de 2006.

“O que a Lei n. 9.528 decidiu foi, na verdade encampar o procedimento dos dirigentes das empresas públicas e das sociedades de economia mista que resistiram às pressões de cima, no sentido da dispensa pura e simples dos ‘aposentados ativos’, sob o pretendido fundamento da automática extinção do vínculo em virtude da concessão da aposentadoria.[...]”

Há também uma corrente, que até embasou decisões do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento é no sentido de que admitir que a concessão da aposentadoria implica na automática extinção do contrato de trabalho, seria criar uma modalidade de despedida arbitrária

ou sem justa causa, sem indenização, o que implicaria em ofensa ao artigo 7º, inciso I da Constituição Federal e 10 do ADCT.

Digno de nota que a redação das alíneas do artigo 49 da Lei n. 8.213/91 também daria amparo aos que convergem que a concessão da aposentadoria não implica na extinção do contrato de trabalho.

Isto porque a alínea “a” do referido dispositivo legal dispõe que a aposentadoria por idade será devida: “*da data do desligamento do emprego, quando requerida até esta data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ...*”. Já a alínea “b” disciplina: “*da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea a;*”.

Assim, para os defensores desta corrente, o texto legal acima indicado não determina que a concessão da aposentadoria importa na extinção do liame empregatício, pelo contrário, há disposição expressa no sentido de que o empregado pode receber o benefício sem prejuízo da continuidade no emprego.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) também foi lembrado por Cláudia Coutinho Stephan ao discorrer sobre o tema:

“Ressalta-se que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a qual se dirige e às exigências do bem comum, nos moldes ao art. 5º da LICC. Desse modo, considerando-se que a aposentadoria espontânea, como é notório em nosso país, não proporciona condições para que o trabalhador passe a inatividade de forma estável financeiramente, pelos ínfimos proventos que recebe, para manter sua sobrevivência, precisa continuar a trabalhar.”

É importante ressaltar também que alguns, como a doutrinadora acima citada, entendem que a disposição do *caput* do artigo 453 da CLT implicaria, implicitamente, na extinção do contrato de trabalho, entretanto, defendem que tal dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, especialmente ante o que rezam os artigos 1º, IV, 7º, I, 170, *caput* e 193, VIII.

A Lei n.º 10.741 de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, foi lembrada e utilizada por Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, em prol daqueles que não enxergam na aposentadoria uma causa de extinção do contrato de trabalho:

“O Estatuto do Idoso contém um capítulo sobre o direito ao trabalho e à profissionalização das pessoas com mais de 60 anos, preceituando ser vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, para a admissão em qualquer trabalho ou emprego, inclusive para concursos (ressalvados os casos em que a natureza do cargo exigir) (art. 27), e fixa a idade como critério posi-

tivo de desempate em concursos públicos. Por outro lado estabelece ser dever do poder público a preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, o que deve ser feito com antecedência mínima de 1 ano, bem como deve estabelecer estímulos às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Tal estatuto, instituído pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, também assegura em seu art. 26 que “o idoso tem direito ao exercício de atividade profissional”, observando que devem ser respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas. Assim, a idade por si só, não pode ser causa para a negação ao direito de exercício da atividade profissional.[...]”

Outro argumento relevante desta corrente diz respeito ao fato de que a aposentadoria é um benefício previdenciário, enquanto que a relação de emprego é regida pelo direito do trabalho, ou seja, a concessão da aposentadoria não poderia gerar efeitos na relação laboral, por se tratarem de institutos distintos. Neste sentido dispõe Jairo Halpern:

“A aposentadoria é um benefício previdenciário; a extinção contratual é uma consequência trabalhista pelo término contratual [...]”

Estes são, em apertada síntese, os principais argumentos daqueles que defendem que a aposentadoria, não implica automaticamente na extinção do contrato de trabalho.

2.8 CONCLUSÃO

Em que pese o profundo respeito e admiração ouso discordar daqueles que outrora me ajudaram, com preciosas obras doutrinárias, a descobrir e desvendar o fascinante mundo do Direito do Trabalho, como os Professores Sérgio Pinto Martins, Amauri Mascaro do Nascimento, Octavio Bueno Magano e Arnaldo Süssekind, uma vez que comungo do entendimento de que a concessão da aposentadoria não implica na automática extinção do contrato de trabalho.

Não concordo, contudo, com aqueles que defendem que o *caput* do artigo 453 da CLT permite concluir, implicitamente, que a aposentadoria espontânea encerra o contrato de trabalho e que tal dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal.

Isto porque, entendo que o *caput* do citado dispositivo da Consolidação Getulista dispõe apenas e tão somente acerca da contagem de tempo de serviço do empregado readmitido. Esta interpretação justifica a inserção do §2º do artigo 453, que dispunha expressamente que a aposentadoria extingua o contrato de trabalho e que foi declarado inconstitucional.

Importante relevar também que se a aposentadoria extinguisse o contrato de trabalho, haveria uma nova modalidade de extinção contratual sem indenização, o que violaria os dispositivos constitucionais acima citados (art. 7º, I e art. 10 do ADCT).

Por derradeiro, além de todos os argumentos acima citados, entendo que a concessão da aposentadoria espontânea e o contrato de trabalho, apesar de sua estreita relação, não se confundem, pois, são institutos diferentes, sendo o primeiro ligado ao direito previdenciário e, o segundo, ao trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República. Acesso em 27/06/2007. Disponíveis em:

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3807.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0066.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5890.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6204.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6950.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D89312.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm >

< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9528.htm >

CARRION, Valentin. **Consolidação das leis do trabalho**. 30ª ed. ver. amp. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Aposentadoria e Contrato de Trabalho: Atualidades e Reflexos Decorrentes da Jurisprudência do STF**. Doutrina, São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de Abril de 2007 – Nº 8/2007 – Volume II.

HALPERN, Jairo. **FGTS, Multa de 40% e o cancelamento da OJ n. 177 da SDI-1 DO TST – Uma abordagem cotidiana do Direito do Trabalho e das relações sociais e institucionais – Uma breve visão opinativa**. Doutrina, São Paulo: Revista Ltr, julho de 2007.

MANNRICH, Nelson. **Constituição da República Federativa**. 6ª ed. ver. amp. aum. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Aposentadoria e Extinção do Contrato de Trabalho**. Doutrina, São Paulo: Revista Ltr, janeiro de 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Aposentadoria e Rescisão do Contrato de Trabalho**. Doutrina, São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de Janeiro de 2007 – Nº 2/2007 – Volume II.

POSSÍDIO, Cristiano Augusto Rodrigues. **Aposentadoria Espontânea e Rescisão Contratual – Inconstitucionalidade do Artigo 453 da CLT**. Doutrina, São Paulo: Juris Síntese n.º – Publicação Julho/Agosto de 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Aposentadoria Espontânea do Empregado – Efeitos Sobre o Contrato de Trabalho**. Doutrina, São Paulo: Revista Ltr, 12/2006.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Aposentadoria Espontânea e Contrato de Trabalho**. Publicado no Jornal do 47^a Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho realizado em junho de 2007 pela LTr, São Paulo, págs. 80/81.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. **A Aposentadoria Espontânea do Empregado e Seus Efeitos no Contrato de Trabalho**. Publicado no Jornal do 47^a Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho realizado em junho de 2007 pela LTr, São Paulo, pág. 76.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



3 A DESNECESSIDADE JURÍDICA DE ADAPTAÇÃO DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI AO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

**ALINE PAOLA C. BRAGA CAMARA DE ALMEIDA
DEPARTAMENTO NACIONAL**

3.1 INTRODUÇÃO

Em dezembro em 2006 foi editada a Lei Complementar n.º 123¹, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Seu objetivo, conforme proclamado pelo art. 1º, é estabelecer normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a estas empresas.

Estas regras são de ordem tributária, trabalhista, previdenciária, empresarial e processual, além de estabelecer preceitos visando o acesso ao crédito, ao mercado, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

No que se refere ao acesso ao mercado, foram instituídos modelos visando estabelecer preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público, trazendo várias inovações ao procedimento licitatório dos Entes Federativos, Autarquias e Fundações, que era previsto, basicamente, pelas Leis n.ºs 8.666/93² (cuida das licitações e contratos administrativos) e 10.520/02³ (disciplina sobre o pregão).

Como, em regra, as normas que cuidam dos princípios de licitação são, com as devidas adaptações, incorporadas ao Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S”, a proposta deste trabalho é investigar se o modelo instituído pela Lei Complementar n.º 123/06 deve ser, por estes seguidos, em especial pelo SESI e pelo SENAI.

1 Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

2 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

3 Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

3.2 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/06

3.2.1 O ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ART. ART. 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal erige ao princípio da ordem econômica o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte – art. 170, inciso IX⁴ – prevendo, ainda, um tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, no art. 179 da Constituição Federal, que, pela sua importância ao tema ora debatido, merece transcrição:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Embora o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte seja um princípio da ordem econômica brasileira, o art. 179 é francamente dirigido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

São os entes federados que devem estabelecer, por lei⁵, preceitos e diretrizes que garantam a simplificação das obrigações de natureza administrativa, tributária, previdenciária e creditícias das microempresas e empresas de pequeno porte.

O objetivo do constituinte é, portanto, compelir os Entes Federados a estabelecer preceitos de política pública para o fomento destas empresas, simplificando suas obrigações em relação à Administração Pública.

Deste modo, as obrigações decorrentes do tratamento diferenciado não poderiam exceder estes limites subjetivos, transpondo encargos para pessoas jurídicas de direito privado⁶ que não possuem qualquer liame com a Administração Pública. Vale dizer, os particulares não poderiam ser sujeitos do tratamento que favorece uma categoria determinada se a Constituição Federal assim não estabeleceu.

4 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

5 Como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte cuida, também, de normas gerais de matéria tributária, o art. 146, inciso III, d, exige que seja Lei Complementar, o que não seria, em regra, necessário, para regular as demais matérias.

6 O que certamente inclui as sociedades de economia mista e empresas públicas, já que integram a Administração Pública.

Foi neste sentido que caminhou a Lei Complementar n.º 123/06, na medida em que fixou, essencialmente, normas de direito público que expressam obrigações diretas para o Poder Público, inclusive no que se refere às suas contratações.

Ocorre que, em matéria de licitações públicas, o art. 179 da Constituição Federal, não é o único fundamento de validade para a edição da Lei Complementar n.º 123/06, já que o art. 22, inciso XXVII⁷, da Constituição Federal, estabelece a competência privativa da União Federal para a edição de normas gerais de licitação e contratação⁸.

3.2.2 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

É de se destacar que se o único fundamento de validade para a edição da Lei Complementar n.º 123/06 fosse o art. 22, inciso XXVII⁹, da Constituição Federal, as normas que estabelecem preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte seriam inconstitucionais, posto que criariam situação odiosas, na medida em que privilegiariam uma categoria específica, sem o atendimento do objetivo maior da instauração de licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

No entanto, o fundamento valorativo da Lei Complementar n.º 123/06 foi criar condições especiais para as microempresas e empresas de pequeno porte, para o atendimento ao princípio da isonomia, também por meio das licitações públicas. Partindo da idéia de que são empresas que não contam com posição privilegiada¹⁰, o legislador buscou implementar o princípio da isonomia, visando o desenvolvimento econômico e social e a busca do pleno emprego.

7 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

8 Esta também é a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO que trata do tema ao justificar a edição de lei complementar: Como se vê, o Congresso Nacional optou pela produção de um único diploma legislativo para disciplinar diversos ângulos do regime jurídico das pequenas e microempresas. Uma lei complementar era indispensável para estabelecer o tratamento tributário diferenciado e privilegiado. Mas a veiculação de regras sobre licitação teve por fundamento a norma do art. 22, inciso XXVII, da CF/88. Trata-se do dispositivo que reconhece a competência privativa da União para veicular normas sobre licitação e contratação administrativa. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Micropemesa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 17)

9 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

10 MARÇAL JUNTEN FILHO explica que as grandes empresas são dotadas de poder econômico muito mais elevado do que se passa no âmbito de pequenos empreendimentos e que visando a recompor o equilíbrio entre os titulares dos diferentes empreendimentos e a realização de diferentes finalidades, a Constituição previu explicitamente a adoção de providências destinadas a assegurar sua proteção. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 19).

MARÇAL JUSTEN FILHO¹¹, nesta linha de raciocínio, assevera que a proteção às pequenas empresas se faz não apenas no interesse individual dos seus titulares, mas também para ampliação da competição ao interno do sistema econômico:

Presume-se que a participação de pequenas empresas no mercado pode neutralizar os efeitos indesejáveis de monopólios e oligopólios. Sob este prisma, a tutela à pequena empresa reflete-se na promoção de interesses coletivos e difusos.

Desta forma, parece pertinente que o procedimento licitatório seja o instrumento que atenda estes objetivos¹², conforme preceituado no Capítulo V da Lei Complementar, cujo título é *ACESSO AOS MERCADOS*, com seção única que cuida, com exclusividade, das aquisições públicas.

Esta solução não é nova no ordenamento jurídico nacional.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO¹³ sustenta a possibilidade da formatação do mercado por meio da licitação, explicando que nem sempre o objetivo da licitação é contratar por um menor preço, já que a “melhor proposta pode ser aquela que preserva ou faz ressurgir um mercado livre. Do contrário, não há licitação séria, porque não há livre competição num mercado dominado ou inexistente”, dando vários exemplos em que esta situação pode ocorrer¹⁴.

Afirma, ainda, que a função regulatória visa à interpretação do conceito de eficiência dos agentes econômicos buscando a criação, promoção, preservação, ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência¹⁵.

FLAVIO AMARAL GARCIA¹⁶ explicita o uso do poder de compra do Poder Público como instrumento da função regulatória da licitação, citando o caso do Estado do Rio de Janeiro que adquiriu leite em pó para os seus programas assistenciais, com vistas ao atendimento de outros valores de elevada e reconhecida importância, com o efeito concurso de objetivos administrativos.

11 Ob. cit. p. 20, nota 10.

12 IVAN BARBOSA RIGOLIN discorda desta conclusão: “Se o propósito da licitação é obter a proposta mais vantajosa para a Administração, então, com todo respeito às micro e pequenas empresas, pouco deve importar ao poder público que licita se essa proposta provém de micro, pequena, média, grande, enorme ou interplanetária empresa. *A licitação se presta a ajudar e favorecer o poder público e não empresas particulares, apenas por serem pequenas.*” RIGOLIN, Ivan Barbosa. Micro e pequenas empresas em licitações – a LC n.º 123, de 14.12.06 – comentários aos arts. 42 a 49. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 6, n.º 61, jan 2007, p. 39.

13 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89.

14 A instauração de licitação nacional e não internacional (art. 42 da Lei n.º 8.666/93), para fomentar o mercado interno, a admissão de contratação direta pela União para intervenção no domínio econômico (art. 24, inciso VI da Lei n.º 8.666/03), a contratação de energia, fomentando ampla competição no setor em substituição ao regime de monopólio das concessionárias de serviço público de geração.

15 Ob. cit. p. 86.

16 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 126.

Foi neste passo, portanto, que caminhou a Lei Complementar n.º 123/06, utilizando-se o instrumento da licitação para fomentar o mercado das microempresas e empresas de pequeno porte, pelas suas próprias contratações.

Não obstante tal finalidade é necessário examinar o conteúdo das normas que modificaram o regime licitatório.

3.3 AS ALTERAÇÕES DO REGIME DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS EM FACE DA LC N.º 123/06 E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Foram previstas três espécies de alteração no regime das licitações públicas.

A primeira diz respeito ao momento da comprovação da regularidade fiscal destas empresas, conforme preceituado nos arts. 42 e 43. Ao invés de apresentação dos documentos demonstrativos da regularidade fiscal ocorrer na fase de habilitação, juntamente com os que comprovam a habilitação jurídica, a qualificação técnica e a qualificação econômico-financeira, será apenas realizada quando da assinatura do contrato.

A Lei Complementar prevê a obrigatoriedade de apresentação de toda a documentação relativa à regularidade fiscal, ainda que esta apresente restrição, cabendo o licitante entregar a documentação que demonstre a regularidade, no prazo de dois dias úteis (prorrogável por igual período), após a declaração como vencedora do certame.

A intenção da lei é conceder oportunidade para que as microempresas e empresas de pequeno porte regularizem a situação fiscal no momento da celebração do contrato administrativo, não mais se afigurando a regularidade fiscal para estas como condição de participação em licitação.

A outra inovação se refere ao empate ficto. Consideram-se empatadas as propostas das microempresas e empresas de pequeno porte que forem iguais ou corresponderem à diferença de até dez por cento superiores à melhor proposta, ou cinco por cento, se a modalidade adotada for o pregão.

Neste caso, abre-se uma oportunidade para que este tipo de empresa apresente proposta de preços inferior a que havia sido considerada a melhor. Destaque-se que, até então, não havia qualquer previsão semelhante para as modalidades de concorrência, tomada de preços ou convite, já que os valores ofertados pela proposta escrita e entregue no dia designado para licitação eram considerados finais e imodificáveis.

No pregão, a oferta verbal e de valor inferior já é a praxe, não obstante, além dos lances verbais – que já seriam suficientes para que a microempresa ou a empresa de pequeno porte sagrassem-se

vencedoras – há, ainda, mais uma ocasião para reflexão e apresentação de proposta melhor, que ocorrerá no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento dos lances.

Somente microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada poderá oferecer proposta inferior à que havia sido classificada em primeiro lugar. No caso de equivalência dos valores apresentados – sendo ambas concebidas nestes tipos empresariais - será realizado sorteio entre estas para a oferta dos preço mais vantajoso, não havendo competição entre si.

A terceira, e mais impactante que as outras duas, é a previsão de licitações em regimes diferenciados.

O novo sistema de regência das licitações públicas admite que sejam instauradas licitações especiais em que ora a participação dos licitantes não é livre, ora em que parte do objeto do certame deve ser conferido à microempresa ou empresa de pequeno porte.

Diante da dicção do art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06, estes regimes que estabelecem tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte podem ser estabelecidos, desde que visando a “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica”.

Há três tipos de regime de contratação que podem ser implementados.

O primeiro deles é a instauração de procedimento licitatório destinado, com exclusividade, às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo autorizado quando o valor para a contratação seja correspondente à, até, oitenta mil reais. O segundo regime exige dos licitantes a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte para execução de parte do objeto do contrato (até trinta por cento)¹⁷, podendo os empenhos e pagamentos respectivos lhes serem destinados diretamente¹⁸, diminuindo o risco do não pagamento pela empresa contratada pelo Poder Público. O terceiro cria cota de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Com efeito, o edital de licitação deve prever reserva de contratação relativa a cinco por cento do objeto.

¹⁷ Esta previsão não pode ser considerada uma criação do legislador brasileiro. A Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (e que consolidou os procedimentos para todas as espécies de contratação) já estabelecia a conveniência dos editais de licitação regidos pela legislação comunitária preverem disposições em matéria de subcontratação, a fim de favorecer o acesso das pequenas e médias empresas nos procedimentos licitatórios, conforme se verifica da consideração n.º 32 do citado documento.

¹⁸ Há previsão similar na Lei n.º 11.079 (Lei das parcerias público-privadas - PPP), no art. 5, § 2, que admite a possibilidade do contrato prescrever, em favor dos financiadores, a emissão de empenho em seu nome.

Ressalte-se que há reservas para a adoção deste regime, consoante os critérios estabelecidos no art. 49¹⁹ da Lei Complementar n.º 123/06.

Por fim, no que se refere aos contratos, a lei ainda prevê tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte autorizando a emissão de cédula de crédito microempresária, quando os órgãos e entidades não realizarem o pagamento no prazo de trinta dias a contar da data de liquidação. O art. 46, que prevê este procedimento, deve ser regulamentado pelo Poder Executivo, para sua aplicação.

O fato é que as alterações previstas pela lei ora em comento não têm sido bem recebidas pela doutrina.

JOSÉ ANACLETO ADBUCH SANTOS²⁰ sustenta que as normas relativas ao tratamento diferenciado e simplificado contidos nos arts. 47 e 48 implicam redução de competitividade:

As prerrogativas conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte implicam em limitação à competitividade. Limitar a competitividade importa diminuir a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Evidente. Reduzindo o universo dos competidores há redução do potencial de efetivar-se o propósito da licitação concernente à busca da vantajosidade da contratação.

IGNÊS RESTELATTO DOTTI²¹ entende que a situação privilegiada das microempresas e empresas de pequeno porte nos negócios do Poder Público viola o princípio da isonomia, prevendo outros obstáculos para a aplicação da lei:

As dificuldades criadas pela lei complementar carecem de solução técnica efetiva, cuja consolidação dar-se-á a longo prazo, mediante reiteradas práticas por parte da Administração Pública, de construção jurisprudencial e doutrinária a respeito e de regulamentações técnicas que visem as novas fases/etapas fixadas à modalidade de licitação correspondente, notadamente à operacionalização da modalidade pregão, no sistema eletrônico.

19 Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório; II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

20 SANTOS, José Anacleto Adbush. Licitações e o estatuto da microempresa. *Revista RJML – Licitações e Contratos*. p. 13.

21 DOTTI, Marinês Restellato. A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 – Implicações jurídicas e soluções operacionais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 6, n.º 64, abril 2007, p. 30.

RICARDO ALEXANDRE SAMPAIO²², no que se refere ao pregão, afirma que o sistema do empate ficto pode provocar a ausência da redução dos preços em sua totalidade, fazendo com que a Administração não obtenha a melhor vantagem. E alerta, ainda, o seguinte, com relação à eficiência:

Ainda que o objetivo em relação à ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas compras públicas seja atendido, é preciso avaliar a que curso isso se dará, especialmente no que diz respeito à economicidade e à eficiência que envolvem a realização de licitações pela modalidade pregão.

Conclui-se, portanto, que não obstante a legitimidade das normas diferenciadas nas licitações públicas, buscando atingir o mercado das microempresas e empresas de pequeno porte, há que se reconhecer o prejuízo aos princípios da competitividade e da eficiência, trazidas pela Lei Complementar n.º 123/06.

3.4 A NATUREZA DAS NORMAS DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI. OS PRINCÍPIOS E AS NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO.

Até 1998 havia polêmica quanto à necessidade de aplicação de normas que disciplinassem as contratações do Sesi e do Senai, em especial o regime que a estes seria submetido: se um regime especial ou o estipulado pela lei de licitações e contratos aplicável à Administração Pública, à época, os ditames da Lei n.º 8.666/93. A discussão foi fomentada, especialmente, pelo Tribunal de Contas da União, que, no âmbito da competência fiscalizatória, exigia, por vezes, a aplicação do regime público de contratações.

A Decisão n.º 907/1997²³, prolatada pelo Plenário da Corte de Contas, firmou o entendimento do tipo de normas de licitação que os integrantes do Sistema “S” deveriam se submeter. Cabe mencionar trecho do voto do Min. Lincoln Magalhães da Rocha, citando relatório elaborado pela Secex-RS, integralmente acolhido:

4. Portanto, é razoável que os serviços sociais autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de re-

22 SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A questão da preferência das micro e pequenas empresas no pregão. *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*. Ano XIV, n.º 157, março 2007.

23 Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão n.º 907/1997. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Publ. DOU 26/12/1997.

curso públicos, adotem, na execução de suas despesas, **regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, em que sejam preservados, todavia, os princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública. Entre eles podemos citar os princípios da legalidade - que, aplicado aos serviços sociais autônomos, significa a sujeição às disposições de suas normas internas --, da moralidade, da finalidade, da isonomia da igualdade e da publicidade. Além desses, poderão ser observados nas licitações os princípios da vinculação ao instrumento convocatório do julgamento objetivo.**

A posição de que as regras da Lei n.º 8.666/93 – ou, em outras palavras, do regime de licitações públicas – deveriam ser afastadas, aplicando-se, em contrapartida, regulamento próprio que atendessem aos princípios gerais de licitação foi reforçada pela Decisão n.º 461/1998²⁴.

Esta deliberação, que recebeu a minuta de Regulamento de Licitações e Contratos das entidades integrantes do Sistema “S”, concluiu que os Serviços Sociais Autônomos estão sujeitos “aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, **consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório**”.

A partir de então, e uma vez aprovado o Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi²⁵ e do SENAI²⁶, restou consolidada, no âmbito do Tribunal de Contas da União, que as regras licitatórias que deveriam ser atendidas são as relativas aos princípios de licitação, que, sem dúvida, comporta menos rigidez do que as normas públicas relativas a mesma matéria.

Os princípios licitatórios são os que se destinam a seleção da proposta mais vantajosa, diante de critérios isonômicos. Todos os outros princípios parecem gravitar em torno destas duas diretrizes.

Não obstante, as recentes decisões da Corte de Contas têm ampliado o entendimento consubstanciado pela Decisão n.º 461/98. Com efeito, estende-se a aplicação dos princípios aos certames do Sistema “S”, para alcançar também os que são correlatos à Administração Pú-

24 Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão n.º 461/1998. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Publ. DOU 07/08/1998, p. 10.

25 Ato ad referendum n.º 04/1998 do Presidente do Conselho Nacional do Serviço Social da Indústria - Sesi

26 Ato ad referendum n.º 03/1998 do Presidente do Conselho Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI.

blica e não somente os que concernem ao procedimento licitatório. O acórdão 1170/2006²⁷ explicita bem esta alteração de parâmetro.

Embora os princípios insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal revelem amplitude muito maior do que os princípios relativos às licitações, não obstante estes últimos sejam alcançados pelos primeiros, como o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não se adentrará no mérito do alcance da espécie dos princípios que são aplicados às entidades do Sistema “S”.

O que merece ser alertado é que o conceito de *princípios* (sejam os licitatórios, sejam os afetos à Administração Pública) não deve ser confundido com o de *normas gerais*²⁸.

27 6. De fato, a jurisprudência mais recente desta Corte é pacífica no sentido de que os chamados Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 8.666, de 21/6/1993, não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos ditados pela referida Lei, e sim aos seus regulamentos de licitações e contratos, devidamente publicados (Decisão n.º 907/1997-Plenário; Decisão n.º 211/1998-Plenário; Acórdão n.º 21/2000-Plenário; Acórdão n.º 57/2001-Plenário; Acórdão n.º 457/2005-2ª Câmara, dentre outras). 7. No entanto, deve-se lembrar que essas entidades, em nenhum momento, foram dispensadas de submeterem aos princípios gerais impostos à administração pública. Nesse sentido, vale transcrevermos o seguinte excerto extraído do relatório do Acórdão n.º 57/2001-Plenário: “Não obstante aplicar-se ao caso o entendimento esposado na prefalada Decisão Plenária n.º 907/97, quanto à desnecessidade de os serviços sociais autônomos adequarem-se aos preceitos específicos do Estatuto Federal de Licitações, o mesmo *decisum* deixou assente a obrigatoriedade da submissão das entidades integrantes do chamado Sistema ‘S’ a seus próprios regulamentos de licitação. Outras deliberações que se seguiram ratificaram e detalharam o entendimento em foco, consignando a necessidade de que esses regulamentos seguissem os princípios constitucionais insertos no art. 37 da Carta Magna (Acórdãos n.º 21/00 e 309/00 - Plenário, Decisão n.º 461/98 - Plenário, Acórdão n.º 300/98 - 1ª Câmara e outros.)” (grifos nossos) (Tribunal de Contas da União, Acórdão n.º 1170/2006 – Segunda Câmara – Min. Rel. Ubiratan Aguiar.)

28 Embora não seja objetivo de este trabalho discorrer sobre as distinções entre os princípios de direito e normas gerais, baseado na lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e de J. J. Canotilho parte-se da idéia de que as últimas sejam dotadas de concretude suficiente para estabelecer direitos e obrigações específicas, enquanto que o grau de abstração dos princípios impede a fixação de regras materiais definidas.

Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, normas gerais são aquelas que se situam numa posição intermediária entre um extremo de abstração da ordem jurídica positiva, que são os princípios, e o outro extremo, onde estão os atos jurídicos (legislativo, administrativo e judiciário); têm como características serem de cunho nacional, traçadoras de diretrizes, e serem informativas, dando o conteúdo indispensável do ato que vai concretizá-las. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ofício n.º 1/88-DFMN, da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, exarado no processo n.º E-14/35886/87, apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 02.)

J.J. GOMES CANOTILHO estabeleceu características especiais para os princípios: a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) grau de deternabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) “Proximidade” da idéia de direito: os princípios são standarts juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou da idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1998, p. 1034/1035.)

As normas gerais de licitações advêm da competência privativa da União – segundo o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal – e, em matéria de licitações públicas estão quase todas consolidadas²⁹ na Lei n.º 8.666/93, consoante prescreve o art. 1.º:

Art. 1o Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No entanto, a Lei Complementar n.º 123/06 trouxe outras regras, também consideradas gerais, pelos objetivos que ostentam.

Alerte-se, contudo, que a instauração de contratação em regime diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 do Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte depende de regulamentação específica do Ente da Federação, exigindo, pois, lei federal, estadual, distrital e municipal para sua implementação. A determinação de previsão legal para a instituição destes regimes induz que a natureza jurídica destas normas não seja geral, posto que, se assim fossem, a competência para legislar seria, com exclusividade, da União Federal. Na medida em que autoriza a previsão e regulamentação própria, estas normas têm natureza suplementar³⁰.

Do mesmo modo sustenta FABRÍCIO SOUZA DUARTE, ao reconhecer a competência supletiva legislativa dos Municípios no que se refere ao art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06:

Em primeiro lugar, gize-se que se reconheceu aqui a possibilidade de que o Município legisle sobre regras específicas de licitações. Tal faculdade decorre do art. 22, XXVII da Constituição da República, posto que se a União tem competência para legislar sobre *normas gerais*, compete aos demais entes da federação fazê-lo sobre normas específicas. Assim, atendendo as suas peculiaridades, os Municípios poderão dispor novas regras para benefícios das pequenas e microempresas.

Neste contexto, pode-se concluir que as disposições contidas nos arts. 42 a 46 da Lei Complementar n.º 123/06, podem ser classificadas como normas gerais, não sendo, portanto, princípios de licitação e tampouco princípios aplicáveis à Administração Pública, já que seus comandos são concretos e determinam ações específicas e detalhadas para os que participam das licitações públicas.

29 JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR destaca, no entanto, que nem todas as regras dispostas na Lei n.º 8.666/93 têm natureza de norma geral, coexistindo no Diploma Legal normas gerais (de observância obrigatória para toda a Administração Pública brasileira) e normas não gerais (de aplicação somente exigível dos órgãos e entidades da Administração Federal). (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 6.º ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18)

30 DUARTE, Fabrício Souza. Inovações da Lei Complementar n.º 123/06 no que tange a licitações para micro e pequenas empresas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n.º 65, maio 2007, p. 39.

3.5 CONCLUSÕES

A função regulatória das licitações públicas, visando a formatação de mercados, com vista a favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, constitui legítima atuação do Poder Público, ante a determinação do art. 179 que expressa o dever de dispensar-lhes tratamento jurídico diferenciado.

É certo que no papel de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, da Constituição Federal), cabe ao Estado incentivar mercados, inclusive valendo-se do instrumento da licitação pública.

Por outro lado, os destinatários exclusivos da norma do art. 179 da Constituição Federal são os entes e entidades do Poder Público.

Este dispositivo já afasta, por si só, a aplicação das normas de licitação do Estatuto Nacional das microempresas e empresas de pequeno porte às entidades do Sistema “S”, que não realizam licitações públicas.

O entendimento em sentido contrário afigurar-se-ia desproporcional. Não só porque o enorme poder de compra do Poder Público já parece suficiente para fomentar o mercado³¹, mas também porque os benefícios concedidos, em especial os tributários, já colocarão as microempresas e empresas de pequeno porte em posição privilegiada, indo de encontro ao sentido do princípio da isonomia.

Além disso, as regras impostas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte ao regime de licitações macula a celeridade dos certames e a eficiência da contratação.

O efeito da não observância do princípio da eficiência para as pessoas jurídicas de direito privado é potencializado, visto que sua estrutura busca relações mais dinâmicas e ágeis, nem sempre presentes na atividade da Administração Pública que, por vezes, sacrifica-se em prol de outros objetivos que persegue, como o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte.

Ademais, uma vez que as normas editadas pela Lei Complementar n.º 123/06 têm caráter de normas gerais, a adaptação do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do SENAI

31 No Peru foi aprovado um estatuto que fez com que as licitações vencidas pelo empresariado de pequeno porte passassem de 22% para 44% do total. Nos Estados Unidos, a participação destas empresas nas compras governamentais aumentou de 11% para 30% com uma legislação semelhante, conforme dados informados por André Spinola, consultor do Sebrae. (O VALOR ECONOMICO. Ministério conclui texto do decreto que regula benefícios para micros, edição de 30/07/2007).

consubstanciaria, sob o ponto de vista jurídico, um excesso, já que estão submetidos apenas aos princípios licitatórios.

Por estes motivos, conclui-se que os Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, sob o ponto de vista jurídico, não precisam ser adaptados as inovações trazidas pela Lei Complementar n.º 123/06³².

32 Sobre o tema, CARLOS PINTO COELHO MOTTA conclui o seguinte: “Não vislumbro no art. 1º da aludida lei complementar um comando capaz de compelir as entidades participantes do sistema a seguir compulsoriamente as normas gerais ali estabelecidas; não se obrigariam, por conseguinte, à obediência estrita dos regramentos licitatórios estipulados nos arts. 42 a 49 do diploma legal, mas apenas ao prosseguimento, em seus certames, do princípio do “tratamento diferenciado e favorecido”, constitucionalmente assegurado às MEs e EPPs.

O fundamento maior dessa conclusão, todavia, é o raciocínio analógico que reproduz as demais orientações jurídico-legais do regime próprio dessas entidades: se lhes é reconhecida certa discricionariedade relativa às licitações, à admissão de pessoal, às terceirizações, impõe-se, então, admitir sua relativa autonomia referente ao tratamento diferenciado das MEs e EPPs.

Entendo, ainda, que as instituições integrantes do Sistema “S” deveriam formular diretrizes, sob a forma de regulamentos, para adaptação do bloco de arts. 42 a 49 da LC 123/06 *as suas condições específicas*.” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Sistema “S” – Serviços Sociais Autônomos e a LC n.º 123/06. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ. Ano XX, n.º 07, julho 2007, p. 649).

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

DOTTI, Marinês Restellato. A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 – Implicações jurídicas e soluções operacionais. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n.º 64, abril 2007.

DUARTE, Fabrício Souza. Inovações da Lei Complementar n.º 123/06 no que tange a licitações para micro e pequenas empresas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n.º 65, maio 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Micropemesa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Sistema “S” – Serviços Sociais Autônomos e a LC n.º 123/06. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ. Ano xx, n.º 07, julho 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ofício n.º 1/88-DFMN, da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, exarado no processo n.º E-14/35886/87, apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

O VALOR ECONOMICO. Ministério conclui texto do decreto que regula benefícios para micros, edição de 30/07/2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 6º ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Micro e pequenas empresas em licitações – a LC n.º 123, de 14.12.06 – comentários aos arts. 42 a 49. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n.º 61, jan 2007.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A questão da preferência das micro e pequenas empresas no pregão. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XIV, n.º 157, março 2007.

SANTOS, José Anacleto Adbush. Licitações e o estatuto da microempresa. Revista RJML – Licitações e Contratos.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das Parcerias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89.

Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão n.º 461/1998. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Publ. DOU 07/08/1998, p. 10.

Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão n.º 907/1997. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Publ. DOU 26/12/1997.

Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Acórdão n.º 1170/2006. Min. Rel. Ubiratan Aguiar.

União Européia. Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos de serviços.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

ANA MARIA SANTOS MARQUES DE LUCENA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

4.1 INTRODUÇÃO

Após passados 16 (dezesesseis) anos da promulgação da Carta Política, finalmente, a sociedade começa a despertar para a importância do Princípio da Dignidade Humana.

Embora esse princípio comece a ocupar timidamente os artigos doutrinários, o importante é que se percebe a consolidação da conscientização social de que a dignidade humana não é apenas necessária apenas para garantir um ambiente de trabalho saudável ou evitar indenizações civis por danos morais.

A dignidade humana existe para garantir ao trabalhador a manutenção da sua condição de cidadão, com acesso aos principais bens necessários à vida, quais sejam o exercício do direito às liberdades: de locomoção, culto, pensamento, etc, a garantia da intimidade, da imagem e os demais direitos humanos fundamentais.

Essa consciência da dignidade humana, princípio que condensa os direitos fundamentais, como elemento de base para a formação do Estado Democrático, traz efeitos diretos na relação de emprego, especialmente porque o principal garantidor dos direitos trabalhistas, o princípio da proteção, vem sendo gravemente atingido pelo fenômeno da flexibilização.

4.2 OBJETIVO

O presente estudo tem por finalidade, de forma sintética e simplista, abordar a importância do princípio da dignidade humana na relação de trabalho.

Esse princípio, consagrado no art. 1º da Carta da República, aumenta a sua relevância a cada dia, em face da conscientização de que não há um sistema democrático eficaz, se não forem assegurados ao cidadão os direitos fundamentais.

Esse momento, fruto dessa nova consciência, modifica uma das mais importantes relações humanas, que é a de trabalho.

O contrato de trabalho estabelece que constitui obrigação patronal tão importante quanto a de dar atividade e pagar salários, a de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador no exercício da direção da prestação de serviços.

4.3 JUSTIFICATIVA

O tema abordado no presente estudo é de grande relevância, visto que aborda o respeito aos direitos fundamentais do empregado cidadão na relação de trabalho, impondo limites ao poder diretivo e disciplinar do empregador.

Além de impor limite a atuação patronal na relação de emprego, o princípio da dignidade humana é o principal instrumento dos trabalhadores para a garantia dos direitos sociais em face da fragilidade que passa o princípio da proteção em razão da flexibilização.

4.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade está relacionada à decência, ao respeito, todo ser humano possui direito a uma vida digna, ou seja, que imponha respeito perante a sociedade que vive.

O trabalho traz dignidade ao ser humano, a alegria de ser um cidadão produtivo, detentor de direitos e deveres.

“Embora seja de plena sabença que desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem já se apregoava o respeito à dignidade humana é certo que tem sido nas Constituições mais recentes que relevo e mesmo até menção explícita ao princípio em baila.”¹

A consciência da magnitude deste princípio fez com que o legislador constituinte o tornasse num alicerce para a sociedade brasileira, inserindo-o no art. 1º, da Carta da República, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Esse direito, assegurado no art. 1º, da Constituição de 1988, sintetiza todos os outros direitos fundamentais, a vida, liberdade, igualdade, intimidade, dentre outros.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são corolários do princípio da dignidade humana, pois este já carrega em si todos os outros.

Não há uma vida digna, sem que haja respeito à intimidade, a liberdade, a igualdade, a imagem, ao nome, dentre outros direitos do cidadão.

¹ Furtado, Emmanuel Teófilo. “Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Trabalhador”. Revista Ltr.69-12/1446

Celso Ribeiro Bastos, além de resumir no princípio da dignidade humana os direitos fundamentais, entende que se trata de uma norma que irradia seus efeitos por toda a Carta Magna, incluindo a parte relativa a regulamentação econômica e política, pois esse princípio constitui uma das bases do Estado Democrático de Direito.

“A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.”²

Produzindo os seus efeitos ao longo da Constituição, do seu início, já no artigo 1º, até o final, a dignidade humana não garante apenas o direito da livre manifestação do pensamento ou a liberdade de culto ou de ir e vir, mas, ainda, o de ter uma vida com qualidade, ou seja, com educação, saúde e lazer.

Sem saúde e educação não se pode ter uma vida digna, assim como sem o respeito à liberdade da manifestação do pensamento.

As condições básicas de subsistência, como o trabalho, alimentação, habitação, educação, são tão importantes quanto a liberdade, visto que sem o acesso a esses bens fundamentais, o indivíduo não conseguirá exercer a liberdade, pois ele não conseguirá sequer, conhecer e exercer as diferentes opções existentes na sociedade em que vive, relacionadas a profissões, a cultura, a religião e a política.

Nesse passo, infere-se que não se tem dignidade apenas quando o cidadão não possui direito de ir e vir, ou quando está em vigor a censura ao teatro, a música ou a televisão, mas não se tem dignidade também quando não há uma vida decente, que permita o acesso à habitação, educação, saúde e lazer.

“É de lembrar-se, contudo, que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, pode impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido.”³

A dignidade humana, portanto, é agredida quando o indivíduo não tem assegurado os seus direitos fundamentais, assim como os sociais e políticos, que são direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração.

A dignidade humana se sobrepõe, portanto, a todas as gerações dos direitos acima elencados, sendo a base da Carta Política.

2 Bastos, Celso Ribeiro. “Comentários à Constituição do Brasil”, 1988, São Paulo: editora Saraiva, 1º Volume, pág. 425.

3 Bastos, Celso Ribeiro, op. cit., pág. 425.

Essa visão do princípio em tela é comum na doutrina que se dedica a esse estudo, como se pode ver do texto de Emmanuel Teófilo Furtado abaixo.

“Há de se dizer que a dignidade da pessoa humana, como insculpida em nossa Carta Política, é uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, devendo, por tal razão, seu conteúdo ser compreendido com caudolosa valoração que encare seu sentido normativo-constitucional, afastando-se, tanto quanto possível, uma noção superficial da essência do próprio homem, de tal sorte que se arrede qualquer idéia apriorística do homem, sendo inaceitável que se estabeleça um reducionismo do verdadeiro sentido da dignidade humana à restrita defesa dos direitos tradicionais, deixando-se de lado os direitos sociais, ou simplesmente fazer menção a tal princípio tão-somente para edificar a teoria do núcleo da personalidade individual, olvidando quando a questão for a garantia das bases do existir do homem.”⁴

O princípio da dignidade humana, portanto, assegura ao cidadão uma vida com acesso aos bens fundamentais, além de garantir o exercício das liberdades individuais, os direitos sociais e políticos.

4.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO DO TRABALHO

No item anterior foi exposto que a dignidade humana como síntese dos direitos fundamentais, apenas pode ser exercida, efetivamente, caso o cidadão tenha qualidade de vida, que assegure ao menos o acesso aos bens necessários para a educação, saúde e lazer.

Ocorre que o trabalho é o principal instrumento que irá viabilizar o acesso aos bens acima mencionados.

Entretanto, o direito ao exercício das liberdades de pensamento, de culto, o respeito à intimidade, não é concedido ao trabalhador apenas no momento em que sai da fábrica, encerrando a sua jornada de trabalho.

Como já se viu, a dignidade humana precede a condição de empregado, trata-se de direito assegurado a todo e qualquer cidadão.

⁴ Furtado, Emmanuel Teófilo, “Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Trabalhador”. São Paulo, Revista LTr, Vol. 69, nº 12, pág.1447.

Esse direito, norteador do Estado Democrático, produz os seus efeitos também nos direitos sociais, como já dito, alcançando as relações trabalhistas e limitando a conduta das partes no contrato de emprego.

No âmbito do Direito do Trabalho o Princípio da Dignidade Humana se sobrepõe, inclusive, ao Princípio da Proteção.

É que apesar do Princípio da Proteção ser uma norma justificadora da existência do Direito do Trabalho, a dignidade humana antecede a condição de trabalhador, para ser uma condição inerente ao cidadão.

Não importa que o empregado seja aquele que aliena a sua força-trabalho em contraprestação ao salário, porque a dignidade humana lhe é assegurada apenas por ser um cidadão, trabalhador ou não.

As duas partes da relação de emprego, em relação ao princípio constitucional em tela, estão em condições de igualdade, pois tanto o empregador, quanto o empregado são detentores da dignidade humana e em atenção a esse princípio devem pautar a sua conduta na relação laboral.

A dignidade humana produz efeitos na fase pré-contratual, durante a vigência do contrato de trabalho e no período pós-contratual.

As condições de trabalho estabelecidas no período pré-contratual devem atender ao princípio em tela, não sendo válida qualquer condição que viole a norma constitucional.

Durante a vigência do contrato o empregador não poderá cometer qualquer ato, no exercício do poder diretivo ou disciplinar, que viole a dignidade humana, sob pena de, além de possibilitar o pedido de rescisão indireta pelo empregado, dar ensejo a reparação da agressão aos direitos fundamentais por meio de pagamento de indenização por danos morais.

Assim, não é válida a exigência de que o empregado se submeta a revista que exponha a sua intimidade, ainda que a empresa atue na fabricação de produtos que exijam segurança no processo de industrialização, como os medicamentos.

Também não é válida a revista íntima mesmo que a empresa possua o justo receio de ver divulgada a existência de segredo industrial, pois seu patrimônio não pode se sobrepor aos direitos fundamentais.

Note-se que a fidúcia é uma condição essencial para a contratação e manutenção do empregado na empresa, não se justificando a violação da intimidade deste para dar maior segurança ao patrimônio do empregador.

Registre-se que parte da doutrina e jurisprudência entendem que a revista é ilegal mesmo que não haja a exposição da intimidade do empregado.

A dignidade humana há de ser respeitada também após o rompimento do contrato de trabalho, não podendo o empregador inserir o empregado em listas negras porque ajuizou reclamação trabalhista contra a empresa ou dar informações negativas sobre a sua conduta profissional, obstaculizando a aquisição de novo emprego.

Assim, dirigindo a conduta das partes antes, durante e após a relação de emprego, a dignidade humana, como princípio constitucional aplicado ao Direito do Trabalho, se sobrepõe ao Princípio da Proteção.

Alice Monteiro de Barros coloca o Princípio da Dignidade Humana numa posição superior ao Princípio da Proteção no âmbito do Direito do Trabalho.

“A legislação trabalhista garantista coexiste com o princípio da dignidade humana, acrescido por Alfredo Ruprecht, e inserido no art. 1º, inciso II, da Constituição da República de 1988, evidenciando que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem. A dignidade humana não se confunde com o princípio da proteção, pois é superior a ele. “Trata de elevar a consideração da pessoa que trabalha aos mesmos níveis das que utilizam seus serviços.”⁵

“O direito do empregado não ser discriminado e o direito à dignidade guardam coerência com os valores pessoais e morais, que estão acima dos direitos patrimoniais envolvidos nessa relação contratual.”⁶

Em suma, a segurança do patrimônio do empregador ou a busca pela manutenção da sobrevivência da empresa não pode atingir os direitos fundamentais do empregado.

A globalização, fenômeno do campo da economia que reduz os obstáculos e as distâncias, integrando os países e formando uma unidade, levou a flexibilização dos direitos trabalhistas, entretanto, não pode violar o princípio da dignidade humana.

Mesmo que o princípio da proteção ceda espaço para a flexibilização dos direitos trabalhistas, com a finalidade de manter o posto de trabalho, a diminuição dos direitos sociais tem de ser limitada para não atingir a dignidade humana.

Assim é que, embora a flexibilização tenha diminuído o espaço do princípio norteador do Direito do Trabalho, esse fenômeno jamais atingirá o princípio da dignidade humana, que se manterá íntegro em face da sua importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

5 Barros, Alice Monteiro. “Curso de Direito do Trabalho”, São Paulo, 2ª edição, Editora Ltr, pág. 178.

6 Barros, Alice Monteiro, op. cit., pág. 176

4.5.1 LIMITAÇÕES AO PODER DIRETIVO

O Poder Diretivo do empregador é a atribuição para conduzir a força-trabalho do empregado, dentro das necessidades a manutenção da atividade econômica da empresa.

É o principal direito adquirido pelo empregador ao celebrar o contrato de trabalho e contrair o dever de pagar a remuneração estabelecida “em tese” pelas partes contratantes.

O poder Diretivo possibilita ao empregador adequar a prestação de trabalho às necessidades da empresa, é a “ capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto a atividade do empregado, visando a realização da finalidade da empresa. ”⁷

“O poder diretivo é conceituado por Augusto Venturini como a faculdade que assiste ao chefe de ditar normas de caráter prevalentemente técnico ou técnico- administrativas, como quer Riva Sanseverino.”⁸

Através do poder diretivo, o empregador, além de determinar as atividades que serão desempenhadas diariamente pelo empregado e as metas a serem atingidas, irá regulamentar as condições de trabalho no âmbito da empresa, ditando normas de conduta.

Essas normas podem ser escritas nos regulamentos internos ou simplesmente estarem relacionadas aos hábitos de comportamento permitidos na empresa, que fazem parte das regras costumeiras.

O empregador, ao gerenciar o estabelecimento, exerce o seu poder diretivo, ao passo que o empregado se subordina a esse poder por força do contrato de trabalho.

A sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador é que distingue a relação jurídica de emprego dos contratos de natureza civil, regulamentadas pelo novo código.

O contrato de trabalho é o instrumento jurídico que estabelece a subordinação do empregado ao poder de direção do empregador.

O legislador, ao estabelecer o conceito daquele que dá o trabalho e do que presta o serviço, definiu que caberá ao empregador indicar os rumos que o empregado deverá seguir dentro de estabelecimento.

“A fundamentação legal para o poder de direção do empregador, está no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, onde ao definir “empregador” o legislador expõe que cabe ao mesmo dirigir “a prestação pessoal de serviços” do empregado. Ou seja, em outras palavras, é o empregador quem organiza a

⁷ Barros, Alice Monteiro, op. cit., pág. 553.

⁸ Barros, Alice Monteiro, op. cit., pág.554

atividade do empregado e, inclusive, de seu próprio empreendimento. Também caberá ao empregador o “poder de controle” que consiste em fiscalizar as atividades de seus empregados. É o caso do empregador que pratica a revista de seus empregados, ao término do expediente.”⁹

Embora caiba ao empregador o poder de dirigir a prestação de serviços do empregado, é certo que o princípio da dignidade humana é o principal limite imposto a esse poder.

No exercício da administração do estabelecimento, incluindo o poder diretivo sobre os empregados, o empregador há de respeitar os direitos fundamentais resumidos no princípio da dignidade humana, sob pena de cometer abuso de direito e sofrer as sanções de natureza civil, trabalhista e penal, de acordo com a violação cometida.

Desse modo, embora desde o surgimento do Direito do Trabalho o princípio da proteção tenha sido a maior proteção dos trabalhadores no regime liberal, hoje em dia, em razão da flexibilização das relações de emprego que vem esvaziando o princípio retro, se infere que a dignidade humana constitui a maior garantia da categoria profissional.

É que o princípio da dignidade humana há de se manter em sua inteireza ao longo dos anos, haja vista que os direitos fundamentais que nele estão contidos não comportam transação ou renúncia.

A existência e efetividade dos direitos fundamentais resumidos no princípio da dignidade humana, é necessária não só em busca de uma melhor qualidade de vida para uma categoria da sociedade, a dos trabalhadores, mas para a manutenção do Estado Democrático estabelecido no art. 1º da Carta Política.

4.5.2 LIMITAÇÕES AO PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar integra o poder diretivo e constitui a possibilidade que tem o empregador de aplicar sanções disciplinares lícitas ao empregado diante de uma conduta contrária às obrigações contratuais e legais deste.

Esse poder é necessário para que o empregador possua instrumentos que se destinem a manutenção do cumprimento das regras estabelecidas no estabelecimento e a paz social no ambiente de trabalho.

⁹ Silva, Leda Messias. “Dano Moral: Direitos da Personalidade e o Poder Diretivo do Empregador”, São Paulo, Revista LTr, Vol. 69, nº 04, pág.421.

“O poder disciplinar traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou contrato. O exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho.”¹⁰

É através do poder disciplinar que o empregador irá defender o exercício do poder diretivo do estabelecimento, diante de um descumprimento das obrigações do empregado.

“Constituem as sanções disciplinares os meios de que dispõe o empregador, para a imediata tutela de seus direitos em caso de violações das obrigações assumidas pelo empregado. Daí porque o dever de obediência é limitado em razão da matéria (obrigações relativas ou conexas à prestação de trabalho) e em razão do tempo (vigência do contrato).”¹¹

Três tipos de sanções disciplinares são admitidas, quais sejam: a advertência, suspensão e a despedida motivada, sendo acrescida a pena de multa para o atleta profissional.

O princípio da dignidade humana atua sobre o poder diretivo, não permitindo que o empregador aplique sanções disciplinares que atinjam a honra do empregado.

O empregador não pode ler uma advertência em voz alta, bem como não poderá expor publicamente a punição aplicada.

Os direitos fundamentais contidos no princípio constitucional em tela servem para impedir abusos cometidos pelo empregador na aplicação de sanções disciplinares, garantindo a integridade psíquica do empregado, assegurando a sua imagem perante si e seus colegas de trabalho.

Apesar de ter descumprido obrigações contratuais e legais, o trabalhador, ao ser punido, não pode ser atingido em sua honra, pois terá que ser preservada incólume a sua cidadania.

10 Barros, Alice Monteiro, op. cit., pág. 579.

11 Maranhão, Délio. “Instituições de Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora Ltr, 16ª Edição, pág. 244.

4.6 CONCLUSÃO

A globalização, que levou a flexibilização dos direitos trabalhistas, conseguiu atingir, frontalmente, o princípio da proteção.

A alegação patronal de que a redução dos direitos trabalhistas era necessária para garantir o funcionamento da empresa e a manutenção dos postos de trabalho conseguiu diminuir a força da grande base do Direito do Trabalho, que é o princípio da proteção.

Nesse contexto, o princípio da dignidade humana torna-se o principal garantidor dos direitos fundamentais do cidadão empregado, de que ele não será tratado como mais um bem, uma coisa dentro da empresa.

A dignidade humana hoje é o principal limite imposto à flexibilização das relações trabalhistas, servindo com instrumento capaz de impedir o retorno ao sistema de exploração selvagem da força de trabalho que deu causa ao surgimento dos ideais marxistas.

Esse princípio, que sintetiza os direitos fundamentais e não comporta renúncia ou transação, tem a sua importância alargada cada vez mais como instrumento eficaz para a manutenção da cidadania do trabalhador e do meio capaz de garantir o acesso aos bens essenciais à vida, inerentes ao exercício das liberdades.

REFERÊNCIAS

1. FURTADO, EMMANUEL TEÓFILO. “Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Trabalhador”.Revista Ltr.69-12/1446
2. MARANHÃO, DÉLIO. “Instituições de Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora Ltr, 16ª Edição.
3. BASTOS, CELSO RIBEIRO.”Comentários à Constituição do Brasil”,1988,São Paulo: editora Saraiva, 1º Volume.
4. BARROS, ALICE MONTEIRO. “Curso de Direito do Trabalho”, São Paulo, 2ª edição, Editora Ltr.
5. SILVA, LEDA MESSIAS.”Dano Moral:Direitos da Personalidade e o Poder Diretivo do Empregador”, São Paulo, Revista LTr, Vol. 69, nº 04.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



5 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O SISTEMA “S”

BRUNO NOVAES ROSA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SERGIPE

5.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo expor e analisar a conduta atual do Tribunal de Contas da União e seus órgãos auxiliares - Sistema de Controle Interno Federal e da Controladoria Geral da União - no exercício de sua função.

Observando a atuação da supracitada Corte de Contas ante as entidades integrantes do “Sistema S” percebe-se de plano uma tendência a “PUBLICIZAÇÃO” das mesmas, fato que vem causando transtornos aos administradores e impedindo o desenvolvimento de suas atividades da forma mais ampla e adequada.

Sem embargo das teses contrárias entendemos que o Tribunal de Contas da União deve exercer suas atividades, em relação ao “Sistema S”, de forma finalística analisando e atuando sobre os resultados apresentados em cada gestão, sem interferir em atos e procedimentos internos na busca desse fim.

Não obstante sua natureza paraestatal o “Sistema S” é entidade de direito privado e deve ter sua autonomia interna respeitada sob pena de inviabilizar seu crescimento e sua própria existência.

5.2 DESENVOLVIMENTO

Nos últimos anos o “Sistema S” vem passando por transformações e ajustes na tentativa de acompanhar as necessidades do mercado e fomentar o desenvolvimento nacional.

Temos como exemplo prático a Administração Compartilhada das chamadas “atividades meio”, implementada no sistema com o intuito de trazer uma sinergia entre os procedimentos internos, especialmente no que tange à harmonização da gestão e o compartilhamento de seus processos afins, proporcionando maiores e melhores condições para que cada entidade concentre esforços e recursos em suas missões institucionais.

As inovações administrativas visam criar condições favoráveis as entidades na busca para atingir as metas traçadas no Plano Estratégico do Sistema Indústria 2006 – 2010, que traz como missão principal:

Sistema Indústria: Consolidar-se como a referência nacional na promoção da competitividade da Indústria Brasileira, atuando com excelência na sua representação e na prestação dos serviços.

CNI/FIES: Consolidar-se como a organização empresarial líder na promoção do crescimento e da competitividade da Indústria Brasileira, atuando como agente fundamental para o desenvolvimento do Brasil.

SESI: Ser o líder nacional na promoção da melhoria da qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes e da gestão socialmente responsável da empresa industrial.

SENAI: Consolidar-se como o líder nacional em educação profissional e tecnológica e ser reconhecido como indutor da inovação e da transparência de tecnologias para a Indústria Brasileira, atuando com padrão internacional de excelência.

IEL: Ser uma referência nacional no aperfeiçoamento da gestão e da capacitação empresarial e na interação entre as empresas e os centros de conhecimento.

Ocorre que para o alcance dos objetivos acima transcritos, as entidades do “Sistema S”, no caso específico do Sistema Indústria (SESI/SENAI/IEL) devem estar amplamente adaptadas e integradas a novos modelos de gestão administrativa que visam uma otimização da prestação dos serviços das “atividades meio”, gerando melhores condições para que cada entidade concentre esforços e recursos em sua atividade fim.

As inovações administrativas aplicadas vem encontrando barreiras nos entendimentos externados pelo Tribunal de Contas da União que insiste em tratar as entidades do “Sistema S” como se fossem parte integrante da Administração Pública Indireta atribuindo-lhes obrigações e entendimentos incompatíveis com a natureza jurídica e as atividades desempenhadas por estes.

A obrigação do “Sistema S” de prestar contas ao TCU encontra guarida na natureza tributária de suas contribuições compulsórias e no art. 70, parágrafo único da Constituição Federal e art. 183 do Decreto-Lei 200/67. Vejamos:

“(…).

As contribuições parafiscais têm caráter tributário. Sustento que constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha, aliás, da lição de Rubens Gomes de Souza (“Natureza tributária da contribuição do FGTS”, RDA 112/27, RDP 17/305). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição. Para boa compreensão do meu pensamento, reporto-me ao voto que proferi, no artigo T.F.R., na AÇ 71.525, (RD Trib. 51/264).”

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle interno de cada poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”

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

Em nenhum momento negamos a competência do Tribunal de Contas da União para analisar e fiscalizar as entidades do “Sistema S”, ocorre que tal controle deve ser exercido sob uma ótica mais ampla e finalística, analisando a entidade não por atos isolados e de forma pormenorizada, uma vez que pautados no direito privado, mas pelo cumprimento geral de suas finalidades.

O Eminentíssimo ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, em prefácio do livro, Sistema S – Serviço Social Autônomo, editora Fortium, 2005, traz de forma clara o papel do TCU no presente caso. Vejamos:

“No âmbito da Corte de Contas Federal, muito se debateu acerca da incidência dos antigos Decreto-lei nº 200/67, Decreto-lei nº 2300/86 e da Lei 8.666/93 no regramento jurídico das licitações e contratos adotados por tais entidades. Prevaleceu, por fim, o entendimento de que o “Sistema S” deve ter suas licitações e contratos disciplinados em regulamento próprio, respeitados os princípios gerais da atividade administrativa. Como acentuam os autores: “Com isso, o controle do Tribunal de Contas tende a se tornar mais eficaz, uma vez que não se prenderá à verificação de formalidades processuais e burocráticas e sim, o que é mais importante, passará a perquirir se os recursos estão sendo aplicados no atingimento dos objetivos da entidade, sem favorecimento. O controle passará a ser finalístico e terá por objeto os resultados da gestão.”

Como é sabido os entes do “Sistema S” são Serviços Sociais Autônomos de Direito Privado não integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta.

Nesse toar, o saudoso administrativista HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* (Malheiros Editores/1994/19ª Ed./pág. 335), tece considerações sobre a personalidade jurídica especial do chamado serviço social autônomo, que aqui transcrevemos, *ipsis litteris*:

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

No mesmo sentido, o Eminentíssimo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (RDA 207: 79-94), assim se manifesta, *in verbis*:

“Os serviços sociais autônomos, embora espécie do gênero paraestatal, tanto quanto os concessionários, os permissionários e os autorizatórios de execução de serviços públicos, são pessoas jurídicas de direito privado, categorizadas como entes de colaboração, que atuam por delegação do Poder Público, em setores específicos da administração pública e não se encontram constitucionalmente incluídos na Administração Indireta. (...)”

(...) Se se concentrar a referência especificamente aos serviços sociais autônomos, tem sido sempre ressaltada a circunstância de, embora oficializadas pelo Estado, não integrarem nem a Administração Direta nem a Indireta, mesmo empregando recursos públicos provenientes de contribuições parafiscais. Há, portanto, outra distinção a ser sublinhada, entre as paraestatais integrantes da Administração Indireta - as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (com personalidade jurídica de direito privado) - e as paraestatais não integrantes da Administração Indireta - os serviços sociais autônomos. Estabelecido isso, diversas implicações defluentes devem ser identificadas no mundo do direito: quanto à natureza jurídica, quanto à atuação, quanto à justificação do instituto, quanto à constituição da personalidade jurídica e quanto às interferências constitucionais do Estado em sua atuação.”

Citamos ainda o Professor José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra Manual de Direito Administrativo (Editora LumenJuris, 10ª Edição, pag. 418.)

“As pessoas de cooperação governamental são pessoas jurídicas de direito privado, embora no exercício de atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categorias profissionais.

Apesar de serem entidades que cooperam com o Poder Público, não integram o elenco das pessoas da Administração indireta, razão por que seria impróprio considerá-las pessoas administrativas.”

Nessa mesma esteira, a Colenda Corte de Contas da União, já sedimentou entendimento, no sentido de que os integrantes do Sistema “S” não se sujeitam, obrigatoriamente, aos padrões impostos pela Lei nº 8.666/93, justamente porque não se enquadram no conceito de Administração Pública Direta ou Indireta, nem de Entidades controladas direta ou indiretamente, pela União.

Corroborando com a assertiva comentada acima, trazemos, em colação, aresto proveniente do TCU, *in verbis*:

“... a fiscalização exercida sobre tais entes deve possuir um enfoque mais finalístico, considerando essencialmente os princípios que resguardam o interesse público e atentando para a autonomia de que gozam tais organizações em função do regime jurídico a que estão submetidas” (Min. Ademar Ghisi, Rel. Pedido de Reexame do SEBRAE, no processo TC nº 650.148/96-7).

Dentro desta ótica jurígena, sem prejuízo do atendimento de suas finalidades precípua e sem cometimento de qualquer irregularidade na gestão de seus recursos, o entes do “Sistema S”, dentro dos limites da sua autonomia de atuação devem ter maior discricionariedade no exercício de suas funções e na definição de planos administrativos, não recaindo sobre tais atos o controle do TCU.

A iniciativa de definir as condições de contratação de seu pessoal, utilização de recursos, contratação de empresas, ou seja, atos internos inerentes a administração das entidades foram atribuídas pelo Legislador infraconstitucional, quando lhe conferiu a natureza de Pessoa Jurídica de Direito Privado, no momento de sua instituição legal, não podendo nem devendo recair sobre estes a apreciação e as imposições/recomendações da Corte de Contas.

Ressalte-se ainda que a previsibilidade do art. 37, da Carta da República de 1988, não inclui entre seus destinatários os serviços sociais autônomos, argumento corriqueiro apresentado pelos Auditores da CGU para fundamentar suas decisões e recomendações que visam imple-

mentar princípios eminentemente de entes públicos nos atos praticados na administração dos entes privados do “Sistema S”.

O Tribunal de Contas da União parece estar na contra-mão da história ao adotar tal posicionamento que além de engessar o desenvolvimento eficaz e rápido das entidades do “Sistema S” vai de encontro a recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial a abaixo transcrita. Vejamos:

MS 26410 MC / DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a) MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

Partes IMPTE.(S): PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A

ADV.(A/S): GUSTAVO MACHADO DI TOMMASO BASTOS E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TC-01617020052)

LITISC.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Julgamento 15/02/2007

“Passo a decidir. Bem examinados os autos, verifico, em sede de cognição sumária, que existe plausibilidade jurBem examinados os autos, verifico, em sede de cognição sumária, que existe plausibilidade jurídica no pedido liminar. Em caso idêntico ao presente, MS 25.888 MC/DF, julgado em 22.03.2006, o Min. Gilmar Mendes deferiu o pedido liminar nos seguintes termos: “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da

legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.” Nesse mesmo sentido o MS 25986 ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21. 06.2006. Defiro, portanto, o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, Acórdão 150/2006, proferido nos autos do processo TC 016.170/2005-2, até o julgamento final do presente mandado de segurança, sem prejuízo de ulterior análise da questão trazida à minha apreciação. Comunique-se, com urgência. Requistem-se informações ao Tribunal de Contas da União e à Advocacia-Geral da União. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 15 de fevereiro de 2007. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - 1”

Analisando a decisão acima descrita percebe-se claramente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de observar a natureza jurídica da entidade e o meio que a mesma desempenha suas funções, relativizando a aplicabilidade de dispositivos legais que vão de encontro a celeridade e a autonomia e prejudicam o desenvolvimento das atividades inerentes a cada ente.

Neste mesmo toar foi enviado ao Congresso Nacional o projeto de Lei Complementar nº 92/2007 que regulamenta o inciso 19 do art. 37 da Constituição e define que a Fundação Estatal será integrante da administração pública indireta e poderá atuar nas áreas de saúde (inclusive hospitais universitários), assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, meio-ambiente, previdência complementar do servidor público (para os efeitos do art. 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal), comunicação social e promoção do turismo nacional.

O novo modelo foi concebido com o intuito de dotar o governo de agilidade e efetividade, além de permitir autonomia administrativa, gerencial, financeira e orçamentária para setores da administração pública, através de contratos de resultados.

A autonomia gerencial da Fundação estará vinculada ao estabelecimento de compromissos explícitos e metas de desempenho que serão monitorados e avaliados periodicamente. O modelo é próprio para a atuação do Estado em áreas que não lhe são exclusivas, ou seja, onde

não é requerido o exercício do seu poder de autoridade, sendo autorizada, inclusive, a contratação de pessoal independente de concurso público.

Sob todas as óticas acima transcritas resta evidente que é uma busca de todos os componentes da Administração Pública Direta e Indireta, com a concordância do Legislativo e Judiciário, a obtenção de uma maior autonomia administrativa adotando modelos inerentes a entes privados, tendo como justificativa a efetividade e agilidade.

Diante disto não pode nem deve o Tribunal de Contas da União continuar impondo a “PUBLICIZAÇÃO” dos entes do “Sistema S” que possuem natureza de Direito PRIVADO, sob pena de inviabilizar o crescimento pleno e sustentável de suas atividades que contribuem de forma ampla e contínua para o desenvolvimento do Brasil.

5.3 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto entendemos que o Tribunal de Contas da União deve continuar a exercer suas atividades de controle e fiscalização sobre os entes do “Sistema S” devendo no entanto modificar seu enfoque e passar a analisar, de forma finalística, os resultados obtidos em cada gestão, sem interferir diretamente em atos internos e discricionários, sob a pecha da “PUBLICIZAÇÃO”, que além de inaplicável é danosa ao desenvolvimento das atividades precípua das entidades paraestatais.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**6 INCRA, FUNRURAL, SALÁRIO
EDUCAÇÃO E SAT – UMA DEFESA
SISTÊMICA - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

**CARLOS JOSÉ KURTZ,
FABRICIA LEMSER MARTINS,
FRANCISCA JOSÉ DE MELO
E SILVIA PASSONI MATTOS CARREIRÃO (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

6.1 INTRODUÇÃO

Este trabalho singelo tem por objetivo simbolizar o êxito do esforço conjunto do Sistema CNI na busca de soluções sistêmicas para as questões jurídicas, e reforçar o entendimento sobre a imunidade tributária do SESI e do SENAI, enquanto entidades de educação e assistência social e formação profissional, ambas sem fins lucrativos.

Em especial, os Departamentos Regionais do SESI e do SENAI de Santa Catarina sofreram demandas de execução tributária por parte do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS para a execução das contribuições destinadas ao INCRA, ao Funrural, ao Salário Educação e ao SAT – Seguro Acidente de Trabalho.

Cabe registrar que para enfrentar essas demandas fiscais, que representavam valores elevados, o SESI e o SENAI buscaram um entendimento articulado com o SESI – Departamento Nacional, estabelecendo-se, então, estratégias técnico-jurídicas em conjunto com a Unidade Jurídica da CNI, o que vem norteando o encaminhamento das diversas ações, com indiscutível êxito das teses jurídicas, tanto em primeira instância quanto nos Tribunais Superiores.

A partir daquela oportunidade ficou claro tratar-se não apenas de uma questão regional, mas, também do interesse de todo o Sistema CNI. E foi desse entendimento de conjunto que, certamente, contribuiu para a criação do ENCONTRO NACIONAL DE ADVOGADOS DO SESI E SENAI – ENASS, hoje, na sua 5ª realização.

Não é demais dizer que, sem dúvida, o ENASS representa um instrumento de comunicação indispensável para a consolidação e aperfeiçoamento do corpo jurídico de todo o Sistema CNI.

6.2 PROBLEMA

Execuções fiscais promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social no que concerne a créditos tributários relativos:

- INCRA e FUNRURAL (Previdência Social Rural), tendo como suporte a Lei Complementar nº 11/71 e o Decreto Lei nº 1146/70;
- SALÁRIO-EDUCAÇÃO, com base na Lei nº 4.440/64, no Decreto-Lei nº 1422/75 e Decreto nº 87043/82;
- diferenças relativas ao SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO (SAT), com fundamentação na Lei nº 8212/91.

6.3 AUTUAÇÕES

INCRA E FUNRURAL

Fundamentou-se nos arts. 1º, 3º e 4º, do Decreto-Lei nº 1.146/70, que prevêem o seguinte:

“Art 1º As contribuições criadas pela Lei nº 2.613, de 23 de setembro 1955, mantidas nos termos deste Decreto-Lei, são devidas de acordo com o artigo 6º do Decreto-Lei nº 582, de 15 de maio de 1969, e com o artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.110, de 9 julho de 1970:

I - Ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA:

1 - as contribuições de que tratam os artigos 2º e 5º deste Decreto-Lei;

2 - 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o art. 3º deste Decreto-lei.

II - Ao Fundo de Assistência do Trabalhador Rural - FUNRURAL, 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o artigo 3º deste Decreto-lei.

(...)

Art 3º É mantido o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) a contribuição previdenciária das empresas, instituído no § 4º do artigo 6º da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, com a modificação do artigo 35, § 2º, item VIII, da Lei número 4.863, de 29 de novembro de 1965.

Art 4º Cabe ao Instituto Nacional de Previdência Social - I.N.P.S. arrecadar as contribuições de que tratam os artigos 2º e 3º deste Decreto-Lei, nos termos do artigo 35 da Lei 4.863, de 29 de novembro de 1965, com as modificações da legislação posterior.”

SALÁRIO-EDUCAÇÃO

No que concerne ao Salário-Educação, entendeu o INSS que o SESI deveria ter contribuído com tal imposto nos períodos compreendidos entre os anos de 1991 a 2000.

SAT

Pretende o INSS onerar o SESI com a diferença no recolhimento relativo à contribuição do Seguro Acidente de Trabalho. O SESI sempre recolheu tal contribuição de acordo com o grau de risco da atividade preponderante dele, isto é, de educação e assistência social, que corresponde, segundo tabela do INSS, ao grau mínimo de 1% (um por cento).

6.4 DEFESA**a) Natureza jurídica do SESI/SENAI****b) Imunidade tributária****c) Ampla Isenção Fiscal – Lei 2.613/55: art. 12 e 13**

Observa-se que o INSS tem o embasamento legal no Decreto-Lei n. 1146/70, que se reporta à Lei nº 2.613/55 e esta, que por sua vez, **concede ampla isenção tributária ao SESI.**

Torna-se imprescindível comentar que o INSS alicerçou-se, indiretamente na Lei que isenta o SESI de qualquer contribuição fiscal. Ressalta-se, o SESI goza de ampla isenção fiscal, instituída pela Lei nº 2.613/55. Rezam os arts. 12 e 13 da Lei:

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

Art. 13. o disposto no arts 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (SESI), (...).”

d) Art. 195 Constituição Federal:

Impende assinalar a isenção tributária prevista na Carta Magna:

“Art. 195...

(...)

§ 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

e) **Salário Educação**

A Constituição Federal Brasileira prevê expressamente que a contribuição ao Salário-Educação incidirá sobre as empresas. Reza o texto constitucional:

“Art. 212.

(...)

§ 5º. **O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei.**”(grifo nosso).

Reitera-se, o SESI não é empresa. A doutrina e a jurisprudência, como já comprovado no deslinde da presente peça processual, são fartas em repetir tal afirmação. Seria inconstitucional a exigência do Salário-Educação, que a CF limitou às empresas, sobre entidades como o SESI.

Nesse sentido:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI. CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL, AO INCRA E AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. O Serviço Social da Indústria – SESI é uma entidade assistencial, sem fins lucrativos, não estando obrigado ao recolhimento de contribuições para o FUNRURAL, o INCRA e o SALÁRIO-EDUCAÇÃO.” grifo nosso (AC nº 2000.04.01.091377-4 – SC. Rel. Juiz Vilson Darós, T. de Férias, j. em 31.08.00)

É parte integrante do v. acórdão:

“Esta Turma possui entendimento pacífico, no sentido de que o SESI não pode ser equiparado à empresa, para fins de vinculação à Previdência Social, por ser entidade de educação e assistência social, sem fins lucrativos.”

No mesmo norte os v. acórdãos prolatados nos Autos das Apelações Cíveis nºs 97.04.13495-9-SC, j. em 12.01.99, tendo como Relator o Excelentíssimo Juiz Fábio Bittencourt da Rosa e 98.04.01.04343215-5-SC, j. em 01.10.98, em que foi relatora a Eminente Juíza Tânia Escobar.

Renova-se, o SESI foi criado por autorização legal, para atingir a mesma finalidade do Salário-Educação, aprimorar e difundir o ensino fundamental. É ilógico que dele se exija a contribuição.

Além do mais, o SESI não precisa atender às condições legais para que seja reconhecida a função assistencial/educacional que lhe dá direito à isenção, pois tal função já lhe foi reconhecida pelo artigo 240 da Constituição Federal. A esse respeito:

“A exigência de certificados de fins filantrópicos, (...), referia-se a entidades que, embora exercessem atividades comunitárias, não eram reconhecidas como entidades de caráter social.

(...)

Ora, diversa é a situação dos Apelados (SESC e SESI), que, em razão da própria lei que os instituiu, já possuem, legal e institucionalmente, a natureza de entes sócias.” (MAS nº 89.02.02502-RJ, TRF 2ª Região. Rel. Desembargador Federal Sérgio D` Andréa Ferreira)

Mais uma vez, diante dos argumentos aduzidos, atinge-se a compreensão de que entidades como o SESI por sua natureza assistencial não podem ser comparadas a empresas, ficando, portanto, isentas de qualquer tributação.

f) SAT

Pretende o INSS onerar o SESI com a diferença no recolhimento relativo à contribuição do Seguro Acidente de Trabalho. O SESI sempre recolheu tal contribuição de acordo com o grau de risco da atividade preponderante dele, isto é, de educação e assistência social, que corresponde, segundo tabela do INSS, ao grau mínimo de 1% (um por cento).

O INSS entende que o SESI deve pagar as diferenças entre o grau mínimo e médio. Como já dito, o SESI contribui em grau mínimo 1% (um por cento), em conformidade com a sua atividade preponderante, atividade assistencial, e aquele instituto entende que o SESI deve pagar com alíquota de grau médio, 2% (dois por cento). Essa imposição, que não foi justificada na notificação, é totalmente descabida, visto o INSS ter determinado na lei 8212/91:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no artigo 23, é de:

(....)

II - para o financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

(...)"

Posteriormente, no Decreto nº 2.173/97, revogado pelo Decreto 3.048/99 restou claro o significado de atividade preponderante:

“Art. 202.

(...)

§ 3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.”

“§ 4º A atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V.”

Pode ser observado no CNPJ do SESI o nº 91.99-5 que corresponde ao enquadramento dele como “outras atividades associativas”, em conformidade com o Anexo V, do Decreto nº 3.048/99. Esse enquadramento corresponde à contribuição ao SAT de 1% (um por cento), ou seja, em grau mínimo, condizente com as atividades da entidade que é assistencial.

Cumpramos ressaltar que a competência atribuída pelo art. 33 da Lei nº 8212/91 ao INSS, não lhe confere poder para legislar, nem para emitir juízo de valor sobre o grau de risco de entidade fiscalizada. Tratando-se de uma imposição de natureza tributária, as condições apresentadas pela pessoa jurídica devem corresponder ao enquadramento previsto em lei, sob pena de ferimento dos princípios inseridos nos arts. 5º, II e 150, I, da Constituição Federal.

Os §§ 3º, 4º e 5º do art. 202 do Decreto nº 3048/99 esclarecem a situação das pessoas jurídicas quanto ao enquadramento na relação constante do Anexo V. Já o § 6º do mesmo artigo atribui ao INSS apenas o poder de corrigir erro no auto-enquadramento efetuado. Não poderia o INSS, sem qualquer justificativa, desenquadrar uma entidade definida por lei como de assistência social impondo-lhe um ônus tributário adicional.

Pelas razões expostas, a notificação relativa ao aumento de percentual para o SAT é inconstitucional e ilegal.

Por outro lado, ainda que fosse considerada a contribuição do SESI como sendo em grau médio, o que certamente não se admite, conquanto a atividade preponderante desta entidade é de educação e assistência social, deveria ser analisado cada estabelecimento (CAT) do SESI. Assim têm entendido os Tribunais:

“CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO – CONTRIBUIÇÃO AO SEGURO ACIDENTE DO TRABALHO – ATIVIDADE – GRAU DE RIS-

CO – ATIVIDADE PREPONDERANTE – 1. O art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91 atende, integralmente, ao princípio da tipicidade tributária, uma vez que estabelece o fato gerador da contribuição, as alíquotas, a base de cálculo e o sujeito passivo da obrigação. Inconstitucionalidade não caracterizada. Precedente deste Tribunal Regional Federal. 2. O Decreto nº 2.173/97, a exemplo do que já estabelecia o art. 26, do Decreto nº 612/92, prevê que se considera como atividade econômica preponderante àquela que ocupa, em cada estabelecimento, o maior número de segurados empregados. 3. A incidência da contribuição devida ao Seguro Acidente do Trabalho – SAT, não encontra óbice constitucional. 4. Apelação da impetrante improvida. 5. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social e remessa oficial providas.” (TRF 1ª R. – AMS 01000252230 – MG – 4ª T. – Rel. Juiz Ítalo Mendes – DJU 23.11.2000 – p. 590)

“CONTRIBUIÇÃO PARA O SEGURO DE ACIDENTES DE TRABALHO – SAT – PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – PROPORCIONALIDADE – ATIVIDADE PREPONDERANTE – 1. O art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997, fixou a alíquota e a base de cálculo da contribuição ao seguro de acidentes de trabalho – SAT, satisfazendo ao princípio da reserva legal (CTN, art. 97). 2. O princípio da estrita legalidade diz respeito ao fato gerador, alíquota, e base de cálculo, nada mais. 3. Sendo o SAT uma espécie de tributo, e tendo em conta que cada estabelecimento de determinada empresa pode apresentar um grau de risco distinto do outro, há que se apurar o risco da atividade, a atividade preponderante, em cada um dos estabelecimentos, assim caracterizados por possuírem CGC próprio e distinto dos demais setores da empresa.” (TRF 4ª R. – AMS 1999.04.01.065462-4 – RS – 2ª T. – Rel. Juiz Márcio Antônio Rocha – DJU 11.10.2000 – p. 245)

Analisando a Lei Previdenciária e as sábias decisões dos nossos Tribunais, concluí-se que o recolhimento do Seguro Acidente de Trabalho deve ser procedido de acordo com o grau de risco relativo à atividade preponderante da empresa. Sabe-se que o grau de risco do SESI é o mínimo, visto ser esta uma entidade assistencial.

g) FUNRURAL

Além dos argumentos apresentados que evidenciaram ser o SESI entidade assistencial com ampla isenção fiscal concedida por lei, não estando sujeito às contribuições ao INCRA e ao FUNRURAL, cumpre destacar que o SESI não é empresa rural.

Cabe assinalar que as contribuições sociais somente são devidas dentro das respectivas categorias. Ou seja, a empresa rural é que deve contribuir para Previdência Rural, assim como a empresa urbana para Previdência Urbana. Entendeu o STF, por unanimidade:

“(…) não é admissível estender-se a contribuição em causa às indústrias dos centros urbanos, cujos empregados são assistidos por outras entidades e por forma diversa (...) é indústria urbana que, como tal, sempre contribui para o Sesi. Não se compreende como possa ela passar a contribuir para o Serviço Rural, do qual não recebe qualquer benefício.

(...)

A entender-se de outro modo, todas as indústrias urbanas (...) deveriam contribuir para o Serviço Social Rural, o que importaria em DESFALQUE de receita das instituições que, como é o caso da recorrente, têm o encargo de dar assistência aos trabalhadores urbanos.” (RE nº 75.316-SP, Rel. Ministro Oswaldo Trigueiro. RTJ nº 68, p. 501/503).

Especificamente, em relação ao Sesi, que não é empresa, mas sim entidade de educação e assistência social decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA FAZER SUBIR RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES PARA O INCRA E FUNRURAL. Sesi. ISENÇÃO. PRECEDENTES.

- 1. Agravo Regimental contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo agravante.**
- 2. acórdão a quo que entendeu ser inadmissível o reconhecimento de contribuição ao INCRA e ao FUNRURAL pelo Sesi tanto porque não é empresa, mas entidade de educação e assistência social, sem fins lucrativos, como em razão de não estar vinculado ao meio rural.**
- 3. Da exegese da Lei 2613, de 1955 decorre que sendo o Sesi equiparado à União Federal, está este isento da contribuição para o INCRA.**
- 4. Da constatação de que o Sesi não é uma empresa ou entidade dedicada à atividade rural e de iterativa manifestação jurisprudencial decorre a impossibilidade de exigir-se a contribuição para o FUNRURAL. Precedentes.**

5. **Os julgados que aponta o agravante não se coadunam com a matéria.**
6. **Agravo regimental improvido.”** grifo nosso (AGA; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2000/0115541-5; 1ª T; Rel. Min. José Delgado. DJ 11/06/2001).

Vale registrar a recente decisão do STJ – Recurso Especial nº 922.542-RS (2007/0023849-8), em que a Fazenda Nacional recorreu e face do SESI, e já em sede de Embargos Infringentes, definiu a matéria sob estudo, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO – IMUNIDADE NOMINADA ISENÇÃO, DO ART. 195, § 7º, DA CF/88 – HERMENÊUTICA – REGULAMENTAÇÃO PELO ART. 55 DA LEI 8.212/91, ART. 55 – LIMITES – ENTIDADES QUE JÁ GOZAVAM DE ISENÇÃO NO REGIME ANTERIOR – ABRANGÊNCIA.

Relator o Ministro Francisco Falcão,

- 1 – **Não se conhece de embargos infringentes em relação a matéria em que não se configurou divergência.**
- 2 – **O parágrafo sétimo do art. 195 da Constituição de 1988, ao declarar isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, instituiu verdadeira imunidade, e não mera isenção.**
- 3 – **Consistindo as imunidades em limitações ao poder de tributar, sua regulamentação, em princípio, caberia à lei complementar (art. 146, II, CF/88). No entanto, tendo o constituinte denominado aquele benefício de isenção e atribuído sua regulamentação à lei, sem qualificá-la de complementar, deu azo a conflito hermenêutico ainda hoje em aberto no Supremo Tribunal Federal (v.g., ADIN nº 2.028-5).**
- 4 – **No entanto, a Suprema Corte já vem definido que, nessa matéria, é reservada à lei ordinária apenas “a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar” (Pleno, unânime, AD 1802 MC/DF), tendo suspenso, por inconstitucionalidade (ADIN nº 2028-5), o inciso III da Lei 8.212/91, e seus parágrafos 3º, 4º e 5º, na redação dada pela Lei nº 9.732/98, por desvirtuarem “o próprio conceito constitucional**

de entidade beneficente de assistência social” e limitarem “a própria extensão da imunidade”.

- 4 – **O art. 55 da Lei 8.212/91, sem qualquer referência explícita ao § 7º do art. 155 da CF/88, instituiu e regulamentou uma isenção genérica, sem, contudo, revogar ou disciplinar as isenções específicas então em vigor, entre as quais a prevista na Lei nº 2.613, de 27/09/55, que se aplicava ao SESI, ao SESC, ao SENAI e ao SENAC e foi, ainda, recentemente (Lei nº 8.706, de 15/09/93), estendida ao SEST e ao SENAT. Essa lei se inclui no mesmo universo normativo da Lei 8.212/91, destinadas que são a regulamentar os tratamento tributário das entidades beneficentes de assistência social que a Constituição de 1988 passou da condição de isentas à de imunes.**
- 5 – **O SESI é entidade privada de serviço social e de formação profissional, assim conceituada pelo art. 240 da própria Constituição, e nessa condição é mantido mediante contribuições sociais, de natureza tributária, a cargo das empresas industriais, estando caracterizado como entidade beneficente de assistência social pela própria lei que o criou (DL 9.403/46) e respectivo regulamento (Dec. 57.375/65), não sendo de se exigir por sua natureza institucional, que seja portador de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social para o gozo da imunidade do § 7º do art. 195 da Constituição.**
- 6 – **Essa imunidade se estende também à renda obtida pelo SESI nas atividades desenvolvidas em suas farmácias e empreendimentos congêneres, destinados ao atendimento de seus fins beneficentes.”**

Examinando o explanado, infere-se que toda a doutrina e a jurisprudência estão direcionadas no sentido de que o SESI não é empresa e ademais está isento de contribuições como o INCRA, FUNRURAL e SALÁRIO EDUCAÇÃO, restando confirmado o SAT em 1% (um por cento).

6.5 CONCLUSÃO

Dada a questão colocada, é possível concluir que:

1. As constantes alterações da legislação tributária, em especial no campo previdenciário, nem sempre estão de acordo com a Constituição Federal, criando verdadeira insegurança jurídica ao contribuinte.
2. Em se tratando de entidades de educação e assistência social, as contribuições objeto do presente trabalho representam verdadeiro desfalque às receitas que se destinam às finalidades sócio-educativas e de formação profissional de significativa parcela da sociedade.
3. As teses jurídicas levantadas pelos Regionais e pelo Sistema CNI para fazer frente às demandas fiscais aforadas pelo INSS para a cobrança de contribuições efetivamente indevidas, vêm sendo vitoriosas no decorrer dos últimos anos, inclusive enfrentando e pacificando questões constitucionais.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



7 “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”

FABIOLA PASINI
DEPARTAMENTO NACIONAL

O presente estudo tem a finalidade de demonstrar o fundamento dogmático e normativo do *venire contra factum proprium*, de inegável aplicação ao direito dos contratos (embora não se restrinja a esta seara jurídica, na medida em que possa ser igualmente aplicado às suas mais diversas áreas), assim como traçar as conseqüências advindas de seu reconhecimento, como forma de limitação à autonomia privada. Mas isso não é tudo, pois além da caracterização deste princípio, para o fim específico deste trabalho, faz-se necessária a sua delimitação, de molde a que seja verificado o interesse desta figura em relação ao SESI e ao SENAI.

Vale destacar que num mundo onde o contrato é denominado como a veste jurídico-formal das operações econômicas¹, este é o instrumento indispensável para a operacionalização da circulação de riquezas, não sendo diferente em se tratando das entidades acima mencionadas. Por este motivo o *venire contra factum proprium* também seja do seu interesse, uma vez que não haja razão para que não estejam sujeitas ao regramento aplicável à teoria geral dos contratos.

Inobstante estejamos diante de um princípio pouco conhecido em nosso Direito, foi por conta da doutrina², que ocupou-se em disseminar a proibição de um comportamento contraditório, que possibilitou-se o desenvolvimento de uma fundamentação para embasar as decisões proferidas por nossos tribunais (embora em pequena escala). Mas se havia uma carência de fundamentação normativa para este instituto, que ocasionasse a sua pouca utilização, hoje nos defrontamos com uma nova realidade que descortinou-se com as inovações trazidas com o novo Código Civil, notadamente quanto à boa-fé objetiva.

Partindo do termo *venire contra factum proprium* (que tem origem canônica), estamos nos referindo à abreviação da fórmula *venire contra factum proprium nulli conceditur*, cujo significado, nas palavras de Menezes Cordeiro³, “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.” Esse primeiro comportamento é denominado como o *factum proprium*, sendo inadmissível o exercício do segundo ato, ainda que lícito, quando ele for contrário à conduta anterior, segundo aquilo que razoavelmente poderia se esperar pelos padrões da boa-fé.

1 E assim afirma Enzo Roppo. O contrato. – Coimbra : Almedina, 1988, p. 9: “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como um fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível.”

2 Tomemos aqui como exemplos, dentre outros, as obras de Fernando de Noronha, *op. cit.*, e Judith Martins-Costa, A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. – Rio de Janeiro : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

3 Vide António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro in Da Boa Fé no Direito Civil, Coleção Teses. – Coimbra : Almedina, 2001, p. 742.

Para melhor ilustrarmos a definição acima mencionada, nos valeremos de um exemplo paradigmático, de natureza contratual, cuja aplicação ao Sesi e ao Senai é perfeitamente cabível:

Caso: Num contrato de prestação de serviços, de execução continuada, é convencionada a entrega de vários produtos seguindo um cronograma físico-financeiro. O pagamento por cada produto far-se-á após a entrega de cada etapa. É convencionado, outrossim, que o cumprimento extemporâneo de qualquer fase, ocasionará a resolução do contrato, independentemente de qualquer notificação prévia. Eis que o contratado, ao invés de cumprir o cronograma, por um motivo qualquer, reiteradamente entrega os produtos sempre fora do prazo. O contratante (que pode ser qualquer uma das entidades), ao invés de resolver o negócio, em razão de seu descumprimento, aceita as entregas parciais intempestivas e efetua seu pagamento, sem opor qualquer advertência ao contratado, criando neste a confiança de que pode assim continuar agindo. Não poderá o contratante, destarte, em razão da proibição do ato contraditório, pleitear num momento futuro a resolução do contrato, ocasionado pelo seu descumprimento, haja vista as entregas fora do prazo. Se quiser passar a exigir o cumprimento do contrato em causa, deverá avisar com razoável antecedência o contratado, sob pena de caracterizar-se o *venire contra factum proprium*.

É importante salientar desde já que a proibição de um ato contraditório, lícito, não é vedada por si mesma, tão pouco requer culpa ou má-fé do agente titular do direito que o praticou⁴, uma vez que decorre da manutenção do princípio da segurança do tráfico jurídico⁵, enquadrando-se perfeitamente na noção de tutela da confiança⁶. Porquanto não haja uma vedação simplesmente à coerência, o que se busca é a proibição da ruptura da confiança, por meio da incoerência.

Como os fundamentos dogmático e normativo do *venire contra factum proprium* encontram-se inseridos numa das funções da boa-fé objetiva, não podemos passar adiante neste estudo sem que seja feito um breve escorso acerca deste princípio, normatizado através de uma cláusula geral pelo atual Código Civil.

A doutrina distingue dois sentidos para a boa-fé: um subjetivo, outro objetivo.

4 Vide Fernando Noronha in O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. – São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 184.

5 Vide Franz Wiecker in El principio general de la buena fé. Tradução de Jose Luis Carro. – Madrid : Editorial Civitas, 1977, p.61/62: “La exigência de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino – como en la moderna teoría de la validez de la declaración de voluntad – el no separarse Del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuído por la otra parte. Más simplemente: el principio del venire es una aplicación del principio de la «confianza en el tráfico jurídico» y no una específica prohibición de la mala fé y de la mentira”.

6 Vide Anderson Schreiber in A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. – Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 90: “De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos”.

A boa-fé subjetiva exprime um estado psicológico do sujeito, de consciência. É a boa-fé estado, crença⁷. Consiste na ignorância de um fato que venha a causar lesão a direito alheio. Como antítese da boa-fé, está a má-fé do agente.

A boa-fé objetiva traduz-se por regras ou padrões objetivos de comportamento, isto é, um modelo de conduta ética, leal, honesta, “não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros.”⁸

Pode-se inferir, destes conceitos, que a confiança é um elemento presente nas duas modalidades apresentadas⁹, ou seja, representa o sentimento de alguém que acreditou em algo. Todavia, quando relacionada à sua forma subjetiva diz respeito a um *estado* e à objetiva, a um *princípio*¹⁰, de modo que na primeira hipótese o sujeito age *de* boa-fé (subjetiva) e na outra, *segundo* a boa-fé (objetiva)¹¹. Quando usada na concepção de lealdade e eticidade, a boa-fé é inafastável do direito contratual (embora não tenha seu âmbito de utilização restrito a este ramo do direito¹²), norteando o comportamento ideal dos sujeitos que pretendem contratar, ou seja, impondo um dever de conduta a outrem, socialmente recomendado, de modo a não abalar a confiança legítima da outra parte.

7 “... ela é essencialmente um estado ou situação de espírito que se traduz no convencimento da licitude, resultando de tal estado conseqüências favoráveis para o sujeito do comportamento.” Vide Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Do abuso de Direito. – Coimbra : Almedina, 1999, p. 55

8 Vide Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Do abuso de Direito..., *op. cit.* p. 55

9 Vide Fernando de Noronha, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, *op. cit.*, p. 136: “Realmente, de forma similar à subjetiva, também a boa-fé objetiva tem na sua base uma idéia de confiança, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Como se vê, em ambas existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem.”

10 Vide Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito civil, 4. ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, p. 125: “Em sentido objectivo, pois, a boa fé constitui uma regra jurídica, é um princípio normativo transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais. Não contém, ele próprio, a solução, antes consagra o critério da solução, carecendo para o efeito da mediação concretizadora do aplicador, maxime do juiz.”

11 Desta forma, nada impede que o sujeito aja de boa-fé, subjetivamente, mas não segundo a boa-fé, objetivamente, como explica Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Função social do contrato: os novos princípios contratuais. São Paulo : Saraiva, 2004. – (Coleção Professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), p. 73: “Em diversos termos, alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto, obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata”

12 Vide Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Função social do contrato, *op. cit.*, p. 74, assinala que a boa-fé objetiva expandiu-se como uma exigência de eticização das relações jurídicas, “a ponto, inclusive, de espalhar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras área do direito, como por exemplo a do direito público. Mas, com maior incidência na seara contratual ou, para muitos, e decerto influenciados pela própria topografia do § 242 do BGB, de necessária adstrição ao gênero do direito das obrigações (...)”

Por isso, não se admite mais, numa visão moderna do direito contratual, no tocante ao seu objetivo, a sua minimização à teoria do adimplemento, como se sua única finalidade fosse simplesmente o cumprimento da obrigação, de modo que há uma escala de deveres impostos às partes, consubstanciados, sim, nos deveres de prestação, mas também, em deveres laterais, anexos¹³, “que se ligam ao correto processamento da relação obrigacional”¹⁴. Nesta visão, a obrigação passa a ser vista como um processo¹⁵ e é muito mais “uma relação de cooperação, de consideração com o outro, destarte garantindo a promoção do solidarismo”¹⁶, assegurando-se, com isto, a manutenção da segurança não só na âmbito da relação jurídica avençada, mas sobretudo, na sociedade, o que ocasiona um respeito elementar às normas de convivência, onde todos têm o dever de assim agir, juridicamente.

Enquanto princípio, pode-se atribuir à boa-fé uma tríplice função¹⁷: como cânone hermenêutico-integrativo, como norma de criação de deveres jurídicos e por fim, como limitação ao exercício de direitos subjetivos¹⁸.

a) Na sua função de cânone hermenêutico-integrativo, atua a boa-fé visando não só o preenchimento de lacunas (tendo em vista a impossibilidade dos contratantes prever todas as situações fáticas e jurídicas no contrato), assim como ante dúvidas, obscuridades e contradições dos termos empregados no contrato, a sua interpretação, buscando “o alcance não da vontade de cada qual dos contratantes, mas sim do consenso de ambos”¹⁹.

No primeiro caso, atua com uma função integradora do contrato, preenchendo lacunas que não foram previstas pelas partes ou tão pouco seja tratada pela legislação, mas que decorrem das justas expectativas que as partes nutrem em relação ao negócio.

13 “É ainda a boa fé que em certa medida conforma a relação contratual, pois é ela um dos critérios a que se recorre para determinar o âmbito da vinculação negocial. Quer dizer que «do contrato fazem parte não só as obrigações que expressa ou tacitamente decorrem do acordo das partes, mas também, designadamente, todos os deveres que se fundam no princípio da boa fé e se mostram necessários a integrar a lacuna contratual.» Nesta linha, importa sublinhar o papel decisivo da boa fé no enriquecimento do conteúdo do contrato, mormente por constituir a matriz dos denominados deveres laterais, como os deveres de cuidado para com a pessoa e o patrimônio da contraparte, os deveres de informação e esclarecimento, etc.” in Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do Direito civil...*, op. cit. p. 126,

14 Vide Flávio Alves Martins, *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*, 2. ed. – Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2000, op. cit., p. 27

15 Vide Clóvis V. do Couto e Silva, in *A Obrigação como Processo*. – São Paulo : José Bushatsky, Editor, 1976.

16 Vide Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato*, op. cit., p. 75

17 Vide Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito privado...*, op. cit., p. 427 ss., com fundamento em Franz Wieacker, *El principio general de la buena fé*, op. cit.

18 Vide Teresa Negreiros, *O Princípio da Boa-fé Contratual in Princípios de Direito Civil Contemporâneo/ Maria Celina Bodin de Moraes (coordenação)*. – Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p., 222 e 223, que destaca nesta tríplice função, quais os artigos do Código Civil que correspondem a cada uma. Neste sentido, o artigo 422 consagra a função de criação de deveres anexos, o artigo 113, a de cânone hermenêutico-integrativo e, finalmente, o artigo 187, a função de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

19 Vide Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *A função social do contrato...*, op. cit., p. 76

Na segunda hipótese, a boa fé como princípio ou norma exerce um trabalho hermenêutico, cabendo ao intérprete, neste exercício, guiar-se pela vontade das partes, adaptando-lhe o teor do contrato, mas também, na medida em que a boa-fé estabelece um modelo de comportamento, ordenando-lhes que procedam de forma leal e honesta, dirigindo a sua compreensão, também pela idéia de conduta escorreita dos contratantes, ou seja, de acordo com o que seria razoavelmente esperado de um contratante leal.

b) Na sua função de criação de deveres jurídicos, deve-se ressaltar que há na relação contratual deveres denominados principais ou primários de prestação²⁰, que dizem respeito efetivamente às obrigações diretamente assumidas pelas partes com a contratação.

Paralelamente, há também os denominados deveres secundários, que subdividem-se em meramente acessórios da obrigação principal (como é caso do dever de conservação da coisa até a sua entrega na compra e venda) e deveres secundários com prestação autônoma (v.g., dever de indenização ocasionado pelo incumprimento culposo da obrigação)²¹.

Entretanto, há ainda os chamados deveres anexos, laterais, acessórios ou instrumentais, que, independentemente da nomenclatura que venham a receber, explicitam aqueles deveres que embora não previstos no contrato, ainda assim, em razão dessa função supletiva, incidem sobre esta relação jurídica, nascendo antes da formação do negócio²² e perdurando mesmo após a sua conclusão.

Judith Martins-Costa²³ relaciona estes deveres instrumentais como sendo: deveres de cuidado, de providência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de prestar contas, de colaboração e cooperação, de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte e os deveres de omissão e segredo.

Menezes Cordeiro²⁴, por seu turno enumera esses deveres em três, denominados de acessórios: (i) de proteção (preservação da segurança e incolumidade da parte contrária e inclusive de terceiros), (ii) de esclarecimento (dever imposto às partes de informar seu contratante) e (iii) de lealdade (deveres de omissão de condutas que frustrem o objetivo do ajuste, assim como o sigilo sobre dados obtidos durante as negociações e assistência e colaboração para com o outro contratante).

Seja qual for a denominação ou enumeração destes deveres (que é sempre de índole exemplificativa), conclui-se que a relação contratual encerra uma complexidade de direitos e obriga-

20 Vide Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito privado...*, *op. cit.*, p. 437

21 Vide Judith-Martins-Costa, *A boa-fé no Direito privado...*, *op. cit.*, p. 438

22 E aqui a justificativa da aplicação da boa-fé na chamada responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo*

23 in *A boa-fé no Direito privado*, *op. cit.*, p. 439

24 in *Da boa fé no Direito civil...*, *op. cit.*, p. 604

ções que não estão restritos ao cumprimento objetivo do contrato, como corolário direto da figura contratual escolhida, mas antes, estão adstritos a diversos outros deveres que pairam no processo que é a relação obrigacional²⁵.

c) Por fim, em sua função como limite ao exercício de direitos subjetivos, a boa-fé assume uma finalidade de controle ou limitação ao exercício de direitos das partes, ou seja, à máxima de que “tudo que não está proibido é permitido”, corresponde uma limitação pela boa-fé, no sentido de que mesmo permitido, se importar numa conduta que imponha uma desproporção manifesta entre as prestações, ou mesmo numa conduta desleal ou contrária ao que razoavelmente se espera de um contratante leal, estará sendo violada a boa-fé. Surge, pois, de forma evidente, como uma restrição à liberdade jurídica que detém os contratantes²⁶.

A boa fé, então como norma de limitação aos direitos subjetivos, mostra-se nos casos de adimplemento substancial do contrato²⁷ e na teoria dos atos próprios, que se desdobra sob a denominação do *tu quoque*²⁸ e na máxima que proíbe o *venire contra factum proprium*.²⁹

Portanto, é aqui que encontramos o fundamento genérico para a aplicação do *venire contra factum proprium*, que deriva desta função da boa-fé objetiva consubstanciada na limitação dos direitos subjetivos, cuja previsão, atualmente, em nosso Código Civil, encontra-se definida através do artigo 187, que trata do abuso do direito³⁰. Daí decorre que o comportamento contra-

25 E melhor esclarece Judith Martins-Costa, A boa-fé no Direito privado..., *op. cit.*, p. 443: “O que significa dizer que a boa-fé, ao ensejar a criação de deveres instrumentais, torna efetivamente exigível a prestação e coerentemente exercitáveis os direitos que derivam do contrato.”

26 “Em diversos termos, o fundamento da limitação de direitos subjetivos, de início tributados ao abuso e à exceção de dolo, hoje se atribui à boa-fé objetiva, sem a adstrição, notadamente quanto à iniciativa defensiva em que se aduz dolo, à demonstração do elemento anímico de quem postule um direito e abra ensanchas à exceção.” Vide Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Função social do contrato..., *op. cit.*, p. 86-87.

27 Vide Judith Martins-Costa, A boa-fé no Direito privado..., *op. cit.*, p. 457

28 Há no núcleo do *tu quoque*, assim como no do *venire contra factum proprium*, a idéia da contradição. Distinguem-se, todavia, na medida em que o primeiro exprime a máxima segundo a qual a pessoa que viole uma norma não pode posteriormente e sem abuso, prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente, exercer a posição jurídica violada por si ou exigir a outrem o acatamento da situação violada.

29 Vide Judith Martins-Costa, A boa-fé no Direito privado..., *op. cit.*, p. 461 ss

30 “... *abusa do direito quem o exerce de forma aparentemente regular, mas em contradição com os valores que o ordenamento pretende por meio dele realizar*” conforme explica Anderson Schreiber, in A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium, *op. cit.*, p. 109. De outra quadra, continua explicando este autor que embora a boa-fé seja um dos fundamentos axiológicos do abuso do direito, os dois não se confundem, mas se complementam. Isso porque ocorre o abuso não só quando haja contrariedade à boa-fé, mas também aos bons costumes e aos fins econômicos e sociais do direito. A boa-fé, por outro lado, tem uma abrangência mais ampla, na medida em que não só impede o abuso do direito que lhe seja contrário, mas também porque impõe regras de comportamento e serve, ademais, como critério hemenêutico-interpretativo.

ditório é abusivo³¹ na medida em que, embora lícito, torna-se ilícito por defraudar a confiança depositada por outrem, “o que revela, no âmbito normativo, contrariedade à boa-fé”³².

Porém, ao atribuir-se genericamente à boa-fé o fundamento da aplicação da proibição do ato contraditório, cria-se um superutilização deste princípio³³, fato este que pode gerar consequências negativas como relegá-lo a um conceito vazio, que tudo abrange, mas que nada significa. Por esta razão, modernamente atribui-se à tutela da confiança³⁴ o fundamento do *venire contra factum proprium*, no sentido de que seja preservado o bom desenvolvimento do tráfego negocial³⁵, em razão das justas expectativas criadas pela confiança na coerência alheia. Menezes Cordeiro³⁶ bem explica essa fundamentação ao mencionar que:

“Substituir uma referência amorfa à boa-fé pela menção da confiança não é trocar uma fórmula vazia por outra similar. A confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas. A confiança contorna, ainda, o problema dogmático, de solução intrincada, emergente da impossibilidade jurídica de vincular, permanentemente, as pessoas aos comportamentos uma vez assumidos. Não é disso que se trata, mas tão só, de imputar aos autores respectivos as situações de confiança, que de livre vontade, tenham suscitado.”

Essas ilações, aliás, foram muito bem compreendidas e recepcionadas pelos juristas de nosso país, como mostra o enunciado editado durante a IV Jornada de Direito Civil, que nada mais fez do que corroborar o então exposto:

“362 – Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”

31 No Direito Português é lançada mão da mesma justificativa legal do abuso do direito, tanto que Menezes Cordeiro assim afirma: “A base legal para a aplicação da doutrina da confiança, no Direito português, por forma a vedar o *venire contra factum proprium*, nas suas manifestações mais correntes, reside no art. 334º, e, de entre os elementos positivos nele enunciados, na boa-fé”, in *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. cit., p. 760

32 Vide Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit. 114 e Teresa Negreiros, *O Princípio da Boa-Fé Contratual*, op. cit., p. 233: “Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra da confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, e’, contudo, um comportamento contrário à bpa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.”

33 Esta expressão é utilizada por Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit. 116

34 Vale lembrar que a confiança é um elemento presente nas duas modalidades de boa-fé, como já foi referido em item anterior.

35 Vide Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito privado...*, op. cit., p. 471

36 Vide Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. cit., p. 756

Todavia, o *venire contra factum proprium* não pode ser tutelado em toda circunstância, de modo indiscriminado, vedando com isso qualquer ato posterior que seja contrário a um anterior, numa mesma relação jurídica e desde que diferidos no tempo³⁷. Nesta hipótese, estar-se-ia engessando de tal forma as relações humanas, inviabilizando-as, o que poderia significar “mais que uma abstração, um castigo”, nas palavras de Judith Martins-Costa³⁸, porque é da natureza humana a mudança de opinião. Aliás, sempre é bom lembrar que o próprio Direito, dentro do âmbito de sua legalidade, admite atos contraditórios³⁹.

Para que se configure um *venire contra factum proprium* passível de ser tutelado, portanto, não basta que tenha havido uma contradição entre dois atos. Antes, é necessário que o *factum proprium* tenha despertado uma confiança tal na outra parte, de modo a que o mesmo não possa ser contraditado sem que isso fira a confiança no tráfego jurídico. Além disso, devem estar presentes alguns requisitos ou pressupostos, informados pela tutela da confiança, configurados nos seguintes elementos⁴⁰:

- a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica;
- b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato;
- c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada,
- d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.”

37 Anderson Schreiber, na sua obra A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, contesta esse posicionamento, ao entender que o *venire contra factum proprium* aplica-se também a fatos contraditórios ocorridos em relações jurídicas distintas e que não sejam diferidos. Para melhores informações, consultar a obra, especialmente nas páginas 125 e seguintes.

38 Vide A boa-fé no Direito privado..., *op. cit.*, p. 470

39 Vide Vitor Frederico Kümpel, Teoria da Aparência no Código Civil de 2002. – São Paulo : Editora Método, 2007, p. 49 e Anderson Schreiber, A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, *op. cit.*, p. 72/73, que revela que há no Código Civil uma série de dispositivos que permitem a contradição a comportamentos anteriores, como é o caso do artigo 428, inciso IV, que “permite ao proponente retratar-se de proposta de contrato já expedida, se o oblato tiver conhecimento da retratação antes ou simultaneamente ao seu recebimento”. O mesmo se diga quanto ao art. 1.969 e 438, dentre outros.

40 Essa classificação é apontada por Judith Martins-Costa, através da obra A boa-fé no Direito privado..., *op. cit.*, p. 471, que por seu turno aponta a feita por Menezes Cordeiro, in A Boa Fé no Direito Civil, p. 745 e seguintes. Anderson Schreiber também utiliza estes mesmos pressupostos em sua obra A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 124 e seguintes. Teresa Negreiros também acompanha essa classificação, in O Princípio da Boa-Fé Contratual, *op.cit.*, p. 239/240, explicando que “há quebra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas. Na verdade, não são todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada”.

Feitas todas estas considerações, resta agora saber quais são as conseqüências advindas da aplicação do *venire contra factum proprium*. É oportuno frisar que ao mesmo tempo em que haja um esforço doutrinário no estudo da proibição dos atos contaditórios a serem tutelados, de outra quadra este empenho de nada valerá não fosse o esforço da jurisprudência na delimitação do tema⁴¹. Embora haja uma escassez de decisões (até por força daquela ausência de fundamentação normativa que havia em nosso ordenamento, conforme mencionamos no início deste trabalho), não seria uma inverdade afirmar que o sucesso de sua aplicação passa inexoravelmente pela sua concretização através dos tribunais.

Como conseqüência da verificação concreta do *venire contra factum proprium*, podemos apontar duas soluções: uma de natureza impeditiva e outra reparatória, sendo que dentro desta última o desfazimento do ato pode-se enquadrar.

Como é apontado por Anderson Schreiber⁴², o impedimento da conduta contraditória é a conseqüência primordialmente aceita pela doutrina estrangeira, o que imputa um caráter notadamente preventivo ao princípio, porquanto buscará evitar a realização do segundo ato, que contradiz o primeiro. Nossa legislação processual, especificamente, é dotada de instrumentos que possibilitam que seja atingida essa finalidade, como é o caso, por exemplo, da antecipação da tutela⁴³.

Mas se o impedimento é o principal efeito da inadmissão do ato contraditório, há sempre a possibilidade de que este venha a se concretizar, ferindo não só a confiança da outra parte a quem se dirige o ato, mas inclusive causando-lhe prejuízos efetivos.

Voltando à fundamentação apontada por Anderson Schreiber⁴⁴, embora haja uma tendência a qualificar este prejuízo como advindo da regra geral da reparação civil, não podemos nos olvidar que o *venire contra factum proprium* desempenha papel fundamental na qualificação desta reparação, sobretudo porque o ato contraditório não exige a culpa do agente que o praticou para configurar-se como abusivo. A aceitar-se a primeira tese, como conseqüência, caberia àquele que teve sua confiança minada, além da prova dos requisitos apontados acima, também a comprovação do dolo e da culpa daquele que o praticou.

41 A este respeito, remetemos às decisões do Recurso Extraordinário 86.787/RS, julgado em 20 de outubro de 1978; Recurso Especial 95.539/SP, de 3 de setembro de 1996; Recurso Especial 37.859/PR, de 11 de março de 1997; Agravo de Instrumento 260.913-2, de 27 de setembro de 1996, do TJSP, dentre outros mencionados por Anderson Schreiber, A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*

42 in A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, op. cit., p. 155

43 Vide Anderson Schreiber, A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, op. cit., p. 156: "A norma de proibição do comportamento contraditório tem assim um caráter primordialmente preventivo, que se confraterniza com as mais festejadas teorias do direito contemporâneo."

44 in A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, op. cit., p. 157

Por outro lado, ao se reconhecer o dever de indenizar baseado na quebra da confiança em decorrência de um ato contraditório, é suficiente que se encontrem provados os requisitos de configuração do *venire contra factum proprium* acima apontados para que se configure o dever de reparar. E como conclui Anderson Schreiber⁴⁵, “basta-lhe provar que seu prejuízo deriva de um comportamento contraditório, em lesão à sua legítima confiança, e tal prova já basta para que o comportamento referido seja tido como abusivo.”

E por fim, como corolário deste dever de reparar, tendo sido o ato contraditório efetivamente praticado, pode ainda ser pleiteado o seu desfazimento ao invés da sua reparação, desde que desta decisão não haja ofensa a princípios outros que norteiam as relações sociais e as garantias individuais. O fundamento para este pedido encontra-se na regra geral prevista no artigo 251 do Código Civil, que aplica-se por analogia ao caso em questão, dada a obrigação de não praticar o *venire contra factum proprium*⁴⁶.

Daí concluímos que o *venire contra factum proprium* é uma vedação que encontra seu fundamento dogmático na tutela da confiança (elemento da boa-fé objetiva), na medida em que esta impede o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento assumido anteriormente. Não se trata da proibição da incoerência apenas, mas da quebra da confiança que esta ocasiona. O seu fundamento normativo, de outra quadra, é extraído da proibição do abuso do direito, previsto em nosso ordenamento no artigo 187 do Código Civil, por defraudar uma limitação ao exercício da autonomia privada, em decorrência da não observância à boa-fé.

Trazendo para o caso específico deste trabalho, por tudo que foi acima expandido, não vemos como não aplicar este instituto aos inúmeros contratos realizados pelo Sesi e pelo Senai, que estão sujeitos não só ao regramento próprio, mas inclusive submetidos à ordem legal do Código Civil e mais especificamente, à teoria geral dos contratos. Com esse artigo, o que se buscou de forma sintética, foi não só desvendar a existência de um instituto ainda tão pouco conhecido, porém de incidência direta sobre as relações contratuais das entidades, mas inclusive alertar seus gestores na correta execução dos contratos, visto que uma deferência praticada, sem qualquer intenção de má-fé, pode levar a conseqüências jurídicas que possam não ser do interesse e da conveniência das entidades.

45 in *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 159

46 Vide Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 161

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito. – Coimbra : Almedina, 1999.
- AMARAL, Francisco. Direito civil : introdução. 5 ed. rev., atual., e aum. – Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- _____. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. – Coimbra, 1989
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e Regras de Interpretação dos contratos no novo Código Civil. – São Paulo : Saraiva, 2002.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 3. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português, I, parte geral, tomo I. 3. ed. – Coimbra : Livraria Almedina, 2005
- _____. Da boa fé no direito civil. Coleção teses. 2. reimpressão. – Coimbra : Almedina, 2001
- _____. Litigância de má fé. Abuso do direito de acção e culpa “in agendo”. – Coimbra : Almedina, 2006.
- _____. Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas. Texto extraído da Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, ano 65, - vol. II, set., 2005, no sítio <http://72.14.205.104/serach?q=cache:gJH1WZh4vW0J:www.oa.pt/Conteudos/Artigos>
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Função social do contrato : os novos princípios contratuais. – São Paulo : Saraiva, 2004. – (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo).
- KÜMPPEL, Vitor Frederico. Teoria da Aparência no Código Civil de 2002. – São Paulo : Editora Método, 2007.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações: Introdução. Da constituição das obrigações. Vol. I, 4. ed. – Coimbra, Almedina, 2005
- MARTINS, Flávio Alves. A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro, 2. ed. – Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2001
- MARTINS-COSTA, Judith. (coord.). Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: A reconstrução do direito privado. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002
- _____. A boa-fé como modelo. Separata de: Roma e América. Diritto Romano Comune, 13. – Modena : Mucchi Editore, 2002

_____. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado.

Diretor: António Pinto Monteiro. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos de Direito do Consumidor, n. 6. – Coimbra, 2004

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>, 11/23/2005

_____. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. – 1. ed., 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. – Rio de Janeiro : Renovar, 1998

_____. O Princípio da Boa-Fé Contratual. – in Princípios do direito civil contemporâneo / Maria Celina Bodin de Moraes (coordanora). – Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 221 a 253.

NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. – São Paulo : Editora Saraiva, 1994.

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes – Coimbra : Almedina, 1988

SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. – Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. A obrigação como processo. – São Paulo : José Bushatsky, Editor, 1976.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. Teoria geral do direito civil, vol I. – Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, vol I, 10. ed. rev. e actual. (3. reimpressão da edição de 2000). – Coimbra : Almedina, 2000.

WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fé. Tradução de Jose Luis Carro. – Madrid : Editorial Civitas, 1977.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



8 A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA AS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”

GISELA PIMENTA GADELHA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

O objetivo deste trabalho é fazer breves considerações sobre a Propriedade Intelectual e demonstrar sua importância para as Entidades integrantes do Sistema “S”.

8.1 INTRODUÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

O período do Renascimento, iniciado na Itália nos séculos XV e XVI, irradiando-se posteriormente para toda a Europa, representou um período de transformações culturais, sociais, políticas e econômicas. A descoberta de novos continentes, a visão antropocêntrica do mundo e a difusão de formas artísticas inspiradas no mundo Greco-Latino, pilares do Renascimento, passaram a exigir a aceleração do processo informacional e o desenvolvimento da economia industrial. Esta passou a reconhecer, além da propriedade sobre o produto, direitos exclusivos sobre a idéia de produção e, especialmente, sobre a idéia quanto à reprodução de um produto. Como consequência, surgiu uma nova categoria de direitos de propriedade, intitulada “Propriedade Intelectual”.

De acordo com a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹, Propriedade intelectual é a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico².

Note-se que a exclusividade advinda da Propriedade Intelectual se exerce sobre bens intangíveis, ou seja, sobre bens baseados no conhecimento e que não possuem existência física.

A noção de bem imaterial pode ser extraída do artigo 1.269, da Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), segundo o qual “aquele que, trabalhando em matéria prima, obtiver espécie nova, desta será proprietário se a matéria era sua, ainda que só em parte, e não puder restituir à forma anterior”.

1 A partir de 1967, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) constituiu-se como órgão autônomo dentro do sistema das Nações Unidas. Dentre os seus objetivos institucionais, deve-se citar o estímulo à proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo mediante a cooperação entre os Estados, bem como assegurar a cooperação administrativa entre as Uniões de propriedade intelectual (União de Paris, Acordo de Madri, União dos países membros do PCT, etc.).

2 Fonte: Wikipédia, a Enciclopédia Livre

Destarte, a Propriedade Intelectual é dividida em áreas distintas, com legislações específicas.³ Enquanto o direito autoral visa à proteção de obras artísticas, literárias e científicas, desde que consideradas criações com originalidade e trazidas à exteriorização (pinturas, músicas, esculturas, etc), a propriedade industrial tem por objeto a proteção de criações intelectuais com aplicação industrial e/ou comercial, tais como marcas, patentes, segredos industriais e nomes comerciais.

8.2 IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO MUNDO DOS NEGÓCIOS

Em um mercado dominado pela informação e tecnologia⁴, a importância de uma Instituição está, cada vez mais, baseada no valor que seus ativos intangíveis podem atingir. Segundo estudo feito pelo Citibank, em conjunto com a empresa de consultoria Interbrand, as maiores empresas do mundo concentram grande parte do seu capital nos ativos intangíveis: IBM (89%), Coca Cola (95%); Kellogs (94%), American Express (81%).⁵

Desenvolver, gerenciar e utilizar, estrategicamente, estes ativos se tornou fundamental para a competitividade das empresas, razão pela qual as atenções do meio empresarial estão se voltando para a propriedade intelectual como ferramenta estratégica para garantir a melhor utilização destes bens intelectuais.

Nesse cenário, é imprescindível que as Entidades integrantes do Sistema “S” acompanhem essas tendências, uma vez que suas finalidades institucionais são intimamente relacionadas à Propriedade Intelectual, conforme será demonstrado adiante.

Ademais, o investimento nos seus ativos intangíveis, além de representar aumento do patrimônio das Entidades, pode gerar receita mediante a celebração de contratos de transferência de tecnologia, licença de exploração de patentes e/ou uso de marcas, cessão de marcas e/ou patentes. Os recursos das referidas Entidades não estão limitados às contribuições parafiscais compulsoriamente arrecadadas, coexistindo outras fontes de receita, dentre as quais as rendas patrimoniais e receitas eventuais, o que, certamente, irá representar um passo a mais na busca pela autosustentabilidade há tanto tempo perseguida pelos serviços sociais autônomos.

3 A propriedade intelectual é formada por microssistemas: Leis 9.279/96 e 10.196/01 (propriedade industrial), 9.610/98 (direitos autorais), Lei n. 9.609/98 (Software); Lei n. 9.456/97 (Variedade de Plantas); e a MP n. 352, 22/1/07 (Topografia de Circuitos Integrados), além dos diversos tratados internacionais.

4 A expressão “economia baseada em conhecimento” tem sido utilizada para marcar o ambiente econômico atual, em que o conhecimento e/ou a informação são fatores essenciais ao crescimento econômico.

5 Fonte: Gazeta Mercantil, 11/01/2001.

Não basta, no entanto, criar! É fundamental que a Entidade proteja seus ativos intangíveis, nos moldes do Ordenamento Jurídico Brasileiro e dos Tratados Internacionais que regem a matéria, sob pena da criação ser apropriada por terceiros ou cair em domínio público⁶.

8.3 MARCAS E O SISTEMA “S”

Embora a proteção das marcas possua *status* constitucional desde 1891, tal proteção foi ampliada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), passando a abranger os demais signos distintivos – **“a lei assegurará (...) proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”** (art. 5º, XXIX, CF/88).

Como se vê, o preceito constitucional se dirige ao legislador ordinário, atribuindo-lhe o conteúdo da Propriedade Industrial (“a lei assegurará...”), devendo a lei, sob pena de ser contaminada pelo vício de inconstitucionalidade, buscar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Nesse sentido, cabe citar acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“No estágio atual da evolução social, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem e do serviço prestado”.⁷

De acordo com a Lei no 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial - LPI), marca é todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas, desde que não compreendido nas proibições legais (arts 122, 123 e 124, todos da LPI).⁸

⁶ Domínio público é o conjunto de bens culturais, de tecnologia ou de informação - livros, artigos, músicas, invenções e outros - em relação aos quais não existem titulares de direitos econômicos de exclusividade. Tais bens são de livre uso de todos, eis que integrando a herança cultural da humanidade.

⁷ Resp nº 3.230 - DF - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 01.10.1990.

⁸ O legislador brasileiro optou por excluir do registro as marcas sonoras, aromáticas e gustativas (art.124, VII, da citada Lei).

A marca é, pois, instrumento facultativo e tem como função precípua⁹, distinguir os produtos e serviços, aos quais se apõe, dos demais produtos ou serviços de igual natureza ou afins, garantindo, desta forma, o retorno do investimento feito pelo titular em qualidade e/ou publicidade. Ou seja, os signos visuais podem ser marcas, desde que observadas as noções de distintividade, veracidade, de novidade relativa e licitude¹⁰.

A função distintiva, embora da essência, não é a única atribuída às marcas, podendo estas desempenhar funções secundárias que não podem deixar de ser consideradas. É através da marca que o consumidor identifica o conjunto de características do produto/serviço, na confiança de que o agente econômico que introduziu o bem no mercado zela pela consistência de seus produtos e serviços. Desta forma, o titular da marca gera vínculos estáveis e duradouros (fidelidade) com seu público, o que lhe garante um diferencial competitivo, além de reduzir seus custos de informação. Quanto aos consumidores, estes serão beneficiados na medida em que a marca estimula a manutenção da qualidade dos produtos e dos serviços.

Os direitos sobre marcas sofrem, essencialmente, limitações decorrentes dos princípios da territorialidade e da especialidade. Pelo primeiro deles, a marca só é protegida dentro do país onde for registrada (art. 129 da LPI)¹¹. Pelo segundo, a apropriação ocorre de forma restritiva, nos limites da classe e do ramo mercadológico ao qual ela é dedicada¹². Tais princípios se justificam na medida em que a Carta Magna tem como fundamento a livre iniciativa (arts. 1º, “IV”, e 170, ambos da CF/88). Em outras palavras, para solucionar um aparente conflito entre os preceitos constitucionais relativos à liberdade de concorrência e à limitação da concorrência da Propriedade Intelectual, o legislador, utilizando-se da regra da razoabilidade, houve por bem restringir a proteção, de forma a impedir a reserva de mercado pelo titular.

No que se refere aos aspectos econômicos, a marca muitas vezes representa o maior ativo patrimonial de uma empresa. Recentemente, foi divulgado o *ranking* das marcas mais poderosas do mundo e, dentre elas, estão: Coca-Cola¹³ (US\$65.324 bilhões); Microsoft (US\$58.709 bilhões); IBM (US\$57.090 bilhões) e GE (US\$51.569 bilhões).¹⁴

9 Mitelman e Zuccherino: “ Los signos marcários cumplen distintas funciones en las economías modernas, sin embargo su función esencial está dada por su capacidade distintiva. Las restantes funciones de la marca se subordinan a su carácter distintivo” ZUCCHERINO, Daniel R. MITELMAN, Carlos. O. Marcas y Patentes en el GATT – Régimen legal. Buenos Aires: Abelado Perot, 1997, p.80.

10 A marca tem que se distinguir dos outros signos já apropriados por terceiros.

11 A proteção conferida às Marcas Notoriamente Conhecidas representa exceção ao princípio da Territorialidade (art. 126 da LPI).

12 A exclusividade do direito de uso da marca é restrita à classe na qual ela se enquadra.

13 De acordo com o Relatório da Diretoria da Cola Cola Company (ano de 1995): “*Nós não sabemos realmente o exato valor de nossa marca, mas temos a convicção de que, se um dia toda a empresa queimar até o chão, não termos problemas em obter empréstimos bancários e reconstruir tudo novamente, com base apenas na força de nossa marca*”. Fonte: MARTINS, J.R; BLECHER, N. – O Império das Marcas.

14 Jornal Valor, 27,28 e 29 de julho de 2007, B4

Tendo em vista o valor econômico que ela pode representar e todas as outras funções acima mencionadas, a marca tem sido considerada pelas empresas americanas a modalidade mais importante de proteção da propriedade intelectual.¹⁵

É certo, portanto, que as Entidades integrantes do Sistema “S” devem ter especial atenção ao tema, e nesse sentido, cabem algumas recomendações:

- Buscar marcas estratégicas para Entidade. A concepção de novos signos distintivos deve ser fruto do trabalho da área de marketing em conjunto com o especialista jurídico, de forma a garantir marcas estratégicas e em consonância com os requisitos legais.
- Proteger a marca. Nosso Ordenamento Jurídico adotou o chamado Sistema Atributivo, no qual o direito decorre do registro da marca. Em razão disso, deve-se providenciar, o mais breve possível, o depósito do pedido de registro junto ao INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Não obstante o depósito do pedido de registro gere mera expectativa de direitos sobre a marca¹⁶, o depósito assegura a anterioridade em relação a terceiros¹⁷.
- Usar a marca da forma como foi registrada. Nos termos da lei nacional, caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 anos da sua concessão, na data do requerimento o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos. O mesmo ocorre se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro. Assim, a marca deve ser utilizada, ainda que impressa nas notas fiscais do titular, e da forma como ela foi depositada junto ao INPI, sob pena de, decorridos cinco anos da sua concessão, seu registro ser declarado extinto por caducidade (arts. 142 e 143, caput, ambos da LPI)¹⁸.
- Defender a distintividade da marca. A distintividade é condição de validade da marca. Quando, após o reconhecimento da proteção, o conteúdo da marca ou elemento desta perde a distintividade, recaindo em domínio público, fala-se em diluição da marca. O exemplo mais fácil deste fenômeno é o da marca aposta a produto tão característico que o signo, ao invés de distinguir o objeto marcado dos semelhantes ou afins, passa a se confundir com ele. Lycra, Gillete e Pirex são alguns casos óbvios.

15 USITC (1988), 64% das empresas consideram as marcas como muito importantes, contra 43% para “trade secrets”, 42% para patentes, e 18% para direitos autorais.

16 A titularidade só é adquirida com expedição de certificado de registro da marca pelo INPI.

17 O parágrafo 1º do art. 129 da LPI, dispõe sobre o direito de preferência do utente de boa fé, desde que observadas determinadas condições.

18 Para evitar a sanção, o titular deve justificar o desuso da marca por razões legítimas, cabendo-lhe o ônus de provar o uso da marca ou justificar seu desuso (§1º, do art.143, da LPI).

- Gerir o acervo de marcas de forma a evitar o registro de marcas colidentes e a prorrogação dos registros junto ao INPI. O registro da marca pode ser mantido indefinidamente por seu titular, bastando, para isso, promover sua prorrogação a cada decênio, nos prazos previstos no art. 133, parágrafos 1º e 2º, da Lei de Propriedade Industrial.

Algumas marcas do Sistema “S” já se destacam no mercado, tais como: “CETIQT” (moda), “EXPOSOL” (solda), “INOVA RIO” (inovação), “TransFORMAR” (projeto voltado para alfabetização de milhares de pessoas, tendo sido premiado pela UNESCO e PNUD), e “Fashion Rio”. Esta se refere ao maior evento de moda do Estado do Rio de Janeiro que, aliás, já faz parte do calendário oficial da cidade: investimento de cerca de R\$8 milhões; freqüentado por mais de 70 mil pessoas; mais de 4 mil pessoas trabalhando em sua montagem e produção, as grifes mais famosas do país, movimentando bilhões de reais.

Marcas como estas aumentam o patrimônio intangível da Entidade, representam novas fontes de receita, uma vez que podem ser cedidas e licenciadas, um diferencial competitivo na prestação de seus serviços e, principalmente, contribuem de forma incomensurável para a divulgação da Entidade junto à sua clientela institucional e à sociedade em geral.

8.4 PATENTES E O SISTEMA “S”

A Patente é o nome da proteção jurídica dada pelo Estado às criações denominadas de invenções ou modelos de utilidade¹⁹, e tem por objetivo assegurar a seu titular a exclusividade sobre o invento protegido, de forma a impedir que terceiros pratiquem atos, tais como produzir, usar ou vender²⁰, com a invenção patenteada. Todavia, só serão protegíveis através de patente, os inventos que preencherem os requisitos da novidade absoluta²¹, atividade inventiva²² e aplicação industrial²³ (art. 8º da Lei 9.279/96).

Denis Borges Barbosa, ao lecionar sobre o tema, esclarece: **“uma Patente, na sua formulação prática, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia. Como contrapartida pelo acesso do público ao conhecimento dos**

19 Há duas categorias de patentes: enquanto a patente de invenção objetiva proteger invento que possuam notável inventividade, a patente de modelo de utilidade protege os objetos de uso prático, que representem um aperfeiçoamento na sua aplicação, mas com um grau menor de inventividade.

20 Arts. 40, 41, 42, e 195, XIII, da Lei 9.279/96

21 A invenção será nova se nunca tiver sido disponibilizada ao público antes da data de seu depósito no Brasil ou antes da data de prioridade reivindicada (arts. 11 e 12 da LPI).

22 A invenção não pode ser decorrência óbvia do estado da técnica (Art. 13, da LPI).

23 O invento deve se prestar para ser produzido ou utilizado em qualquer tipo de indústria. A doutrina mais moderna entende que tal requisito está relacionado à utilidade do invento.

pontos essenciais do evento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direito”²⁴.

Como se vê, as patentes surgiram do interesse dos governos em fomentar a indústria através do incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento. Assim, o inventor “divulga” a invenção e, em contrapartida, é “premiado” com o direito exclusivo de explorar suas criações por um determinado período de tempo, no território em que foi concedida²⁵, para, com isso, obter retorno do investimento feito em pesquisa.

Assim, ao contrário da Marca, a Patente tem o prazo de vigência limitado de 20 anos, para a patente de invenção e 15 anos para o Modelo de Utilidade, sempre contados da data de depósito²⁶ e, após sua extinção, o invento cai em domínio público, em prol do desenvolvimento social, tecnológico e econômico do País (art. 5º, XXIX, da CF/88).

Não há dúvidas, portanto, de que a patente, além de fazer parte dos ativos da empresa e ser indicadora de seu potencial de inovação, é um elemento crítico para sua competitividade, na medida em que permite excluir, ainda que temporariamente, os competidores das áreas onde a indústria foi pioneira em determinada tecnologia. Ora, ainda que existam tecnologias alternativas, a necessidade de desenvolvê-las representará um custo substancial para o competidor e, por outro lado, corre-se o risco de não haver a aceitação do mercado.

Destarte, o sistema de patentes deve ser considerado tanto por empresas que desenvolvem novos produtos ou processos industriais, como por aquelas que apenas se utilizam de tecnologia desenvolvida por terceiros.

Surge, pois, flagrante correlação entre a patente e as Entidades pertencentes ao Sistema “S”, em especial o SENAI, instituição formadora de profissionais e gerenciadora de soluções, criada para, dentre outros objetivos, “cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividades afins” (art. 1º, “e”, do Regimento da Entidade). Afinal, não há que se falar em desenvolvimento tecnológico e inovação sem envolver patentes!

Para proteção dos inventos e modelos de utilidade, recomenda-se:

24 El Comercio de tecnología: aspectos jurídicos, transferencia, licencia y “know how”, in Revista de Derecho Industrial, vol.30, (1988)

25 O Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes – PCT proporciona a proteção nos diversos países signatários, através de um único pedido de patente (pedido internacional). Já a Convenção de Paris, garante o direito de prioridade para os depositantes de pedidos de patente nos países signatários.

26 Todavia, a LPI garante ao titular da patente um prazo mínimo de vigência de 10 e 7 anos, respectivamente, após sua concessão, na hipótese de tramitação do processo junto ao INPI ser demorada.

- Buscar as diversas formas de se beneficiar do sistema de patentes, seja para assegurar os direitos de exclusividade sobre a tecnologia porventura desenvolvida e, por conseguinte, garantir sua compensação financeira pelos investimentos em pesquisa; seja como fonte de informação tecnológica, a fim de que sirva de patamar para novas pesquisas e de monitoramento das tendências tecnológicas. Isso porque a patente tem efeitos territoriais e, se não depositada aqui no Brasil, cai em domínio público, podendo ser utilizada por qualquer interessado.
- Proteger o invento. Apesar da íntima relação entre as finalidades do SENAI e esta espécie de propriedade industrial, dados do INPI demonstram que durante o período do ano de 1987 a 2005, houve apenas 19 depósitos de patentes em âmbito nacional, sendo que, dos 19 depósitos, somente 7 foram publicados. Destes, 2 foram indeferidos e 7 arquivados, não havendo até o momento, salvo engano, nenhuma patente concedida. Estes dados revelam a necessidade de disseminar uma cultura de proteção da propriedade industrial, com vistas a esclarecer os benefícios advindos do sistema de patentes e os requisitos indispensáveis para que o invento seja patenteável²⁷.
- Regular os aspectos relacionados à propriedade, transferência e gestão de direitos de patente, vinculados às parcerias com Instituições voltadas para P&D, contratos de prestação de serviços, bem como os direitos relacionados aos inventos e modelos de utilidade criados por seus empregados. De acordo com o art. 88 da Lei de Propriedade Industrial, a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado²⁸. Ou seja, o objeto do contrato de trabalho deve ser claro, de forma a resguardar a Entidade quanto à titularidade das patentes desenvolvidas por seus empregados.

²⁷ Fonte: INPI (apresentação feita na Convenção de Executivos do Sistema Indústria em Brasília, no mês de março do ano de 2007). Note-se que muitas vezes o especialista jurídico é consultado após a perda da novidade absoluta e depois de transcorrido o período de graça (art. 12, da LPI).

²⁸ São as chamadas “invenções de serviços”. Vide o tratamento dado ao tema pela Lei do Software, Lei 9.609/98: Art. 4º. Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. § 1º. Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado. § 2º. Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de serviços ou órgão público. § 3º. O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

- Regular a propriedade dos inventos criados por seus alunos. Em regra, a titularidade dos inventos pertence ao aluno (art. 1.269 do Código Civil Brasileiro). Pode, porém, a Entidade alterar o contrato de ensino dentro das regras gerais de direito, para fazer com que lhe caiba a meação dos inventos. Entretanto, na hipótese de o contrato ser de adesão, recomenda-se que a cláusula seja redigida em destaque, de preferência através de um termo em separado, sob pena de violar o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A adoção das medidas acima mencionadas valoriza os ativos da Entidade e garante maior eficácia no cumprimento de suas finalidades institucionais.

8.5 DIREITOS AUTORAIS E O SISTEMA “S”

A Constituição vigente ampara os direitos de autor, especialmente em dois incisos do Art. 5º:

“Art. 5º (...)

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas;*
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às representações sindicais e associativas”.*

O Direito de Autor é a proteção jurídica à *expressão* das idéias. Este ramo do Direito não protege idéias, planos, conceitos, mas *formas de expressão*²⁹.

29 Nesse sentido, houve reiteradas manifestações da 1a. Câmara do Conselho Nacional de Direito Autoral: “Invenções idéias, sistemas e métodos não constituem obras intelectuais protegidas pelo Direito Autoral, porquanto a criação do espírito objeto da proteção legal é aquela de alguma forma exteriorizada. Assim, obra intelectual protegível, o sentido que lhe dá o art. 5o. da Lei 5.988/73, é sempre a forma de expressão de uma criação intelectual e não as idéias, inventos, sistemas ou métodos. (grifos do original)” .

Tanto a Lei que regula a matéria internamente quanto as convenções das quais o Brasil é signatário³⁰, não são muito precisas no que concerne ao objeto da proteção autoral³¹, na medida em que se referem às “criações do espírito” (art. 7º da Lei no 9.610/98 - LDA). Por outro lado, este mesmo dispositivo apresenta uma lista exemplificativa de criações protegidas pelo Direito Autoral, observada a noção de originalidade³².

Diferentemente das regras aplicáveis às marcas e às patentes, o registro autoral não é constitutivo de direitos, nos termos do artigo 18 da Lei no 9.610/98³³. Assim sendo, a propriedade sobre as obras autorais nasce do ato de criação, sendo facultado³⁴ ao seu titular registrá-la como forma de comprovar seus direitos (art. 19 da LDA)³⁵.

Outro aspecto relevante se depreende da leitura do art. 22 citada Lei, segundo o qual o Direito Autoral engloba dois aspectos: o direito patrimonial e o direito moral. Enquanto os direitos autorais de natureza moral são inalienáveis e irrenunciáveis, os de natureza patrimonial podem ser cedidos a terceiros em caráter definitivo ou temporariamente, parcial ou totalmente. É justamente em razão disso que nem sempre a figura do Autor da Obra (pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica – art. 11 da LDA) coincide com o titular da mesma, detentor do direito de explorá-la economicamente.

Para analisarmos a importância dos direitos autorais para as Entidades integrantes do Sistema “S”, torna-se essencial abordar a matéria sob dois aspectos: interno, voltado para a relação entre as Entidades e seus respectivos empregados; e externo, focado na relação das Entidades com sua clientela institucional.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que o Direito Autoral no Brasil é inspirado no sistema clássico francês, em que há uma especial ênfase da proteção da obra como manifestação do

30 GATT/TRIPS, Convenção de Berna, Convenção de Genebra (mais conhecida como Convenção Universal) e as diversas Convenções Interamericanas

31 Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. O mesmo prazo aplica-se às obras póstumas.

No que toca às obras audiovisuais e fotográficas, o prazo de proteção aos direitos patrimoniais será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

32 O requisito da Originalidade está relacionado à comprovação de que a Obra é uma criação independente, não sendo cópia de outra obra.

33 Apel. Cível no. 25.605/1, julgada em 11/11/82, Jurisprudência Brasileira nº. 95, p. 180.

34 Como exceção à regra, a lei nº 5.989/73 exigia que a cessão de obra autoral fosse averbada à margem do registro, sob pena de o negócio jurídico ser inoponível perante terceiros. Neste caso, portanto, o registro seria impositivo. Todavia, o §1º, do art. 50, da lei nº 9.610/98, ao regular a matéria, passou a utilizar a expressão “poderá a cessão ser averbada”, o que sugere uma faculdade das partes. Na prática, no entanto, recomenda-se o registro, em observância ao Princípio da Publicidade, de forma a resguardar seus direitos perante terceiros.

35 Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia Art. 17, da Lei 5.988/73.

espírito de seu criador.³⁶ Como consequência, o Autor é considerado parte frágil da relação jurídica e eventuais omissões e/ou contradições serão, em regra, decididas em favor dele.

Feitas essas considerações, passemos a analisar o trabalho realizado no dia a dia das Entidades do Sistema “S”: elaboração de milhares de documentos por escrito, eventos externos, projetos de engenharia, de arquitetura, filmagens, enfim, inúmeras tarefas que envolvem direitos autorais e que, portanto, precisam ser regulamentadas.

Por outro lado, o direito autoral também está intimamente relacionado aos objetivos institucionais das Entidades do Sistema ‘S’, mormente à esfera de atuação do SESI que possui, dentre os seus principais objetivos, a educação (art. 1º c/c art. 5º, do Regulamento da Entidade) e do SENAI, voltado para aprendizagem industrial (Art. 1º, “a”, “b” e “c”, do Regimento da Entidade), atividades que envolvem a criação de diversas Obras nas diferentes modalidades (impressa, digital, audiovisual, fotográfica, etc.), bem como a gestão dos direitos envolvidos.

Assim, algumas precauções devem ser adotadas:

- Prever, expressamente, nos contratos, a titularidade dos direitos autorais patrimoniais. Conforme já ressaltado, o autor é considerado parte hipossuficiente na relação jurídica e, não havendo previsão expressa, o contrato será interpretado em seu favor, ainda que seja uma Obra elaborada sob encomenda.
- Regulamentar a matéria no contrato de trabalho de seus empregados³⁷. Todavia, ainda que a titularidade dos direitos seja cedida à Entidade empregadora, esta deverá indicar o nome do empregado como autor³⁸, sendo também recomendável que ele autorize, antecipadamente, a introdução de modificações de interesse da empregadora, em respeito aos direitos morais do autor.
- Fazer citações, nos termos da Lei de Direitos Autorais: a citação é livre, desde que no contexto de obra maior, como elemento de sustentação do que se alega. Na citação é obrigatório referir a fonte: autor e editor.
- Obrigar, contratualmente, as pessoas jurídicas contratadas, a comprovar a titularidade da Obra. Desta forma, caberá à contratada requerer a cessão dos direitos autorais patrimoniais do autor (criador pessoa natural). Lembre-se que os termos de cessão são interpretados de forma restritiva, razão pela qual devem ser claros e redigidos de forma detalhada, especificando o tipo de cessão (gratuita ou onerosa); as formas de explora-

³⁶ O sistema anglo-saxão enfoca mais o chamado “direito de cópia” do que a personalidade e a criatividade do indivíduo.

³⁷ A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos (art. 51 da LDA).

³⁸ Salvo se ela preferir o anonimato (o que devesse se fazer por escrito).

ção (institucional, comercial ou promocional), as modalidades de utilização (art. 29, da LDA), o prazo de vigência³⁹ e o âmbito de exploração (Brasil e/ou outros países).

Conforme dispõe o art. 31 da LDA, as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si e a autorização concedida pelo autor ou pelo produtor não se estende a quaisquer das demais.

Assim sendo, a Obra deve ser utilizada nos termos do estabelecido no instrumento de cessão, sob pena de violação dos direitos autorais.

- Respeitar os direitos autorais do fotógrafo e o direito de imagem do fotografado. A utilização de Obra fotográfica envolve os direitos autorais do fotógrafo, que deve ter os seus direitos morais (exemplo: direito de crédito) sempre respeitados, tendo em vista que mesmos são irrenunciáveis, e o direito de uso de imagem do fotografado, a ser regulado em instrumento específico. Tal entendimento é pacífico na Jurisprudência de nossos Tribunais⁴⁰.

Portanto, é fundamental que as Entidades pertencentes ao Sistema “S” e, em especial, o Sesi e o Senai, observem a legislação de direitos autorais de forma a cumprir, com mais eficiência, suas finalidades institucionais, além de evitar o aumento do passivo trabalhista⁴¹ e cível da Entidade em razão de violação de direitos autorais de seus empregados, prestadores de serviços ou de terceiros.

39 O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado (art. 51, § único, LDA).

40 Resp 132.896/MG, Rel. Min. Ari Pargiedler, 3ª Turma, julgado em 17/08/06, D.J 4/12/06, p.292; Resp 155.966/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 09/03/99, D.J 28/06/99, p.117; Resp 617.130/DF, Rel. Min. Antonio de Pádua, 3ª Turma, julgado em 17/03/05, D.J 02/05/05, p.344, RSTJ vol. 192, p. 382; TJ/RJ - Rel. Des. João Carlos Pestana de A. Silva - 6 Câmara Cível - AC n. 3083/90 - j. 16.0.90 - Rev. de direito do TJERJ n.09 - out/dez/91, p. 178.

41 A Emenda Constitucional 45/04 não deixa dúvidas quanto à competência da Justiça do Trabalho para dirimir todas questões de direitos autorais decorrentes do contrato de trabalho: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

8.6 CONCLUSÃO

A criação de riquezas, hoje, está intimamente vinculada aos ativos intangíveis e, por conseguinte, à propriedade intelectual.

Na era da informação, a capacidade de transformar informação em conhecimento e este, em decisões e ações de negócio, representa um diferencial competitivo.

Todavia, não basta somente ter ou saber onde encontrar ou acessar a informação. As Entidades do Sistema “S” devem aprimorar a gestão do capital intelectual, capital este que agrega valor para Organização, aumentando conhecimento organizacional e criando um ambiente empreendedor e favorável à inovação.

Em síntese, urge a implantação pelas Entidades do Sistema “S”, de uma Política de Propriedade Intelectual, com vistas a definir critérios e atribuições necessários para proteção de seu patrimônio intelectual, bem como para estimular e valorizar o exercício da atividade inventiva de seus profissionais, com retorno econômico e avanços tecnológicos para as próprias Entidades e para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

1. ARTIGOS/TRABALHOS PUBLICADOS:

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2.ed.revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. 967p.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

BEAKLINI, Otávio. Patentes: abrangência da proteção e interpretação de reivindicações. Panorama da tecnologia. Rio de Janeiro, n 14, p.24-32, dez. 1998.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v.2, t.2, p.3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DUVAL Hermano. Tecnologia & Direito : princípios gerais / Rio de Janeiro : Edições Trabalhistas, 1986.

Biblioteca Nacional (Brasil). Manual de registro de obras intelectuais / preparado pelo Escritório de Direitos Autorais. - Rio de Janeiro : Biblioteca Nacional, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Autoral / Rio de Janeiro : Forense, 1988.

Carlos Alberto Bittar. A lei de direitos autorais na jurisprudência / Carlos Alberto Bittar. - São Paulo : R. Tribunais, 1988

Bruno Jorge Hammes e Alberto André, Curso de Direito Autoral / Porto Alegre : Ed. da UFRGS, 1984.

BARBOSA, Denis Borges. Titularidade de Obras Autorais Produzidas em Relação de Subordinação (1999) – <http://denisbarbosa.addr.com> consultado em 30/08/2007.

DANNEMANN SIEMSEN BIGLER E IPANEMA MOREIRA. Comentários à Lei da Propriedade Industrial e Correlatos – Rio de Janeiro: Renovar, 2001

OLIVEIRA, Mauricio Lopes de. Propriedade Industrial : o âmbito de proteção à marca registrada. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2000.

DI BLASI, Gabriel, GARCIA, Mario Soerensen, MENDES, Paulo Parente M.: A Propriedade Industrial - Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MORA, Maitê Cecília Fabbri. Direito de marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SHERWOOD, Robert M. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

CABRAL, Plínio. A Nova Lei de Direitos Autorais - Comentários, 4ª edição. São Paulo: Harbra, 2003.

CHAVES, Antônio. Criador da Obra Intelectual. São Paulo: LTr, 1995.

OLIVIER, Paulo. Direito Autoral Fotografia Imagem - Aspectos Jurídicos. São Paulo: Letras & Letras, 1991.

GANDELMAN, Henrique. Guia Básico de Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Globo, 1982.

SOARES, José Carlos Tinoco. Comentários ao Código da Propriedade Industrial. São Paulo: Resenha Universitária, 1981. 1v.

VIEGAS, Juliana L.B. Dos Contratos de Transferência de Tecnologia sob o Regime da Nova Lei de Propriedade Industrial. Revista da ABPI. Rio de Janeiro, n.34, p.24-31, maio/jun. 1998.

A Transferência de Tecnologia e a Nova Lei de Propriedade Industrial. Revista da ABPI. Rio de Janeiro, p.109-12, 1996. Número especial XVI Seminário

A propriedade industrial como direito fundamental. Revista da ABPI. Rio de Janeiro, nº 05, set./out. 1992.

2. LEGISLAÇÃO:

LEI Nº 5.988, de 14.12.1973 – Regula os direitos autorais, e dá outras providências

LEI Nº 9.279, de 14.05.1996 – Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial

LEI Nº 9.610, de 19.02.1998 – Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, e dá outras providências

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



9 NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE PASSAGENS AÉREAS, TERRESTRES E OUTROS SERVIÇOS.

**GRACE KAREN DECKER, LARISSA GOMES E FERNANDA PAREJA (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE MATO GROSSO**

Da natureza jurídica dos contratos de fornecimento de passagens aéreas, terrestres e outros correlatos, tais como, locação de automóveis, reservas em hotéis e elaboração de roteiros de viagens – serviços de natureza contínua – possibilidade de prorrogação.

Segundo a doutrina, serviço é toda atividade que se destina a obter determinada utilidade de interesse para a administração.

O contrato de prestação de serviço de forma contínua caracteriza-se pela impossibilidade de sua interrupção ou suspensão, sob pena de acarretar prejuízos ou danos insuperáveis.

Assim, certos contratos, dada a necessidade de sua continuidade, podem ser prorrogados ou estendidos, para além do exercício do crédito orçamentário. A lei vigente estabelece os princípios gerais que disciplinam a licitação e os contratos administrativos.

Pois bem. É cediço que os **contratos de execução continuada** são os que se prolongam no tempo, caracterizando-se pela prática de atos reiterados num período mais ou menos longo. São prestados de maneira seguida, ininterrupta e indiferenciada ao longo do tempo.

Observa-se que, neste tipo de contrato, o que a Administração visa é uma atividade executada de forma contínua, caracterizada por atos reiterados. Neste passo, tem-se que o prazo é condição essencial. Contrata-se o serviço por um prazo determinado, pois não há um objeto específico a ser prestado, mas uma sucessão de atos ininterruptos.

Assim, dada a sucessão de atos ininterruptos em que o tipo de atividade perseguida pela Administração não se exaure, resta delimitar por quanto tempo o tipo de serviço objeto do contrato será prestado pela mesma empresa contratada, sem realizar nova licitação.

Esclarecendo os motivos da exceção à regra geral expostos no artigo 57, *caput*, da Lei n. 8666/93, Marçal Justen Filho, elucida que:

“A lei presume, de um lado, a inevitabilidade da disponibilidade de recursos para custeio dos encargos contratuais. Tanto mais porque os contratos de prestação de serviços não usam montantes de valores que possam afetar as disponibilidades orçamentárias. Em princípio, qualquer que seja a distribuição de verbas na lei orçamentária posterior, certamente existirão recursos para o pagamento dos serviços. Ademais, os serviços prestados de modo contínuo teriam de ser interrompidos, caso fosse vedada a contratação superior ao prazo de vigência

dos créditos orçamentários. Isso importaria sério risco de continuidade da atividade administrativa. Suponha-se, por exemplo, serviços de fornecimento de alimentação. A Administração seria constrangida a promover contratação direta, em situação de emergência, ao final de cada exercício, caso a contratação não pudesse se fazer por prazo mais longo.”

Do enxerto doutrinário acima, pode-se extrair os principais requisitos listados pelos juristas brasileiros para configurar serviços contínuos, que por sua vez seriam aqueles cuja necessidade se prolonga por um período indefinido ou definido e longo, essencial ao atingimento de um objetivo de caráter indivisível, que não podem ser interrompidos, sob pena de causar prejuízo para a Administração.

Denota-se que necessidade contínua é aquela que não se extingue instantaneamente, exigindo a execução prolongada, sem qualquer interrupção. Portanto, não satisfaz a necessidade pública contínua a prática de um só ato ou de mais de um ato de forma isolada. Está relacionada com a forma de execução do contrato.

Feitas essas considerações preliminares, importa analisar os contratos de fornecimento de passagens aéreas, terrestres e outros correlatos, firmados pelo Sistema “S” com empresas de Turismo.

Esses contratos geralmente têm como objeto a prestação dos serviços de fornecimento de passagens aéreas, terrestres e outros correlatos, tais como:

- locação de automóveis;
- reservar acomodações em hotéis;
- elaborar roteiros de viagens;
- marcar e remarcar de bilhetes de passagens interestaduais, nacionais e internacionais, de quaisquer companhias aéreas ou de transporte aéreo e rodoviário, com entrega no local indicado;
- repassar aos Contratantes todos os descontos e abatimentos promocionais que forem oferecidos pelos fornecedores (empresas aéreas), tais como: tarifas especiais, redução de preços por pagamento antecipado, bonificação por milhagem aérea, baixa estação ou quaisquer outras viagens ou que venham a ser criadas e que estejam ligadas ao objetivo deste contrato;
- providenciar de tratamento Vip aos usuários deste serviço;
- reservar acomodações em Hotéis;
- reservar veículos (com ou sem motorista) para locação;

- elaborar roteiros, visando à racionalização e obtenção de tarifas econômicas, bem como, fornecimento de tabela de preços das passagens aéreas, promovendo a sua alteração sempre que necessária;
- atender os usuários deste serviço, para a obtenção de lugares em vôos e garantia de conexões em aeroportos e rodoviárias fora da origem;
- prestar informações relacionadas com o objeto do contrato, como: rede hoteleira, horário de vôo, frequência de partidas e chegadas dos meios de transporte;
- remarcar, cancelar ou emitir bilhetes de passagens para participantes de outras localidades, em eventos promovidos pelos Contratantes SESI; etc.

Ao estudar a Lei n.8666/93, verifica-se que o legislador agiu bem ao assinalar, com precisão, que a prorrogação pode ser feita, tendo em vista preço e condições mais vantajosas, para a Administração que se constituem da melhor gestão e administração.

A doutrina não ficou inerte nessa questão, tendo estudado profundamente a natureza jurídica do contrato entre a Administração e as agências de turismo.

Sem dúvida, trata-se de contrato de prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

Os contratos firmados com Agências de Turismo devem ser considerados como de prestação de serviços, visto que se trata de atividade da qual se extrai uma utilidade (**otimização de serviços**), de conformidade com o conceito trazido pelo artigo 6º da Lei, que assim preceitua:

“Artigo 6º - Para os fins desta lei, considera-se:

I -

II - Serviço - toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, transporte, locação de bens etc. A lei não é exaustiva, mas exemplificativa.”

Sobre o tema, Marçal Justem ensina que esse tipo de contrato consiste em uma prestação de serviço, posto que: “a **Agência se obriga a identificar os transportadores que atendem as necessidades da Administração, realizar as reservas, providenciar a emissão de bilhetes e sua entrega à Administração e outras atividades similares, destinadas a assegurar a concretização do contrato de transporte**”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Airton Rocha Nóbrega, ao estudar a natureza do contrato destinado à aquisição de passagens aéreas, enfatiza com muita propriedade de forma irretorquível (*in* Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1996, págs. 584 a 589), que:

“(....)

A aquisição de passagens aéreas é a atividade que transparece e salta à vista nesse tipo de contrato celebrado pela Administração Pública com a finalidade de atender a uma necessidade específica que, nem de longe, se assemelha ou pode ser rotulada como a de *aquisição de um bem determinado (passagem aérea)*.

Não se compram passagens aéreas como atividade-fim desse tipo de contrato, adquire-se, em realidade, o bilhete que representa o instrumento de acesso ao objetivo final que é o de ver-se, em regra, um servidor ou terceiro autorizado transportado de um ponto a outro, no País ou no exterior.

Têm-se, desse modo, não a aquisição de um bem, caracterizando um fornecimento ou uma compra, consoante conceituação contida no art. 6º, III, da Lei nº 8.666/93, mas sim a *obtenção de uma utilidade de interesse da Administração*.

Estabelece-se e disciplina-se nessa relação contratual *a prestação de um serviço de transporte*, estando o *transporte* conceituado pelo art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93, como *serviço*.

Tratado como fornecimento, ter-se-ia que, necessariamente, realizar contratações para períodos coincidentes com o exercício financeiro (ano civil), baseando-se o contrato em quantitativos impossíveis de fixar, pois teria ele que determinar quantas viagens seriam realizadas nesse lapso de tempo e quantos bilhetes deveriam ser emitidos no mesmo período.

Como *serviço* que efetivamente é, permite a *Lei de Licitações e Contratos* o dimensionamento da duração do contrato por um período de *até 60 (sessenta) meses*, a teor do que preceituado se acha em seu *art. 57, inciso II*, gerando sensíveis economias para a Administração já que não se terá que, a cada exercício, iniciar um novo procedimento licitatório, culminando com a celebração de um contrato que terá efêmera duração.

Para o planejamento da licitação e quantificação dos custos contratuais futuros, ter-se-á que ter como base *valores estimados*, resultantes de uma avaliação das prováveis necessidades da repartição, considerados inclusive os gastos realizados em exercícios anteriores.

Avaliado esse aspecto primeiramente proposto, conclusão clara que se extrai, com fundamento no art. 6º, II, da LLC, é que o *contrato de transporte aéreo de passageiros* celebrado pela Administração *possui típica natureza de serviços contínuos*, envolvendo uma atividade destinada à obtenção de uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de um só vez ou parceladamente.”

Conclui com acerto que esse contrato possui típica natureza de serviço contínuo, cuja atividade tem o objetivo específico de extrair uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

Na verdade, poder-se-ia até dizer que não se trata apenas de um contrato de prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas e terrestres, senão uma série de contratos, indissolúvelmente ligados.

Destarte, é salutar verificar que para esse tipo de contratação é impossível ao Administrador fixar quantidade de viagens, bilhetes, especificar roteiros, lapsos temporais, taxas, etc. que melhor atendem ao princípio da economicidade.

Efetivamente, não se coaduna esse tipo de contrato com as efêmeras contratações, para durar apenas um exercício, *ou seja, não são contratos instantâneos*, por sua própria natureza. Exatamente, por isso, os contratos eram dimensionados, segundo suas características, por períodos que, segundo a avaliação da Administração, podiam e realmente ultrapassavam o exercício financeiro, alavancados no melhor preço e nas condições mais acessíveis e vantajosas, conforme demonstram estudos sobre o *inciso II do artigo 57*, o qual autoriza prorrogações sucessivas, por iguais períodos, acorrentadas à obtenção de melhor preço e às condições mais vantajosas, para a Administração, isto é, tendo em vista os altos interesses da Administração.

Ou seja, tendo em vista que a economicidade, segundo as ciências econômicas e de gestão, expressa idéia de desempenho qualitativo, verifica-se que esse princípio objetiva que os atos administrativos sejam realizados com observância da relação custo-benefício, de modo que os recursos públicos sejam utilizados de forma mais vantajosa e eficiente para o poder público. É princípio a ser visto e aplicado frente a necessidade de análise do caso concreto, traduzindo-se num compromisso econômico, onde a eficiência e eficácia estão introduzidas como finalidade principal de toda e qualquer receita destinada a um interesse público.

Quanto à possibilidade de prorrogação dos contratos, importa registrar que:

É preciso perceber que o objetivo legal da prorrogação de contratos, que é a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, não se coaduna com a transferência de custos que as agências se vêem obrigadas a inserir em suas propostas na licitação e nos respectivos contratos, por terem de, num curto espaço de 12 (doze meses), montarem e desmontarem postos de atendimento nas sedes dos órgãos públicos, contratarem e despedirem empregados, contratarem e rescindirem contratos de licenças com os sistemas internacionais de reservas de passagens.

Além disso, os gestores públicos não podem deixar de reconhecer que, apesar de denominados contratos de *“fornecimento de passagens aéreas”*, esses ajustes implicam muito mais do que meras *“vendas”* de bilhetes de passagens aéreas. Se assim não fosse, como se explicaria

a assessoria prestada pelos empregados da agência na localização, indicação e sugestão das tarifas mais econômicas dentre as existentes em um mesmo vôo; a disponibilização do posto de atendimento permanente da agência dentro do edifício-sede do órgão público, inclusive, com funcionários contratados pela agência especificamente para isso, e dotado dos mencionados sistemas de reservas que devem estar disponíveis, sem interrupção, em especial, nos dias úteis e no mesmo horário de funcionamento da Instituição??

Por último, importa assinalar que toda vez que se renova um contrato de prestação de serviço, a Administração Pública deve efetuar uma nova cotação de preço a fim de verificar se a continuidade do contrato é ainda a mais vantajosa para a Administração.

EM SUMA:

- a) deve-se entender como “*prestação de serviços*”, consoante definição inculpada no texto da Lei de Licitações e Contratos (art. 6º, II), a atividade contratada pelo Sistema “S” com a finalidade de alcançar determinada utilidade de seu interesse, compreendendo, dentre outras hipóteses, o contrato de prestação de fornecimento de passagens aéreas e terrestres, transporte, terrestre, aéreo e ferroviário;
- b) os contratos de prestação de serviços, quando destinados a atender necessidades permanentes da Administração, terão natureza contínua;
- c) a contratação de transporte aéreo e o fornecimento de prestação de fornecimento de passagens não possuem a condição de fornecimento, já que não se pode, nesse negócio, visualizar, como elemento de identificação, o simples ato de emissão do bilhete de passagem, que constitui mera autorização para o uso do meio de transporte;
- d) não possuindo o contrato de transporte aéreo exigência eventual para a Administração, deve ele observar a regra de duração dos prazos prevista no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, não estando, portanto, a sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários;
- e) as disposições contidas no art. 57, inclusive os seus incisos e parágrafos, a teor do que preceituado se acha no art. 121 da mesma Lei, são de observância obrigatória nos contratos, independentemente de específica previsão no instrumento convocatório ou no instrumento firmado pela Administração;
- f) o dimensionamento da duração dos contratos prevista no inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/93, pode e deve ser feito pela Administração sempre com a finalidade de obter maior economicidade, respeitado, no entanto, o limite máximo de duração em lei fixado (60 meses); e, por último

- g) a vantagem da manutenção de contrato já em curso pode e deve ser sempre medida em face do proveito oferecido pelo contratado, consistente esta, em tais casos, no maior desconto por ele oferecido, consoante reiterada e sólida jurisprudência da Colenda Corte de Contas;

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem licitação. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001;

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ªed. São Paulo: Malheiros, 2004;

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Curso Prático de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Del Rey., 2004;

NÓBREGA, Airton Rocha. Boletim de Licitações e Contratos, Dez. 1996, págs. 584 a 589;

VARESCHINI, J.M.L. – Lopes, J.J. Curitiba Mendes & Lopes Pesquisa, Treinamento e Eventos Ltda., Curitiba: Ed. JML, 2007;

SENAI. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Departamento Nacional. Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI. Brasília. SENAI/DN, 2006.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**10 POSSIBILIDADE DO SESI E SENAI
INSTITUÍREM UM PLANO DE SAÚDE PRÓPRIO
REFLEXOS REGULATÓRIOS E LICITATÓRIOS**

**GUSTAVO KELLY ALENCAR
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

10.1 INTRODUÇÃO

A prestação de saúde assistencial para os empregados do SESI e do SENAI sempre foi tradicionalmente realizada por terceiros (operadoras de planos de saúde), através de convênio ou contrato. No caso do Departamento Regional do Rio de Janeiro, foi firmado convênio entre o SESI e o SENAI e a Sociedade Beneficente dos Servidores das Entidades da Indústria do Rio de Janeiro – SOBERJ, entidade da qual o SESI-RJ e o SENAI-RJ são duas das entidades fundadoras.

Outrossim, por razões operacionais e de gestão, surgiu a possibilidade de criação de um plano de saúde próprio, cessando a necessidade de contratação via SOBERJ. Surgem então duas questões: (a) pode o SESI-RJ exercer atividade de prestação de saúde suplementar, participando de instituição prestadora neste segmento? E (b) pode o SENAI-RJ filiar-se diretamente ao plano de saúde?

Passamos então a responder as indagações:

10.2 SAÚDE SUPLEMENTAR – HISTÓRICO, REFLEXOS NA CONTRATAÇÃO DIRETA E NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

Inicialmente, cumpre analisar o histórico da Saúde Suplementar no país, inclusive e principalmente quanto aos aspectos ligados a entes regidos pela Lei 8.666/93 ou a Regulamentos próprios de licitações e contratos, como é o caso do SESI e do SENAI.

O Sistema Nacional de Saúde foi criado em 1923, e desde então o Governo tem se empenhado em disciplinar o setor de saúde e assistência. Entretanto, e inépcia da prestação de serviço público em saúde fez surgir soluções alternativas tais como a medicina de grupo, os seguros-saúde, as cooperativas de serviços médicos e outros.

Especificamente quanto ao seguro-saúde, ele foi instituído no Brasil em 1966, pelo Decreto-Lei nº 73/66, que em seus artigos 129 a 135 previa a garantia de pagamento, em dinheiro, direto ou através de reembolso, dos gastos dos segurados com assistência médica e hospitalar. A partir daí, o sistema veio se aperfeiçoando até chegar no sistema atualmente vigente.

No caso ora analisado, o ponto de partida é o artigo 230 da Lei 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União e demais entes da administração pública federal centralizada e descentralizada, que, ao cuidar da assistência à saúde do servidor prevê que:

Art. 230 - A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio, na forma estabelecida em regulamento.

(Redação Original)

Art. 230 - A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento.

(Redação dada pela Lei 11.302/06)

O referido artigo, que só veio a ser regulamentado em 2004, pelo Decreto 4.978/04, estabelece que as entidades ali referidas poderão prestar assistência aos beneficiários através de quatro formas: (i) pelo Sistema Único de Saúde – SUS, (ii) diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou (iii) mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de (iv) auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo mesmo.

A questão então é coadunar os quatro sistemas acima referidos com as disposições atinentes à contratação pública, atendendo às disposições da Lei 8.666/93, o que foi feito diversas vezes pelo Tribunal de Contas da União, inclusive na elaboração de seu próprio Regulamento de Assistência Médica¹, restando pacificado que:

“na falta de regulamentação específica da matéria tratada no art. 230 da Lei nº 8.112/90, os órgãos/entidades dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo poderão, a seu critério, adotar sistema próprio para a prestação de serviços de assistência complementar à saúde dos servidores, inclusive o de credenciamento de profissionais e instituições médico-hospitalares, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93, observados os princípios básicos da administração pública”²

1 TCU – TC nº 008.797/93-5

2 TCU - Decisão 656/1995 – Plenário – Consulta formulada pelo Ministério da educação. Possibilidade de contratação de serviços médico-assistenciais a servidores e dependentes, por meio de credenciamento de entidades e profissionais na área de saúde. Conhecimento.

Segue alguns trechos da referida decisão:

“Decisão 656/1995 Plenário TC 016.522/95-8

Natureza: Consulta

Órgão: Ministério da Educação e do Desporto

Interessado: Ministro de Estado Interino, Dr. Luciano Oliva Patrício

Ementa: Consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro interino da Educação sobre a possibilidade de se contratar serviços médico-assistenciais aos seus servidores e dependentes, por meio de credenciamento de entidades e profissionais na área de saúde. Estudos desenvolvidos pelo Tribunal, quando da aprovação do Regulamento de seu Plano de Assistência Médica, demonstraram que o sistema de credenciamento atende aos princípios norteadores da licitação. Conhecimento da Consulta para responder, em tese, que, até a edição do regulamento a que se refere o art. 230 da Lei nº 8.112/90, é possível a adoção desse sistema. Envio, ao interessado, de cópia da Decisão, Relatório e Voto. Arquivamento do processo.

(...)

4. No tocante ao mérito, é de se destacar que a questão da inexigibilidade de licitação para realização de credenciamentos de interessados na prestação de serviços na área de saúde foi objeto de percuente exame no âmbito desta Corte, por ocasião da implantação do novo Regulamento de Assistência Médica do Tribunal (TC nº 008.797/93-5). Naquela oportunidade, algumas Unidades da Casa manifestaram-se sobre a matéria. Pela sua pertinência e juridicidade, permitimo-nos transcrever, a seguir, excertos dos pareceres então elaborados.

4.1 CONSULTORIA-GERAL - Entende que não há inconveniente jurídico-legal para a adoção do sistema de credenciamento, acrescentando que tal sistema é regularmente utilizado pela Previdência Social para atendimento dos segurados em geral.

(...)

4.3 SECRETARIA DE AUDITORIA E INSPEÇÕES - SAUDI - Argumentando que, no caso peculiar de prestação de assistência médica, “é extremamente difícil, se não impossível, definir-se critérios objetivos para o julgamento das licitações eventualmente instauradas para esse fim”, a Secretaria entende que “o

racional, o prudente, e também o que melhor condiz com o espírito do Estatuto das Licitações e Contratos é a Administração proceder ao credenciamento do maior número de prestadores de serviços, pessoas físicas ou jurídicas, com inexigibilidade de licitação (art. 25, “caput”, da Lei nº 8.666/93), e deixar ao prudente arbítrio dos beneficiários diretos da assistência, a tarefa de eleger, dentre os credenciados, o profissional ou instituição médica que melhor lhes merecer a confiança”. (...)

4.3.1 Em reforço à sua tese, a SAUDI argumenta, ainda, que o Legislador, ao admitir, no art. 230 da Lei nº 8.112/90, que a assistência à saúde do servidor e de seus familiares se desse mediante convênio - e, por conseqüência, com inexigibilidade de licitação -, reconheceu, implicitamente, “que a natureza dessa prestação é de tal ordem que ressalta inviável a realização de procedimento formal de licitação para sua obtenção junto à rede privada de saúde”.

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

Especificamente sobre a questão da inexigibilidade de licitação, concluiu-se, com base nos posicionamentos doutrinários a respeito desse tema, que o credenciamento de serviços de assistência médico-hospitalar pode ser incluído entre os que atendem às condições legais ensejadoras da exceção à regra de observância prévia do procedimento licitatório, considerando-se, ainda, as particularidades de que se reveste o procedimento, como a contratação irrestrita de todos os prestadores de serviços médicos, pessoas físicas ou jurídicas, que preencham as condições exigidas; a fixação, de forma antecipada, do preço dos serviços; e a escolha, pelos próprios beneficiários, entre os credenciados, de profissional ou instituição de sua preferência. (...)

(...)

Nessas condições, e acolhendo, na essência, a conclusão do parecer da Unidade Técnica, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Plenário.

Decisão

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

(...)

2. responder à Autoridade Consulente que, na falta de regulamentação específica da matéria tratada no art. 230 da Lei nº 8.112/90, os órgãos/entidades dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo poderão, a seu critério, adotar sistema próprio para a prestação de serviços de assistência complementar à saúde dos servidores, inclusive o de credenciamento de profissionais e instituições médico-hospitalares, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93, observados os princípios básicos da administração pública;

(...)"

(grifos nossos)

Há que se notar que a decisão da Corte de contas não se baseia na natureza pública ou privada da entidade, mas tão-somente nos objetivos do ato praticado(a importantíssima tarefa de fornecer saúde assistencial aos servidores) e às disposições legais e principiológicas do caso.

Tanto o é que a própria Corte de Contas estabelece que sua idéia, de credenciamento direto, se aplica a todos os jurisdicionados, como textualmente afirmou a Decisão nº 98/2000 – Plenário do TCU:

“O Tribunal também já discutiu as contratações da espécie em diversas oportunidades, quando da deliberação em processos que envolviam a inteligência do art. 230 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre a assistência à saúde do servidor público. Para o que interessa ao presente caso, **aplicando-se a idéia extensiva a qualquer dos entes jurisdicionados**, restou o entendimento, no Voto que sustentou a Decisão nº 342/98 TCU – Plenário, de que para a contratação de plano de saúde é viável a licitação, pois os preços são previamente determinados, podendo variar entre os diversos planos. Já para a prestação de assistência à saúde por meio de credenciamento é inviável a licitação, haja vista que os profissionais e instituições médico-hospitalares firmam contratos com a administração pública e são indenizados pelos serviços efetivamente prestados, com base nos preços fixados pela Associação Médica Brasileira – AMB, (Decisão n 656/95 – TCU – Plenário).”

Outrossim, com a edição do Regulamento do prefalado artigo 230³ da Lei 8.112/90, e com a modificação trazida ao mesmo pela MP 272, convertida na Lei 11.302/06, que passou expres-

³ Decreto 4.978, de 3 de fevereiro de 2004

samente a prever a celebração de convênios para o fim assistencial⁴, cessou a possibilidade de credenciamento direto:

“Art. 1º A assistência à saúde do servidor ativo ou inativo e de sua família, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações, será prestada mediante:

I - convênios com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa; ou

II - contratos, respeitado o disposto na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Assim, para entidade da administração pública federal nas três esferas, Executivo, Legislativo e Judiciário, há a efetiva possibilidade de celebração de convênios com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, ou a celebração de contratos respeitada a Lei de Licitações⁵. Não mais resta possível a possibilidade de credenciamento direto.

Posto isto, vejamos, com base nos mesmos princípios entendidos pelo TCU, como ficará o regime a ser aplicado pela pessoa jurídica de direito privado que se sujeita a Lei 8.666/93 ou a Regulamento de Licitações e Contratos próprio:

Pelo histórico acima, vemos três possibilidades:

- 1 - a contratação, mediante licitação, de plano de assistência suplementar em saúde;
- 2 - a celebração de convênios com Planos Privados de Assistência a Saúde;
- 3 - o “credenciamento próprio” de profissionais(válido até 2004).

Entretanto, um novo elemento se acrescenta a esta equação: as pessoas jurídicas de direito privado estão sujeitas aos ditames da Lei 9.656/98 – Lei dos Planos e Seguros de Saúde, que da melhor exegese de seu artigo 1º informa que fica vedado o exercício de atividades que se assemelhem à prestação de serviços em saúde suplementar sem que tal prestação se dê na forma ali preconizada:

“Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

4 Havia dúvidas por parte de alguns órgãos públicos - suscitadas por um acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) - quanto à possibilidade da assinatura de convênios para prestação serviços de saúde sem concorrência pública. Embora liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tenha suspenso os efeitos do acórdão do TCU nos itens que proibiam a renovação de contratos, vários órgãos estavam temerosos de fazê-lo.

5 Além das hipóteses do Decreto 4.978/04 verificamos pelo menos uma empresa de autogestão construída nos moldes e de acordo com a Lei 9.656/98 ligada diretamente ao serviço público federal – a GEAP, que atende aos funcionários dos Ministérios da Saúde e Previdência Social, entre outros.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão.

§ 3º A assistência a que alude o caput deste artigo compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, à manutenção e à reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

§ 4º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos e seguros privados de assistência à saúde.

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.”

Com o advento da referida Lei, fica criada a figura das OPS – Operadoras de Planos de Saúde⁶, aplicável a qualquer pessoa jurídica de direito privado que exercesse atividade de saúde suplementar, sob os auspícios da Agência Nacional de Saúde – ANS⁷, como se vê na autuação sofrida pelo Departamento Regional de Mato Grosso do Serviço Social da Indústria – SESI-MT, que foi notificado para se adequar às normas da ANS, tendo em vista seu “Programa de Saúde do Trabalhador da Indústria”.

6 Art. 1º Definem-se como Operadoras de Planos de Assistência à Saúde as empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei n.º 9.656, de 1998.

7 Para a Lei 9.656/98 operadora de plano privado de assistência à saúde é a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, e que plano é a prestação continuada de serviços ou cobertura assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Além deste caso tivemos, no próprio Estado do Rio de Janeiro, uma denúncia anônima efetuada contra o SESI-RJ, que resultou na formação de um processo administrativo – tombado sob o nº 393181, cuja fiscalização assim concluiu:

“Trata-se de processo administrativo, Demanda 393181, sobre instituição/empresa que opera no mercado de saúde suplementar sem o devido registro na ANS.”

Pelo entendimento da Agência, não há como interpretar as atividades de saúde do SESI como não sujeitas às regras da saúde suplementar, o que ensejou resposta no sentido de informar que o Depto. Regional do Rio de Janeiro do SESI estava em procedimento de regularização junto àquela Agência Reguladora.

Em estreita síntese, temos então que, pelo entendimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar o credenciamento próprio só é permitido para as entidades assim caracterizadas como operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Outrossim ocorre que o SESI não é, nem nunca poderá ser caracterizado como tal, pois seu objeto é muito mais abrangente do que a prestação de serviços na área de saúde, e o artigo 34 da Lei expressamente prevê que:

“Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.”

Repise-se que a própria prestação assistencial de serviços do SESI estaria, pela visão da ANS, sujeita as regras da Saúde Suplementar no país, pois a lei não diferencia a natureza da prestadora para diferenciar a natureza do serviço por ela prestado.

10.3 DA POSSIBILIDADE DO SESI-RJ EXERCER ATIVIDADE DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Vedado o credenciamento direto, e, inobstante as duas outras possibilidades, de celebração de convênios com Planos Privados de Assistência a Saúde e a contratação, mediante licitação, de plano de assistência suplementar em saúde, e tendo em vista os objetivos institucionais da entidade, surge uma terceira opção, também juridicamente viável, que é co-fundar e participar de um plano próprio de assistência à saúde, nos moldes da Lei 9.656/98 e Resoluções ANS aplicáveis.

O art. 4º do Decreto-Lei nº 57.375, de 1965, que instituiu o SESI, estabelece como finalidade geral da entidade o auxílio ao trabalhador da indústria e atividades assemelhadas na melhoria de sua existência, inclusive no que se refere à saúde, e o artigo 8º do mesmo diploma prevê, em sua alínea “c”, a possibilidade de celebração de convênios e contratos para a consecução de seus objetivos.

Outrossim, a Lei nº 9.656, de 1998, ao dar contornos jurídicos ao bem “saúde” quando este não fosse operado sob a responsabilidade do Estado, limitou o exercício desta atividade, definindo em seu art. 1º que a pessoa jurídica organizada sob a forma de autogestão que operasse aquele bem estaria subsumido ao diploma, ao passo que a Resolução da Diretoria Colegiada da ANS nº 39, de 2000, estabelece que autogestões são:

“Art. 14 - (...) entidades que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.”

A doutrina⁸, por sua vez, assim classifica as autogestões:

“Na autogestão é uma empresa ou outro tipo de organização, como sociedades civis, fundacionais, sindicais e de variada natureza, como clubes esportivos, entidades condominiais, dentre outras, que institui e administra o programa ou o plano de saúde de seus sócios, empregados e beneficiários, em geral os parentes até o terceiro grau e algumas classes de agregados.”

Logo, a atividade institucional do SESI, no setor saúde, foi normatizada (no entender da ANS) especificamente como plano privado de assistência à saúde, conforme definição do inciso I da Lei, devendo a entidade constituir operadora específica para este fim.

Ademais, é fácil ver-se, pela dicção dos arts. 4º, 5º e 8º do Decreto-lei nº 57.375, de 1965, que dentre os objetivos e as finalidades do SESI, e pela prestação assistencial que se deseja, que a modalidade de autogestão é a que mais se assemelha às suas atividades.

8 BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti, Lei dos Planos e Seguros de Saúde, comentada artigo por artigo, Doutrina – Jurisprudência, 2a Ed., São Paulo: RT, 2005, p. 43

Por fim, a Resolução ANS CONSU 5, de 03/11/99, aclara ainda mais o cenário ao afirmar que “para fins de aplicação das disposições contidas na Lei 9.656/1998, são caracterizados como sistemas de assistência à saúde na modalidade de autogestão aqueles destinados exclusivamente a empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados, bem como seus respectivos grupos familiares definidos, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais”.

Logo, inequívoca é a noção de que a autogestão é a modalidade que efetivamente se coaduna com as entidades SESI e SENAI, ainda mais que a autogestão apresenta custos operacionais efetivamente reduzidos, eis que eliminados custos como os de publicidade e intermediação, que oneram as empresas especializadas em planos de saúde.

Mas por que a necessidade de criação do plano de assistência, se o próprio SESI já efetuava prestação de serviços de saúde? Como já visto, por expressa disposição legal, pois o artigo 34 da Lei 9.656/98 determina que as pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos⁹.

Quanto ao exercício da atividade – prestação de serviços em saúde suplementar, inicialmente cumpre informar que a expressão “saúde suplementar” remonta aos idos dos anos 80/90 e o Regulamento do SESI se reporta a 1946. Ainda assim, prevê a saúde como finalidade essencial de sua existência.

Logo, pelo ordenamento jurídico atual, para que o SESI se enquadre na moderna noção de “saúde suplementar” e seus parâmetros legais e regulamentares, basta que siga as disposições aplicáveis.

E não é só. A Saúde é um dos objetivos institucionais do SESI, mas, ainda que não fosse, o Supremo Tribunal Federal e o próprio Tribunal de Contas da União já se manifestaram no sentido de que, desde que a receita dos serviços seja revertida para as finalidades essenciais da entidade, e desde que seja sempre utilizada em prol de seus beneficiários diretos, o exercício de atividade não afeita às finalidades da entidade **não descaracteriza a natureza da mesma nem para efeitos tributários**.¹⁰

⁹ O critério para tal assertiva é o da especialidade, fundamento do prefalado artigo 34, determinando a unicidade do objeto social especificamente para prestar assistência à saúde.

¹⁰ STF RE 116188-SP; AGRAG 155822-SP e diversas decisões do TCU

Resta, então, s.m.j., fundamentadamente justificada a decisão do SESI-RJ participar da constituição de uma entidade de autogestão multipatrocinada¹¹ com objetivo de prestar serviços em saúde complementar.

E mais: o fato do SESI participar da gestão de seu próprio plano, com plena ingerência, ainda é um garantidor a mais da qualidade do serviço que será prestado a seus empregados.

Quanto à segunda indagação, se o SENAI pode firmar convênio com o Plano de autogestão multipatrocinado em questão, vê-se também que a possibilidade existe, por vários motivos:

- a contratação do plano de saúde para seus empregados se coaduna com as finalidades da entidade;
- a filiação ao plano se assemelha à hipótese prevista no inciso IX¹² do artigo 9º do Regulamento de licitações e contratos da entidade, pois o SESI é associado fundador e possui plena ingerência sobre o plano;
- as demais entidades associadas fundadoras (multipatrocinadoras) do plano são única e exclusivamente as mesmas que compõem o grupo corporativo do qual o SENAI é integrante;
- há diversos benefícios reflexos e indiretos trazidos pela referida contratação, que a tornam absolutamente impossível de ser comparada com outra do mesmo gênero:
 - a) a possibilidade de litígio decorrente da contratação se reduz muito quando analisamos as Entidades envolvidas;
 - b) as restrições regulamentares das multipatrocinadoras do plano são mais uma garantia da higidez do plano, reduzindo a possibilidade da prática de atos que venham a prejudicar os demais associados e beneficiários do Firjan Saúde;
 - c) a elaboração de um convênio entre o SENAI e o plano independe de prévio procedimento licitatório.

11 Art. 6º, I c/c Art. 7º, II da Res. ANS RDC 39/00

12 IX – na contratação, com serviços sociais autônomos e com órgãos e entidades integrantes da administração pública, quando o objeto do contrato for compatível com as atividades finalísticas da entidade;”

10.4 ESTRUTURA DA OPS

Incontrovertida a possibilidade de criação do plano e de participação do SENAI, vejamos o que diz a ANS sobre sua estrutura:

- deve ser criada pessoa jurídica distinta com objeto específico de prestação de saúde suplementar (Art. 34 da Res. RDC 39/00); a estrutura societária que mais nos parece viável para tal fim é a associação, prevista nos artigos 53 e seguintes do CC/2002;
- até junho de 2007 os sócios poderiam ser responsáveis pelas garantias financeiras da operadora, mas, a Res. RDC 160/07 estabeleceu os recursos mínimos (garantias e patrimônio) para a constituição de uma OPS;
- o universo de beneficiários da OPS criada fica limitado às disposições da Lei 9.656/98 e da Res. RDC 39/00;
- também se faz necessário, por força do disposto na Lei 6.839/80, o registro da OPS no Conselho Regional de Medicina (e Odontologia, se for o caso).

Com base nestes parâmetros acima citados foi criada, em 2006, a operadora de planos de saúde denominada SESI-RJ FIRJAN CIRJ SAÚDE, registrada na ANS sob no 415359, cujo espectro de beneficiários é “quaisquer Empresas/Sindicatos que preencham os requisitos necessários para se filiar ao Centro Industrial do Rio de Janeiro ou à Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, e as Entidades integrantes do Sistema “S” vinculadas à indústria”.

10.5 CONCLUSÕES

- 1 – O credenciamento próprio de profissionais para a prestação de serviços de saúde foi possível até 2004 para as pessoas jurídicas de direito público(entra em vigor o Decreto 4.978/04) e até 1998 para as pessoas jurídicas de direito privado(entra em vigor a Lei 9.656/98);
- 2 – A prestação de serviços de Saúde do SESI é enquadrada pela ANS como prestação de saúde suplementar, sujeita portanto às regras da lei, em que pese sua natureza social de ente de cooperação com o poder público;
- 3 – Não mais se admite em nosso ordenamento que uma pessoa jurídica de direito privado exerça a prestação de saúde em conjunto com outras atividades;
- 4 – As finalidades institucionais do SESI admitem que ele participe como patrocinador de um plano privado de assistência à saúde, nos termos da lei 9.656/98;
- 5 – O SENAI pode ser patrocinador da referida associação, sem a necessidade de licitação para integrá-la;
- 6 – A OPS necessita ter patrimônio próprio, nos termos da Res. RDC 160/07.

REFERÊNCIAS

BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti, **Lei dos Planos e Seguros de Saúde, comentada artigo por artigo, Doutrina – Jurisprudência**, 2a Ed., São Paulo: RT, 2005.

CIEFAS(Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde Nacional). **A História da autogestão em saúde no Brasil**. São Paulo: CIEFAS, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, **Contratação Direta sem Licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**, 6a Ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, **Eficácia nas Licitações & contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas**; 10ª ed. Ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Nunes, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários a Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**. 2.ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16 mai. 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Jurisprudência**. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 16 mai. 2006.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



11 DO DIREITO A RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

JEFFERSON MARINHO
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO ACRE

11.1 DO DIREITO A RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

Não obstante todas as dificuldades e percalços que permeiam os caminhos da atividade industrial em nosso País, o mês de Maio adquire especiais características e particularidades, uma vez que é nesse período que a grande maioria das empresas, seja no setor público ou no privado, têm que lidar com a ocorrência da chamada “data - base”, onde devem, além de outras, negociar o reajuste salarial de seus empregados. O que leva a outra questão de relevância para o bom desempenho e continuidade da prestação de várias atividades, em especial àqueles que mantêm contratos com a Administração Pública; qual seja, como garantir o repasse de tais reajustes salariais aos preços praticados nos contratos já existentes.

Sempre que pessoas físicas ou jurídicas, mediante livre disposição de suas vontades, resolvem firmar instrumento para criar obrigações e direitos, recíprocos e equivalentes, nasce a idéia, o senso comum de celebração de contrato; não sendo diferente em relação àquela transação firmada entre a Administração Pública e o particular; donde decorre o que se resolveu denominar-se, Contrato Administrativo que, nos dizeres do ilustre e saudoso HELY LOPES MEIRELLES, in “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 18ª edição, São Paulo; assim se define: “Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração”.

Em nosso País, os contratos administrativos, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em sua administração direta e indireta; são regidos pelas disposições constantes da Lei nº 8.66/93 e alterações; que regulamenta a matéria, basicamente, da seguinte forma:

CAPÍTULO III

DOS CONTRATOS

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

“Art. 54 - Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supleti-

vamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Art. 57 - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo

poderá ser prorrogado em até doze meses. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998)

Art. 58 - O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

SEÇÃO III

DA ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS.

“Art. 65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por

imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contrato já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes de supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º VETADO

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”

Basta uma simples leitura das disposições legais para quedar-se claro que não podemos confundir o contrato administrativo com os contratos de ordem privada – civis e comerciais, uma vez que estes possuem características próprias, decorrentes do interesse público inerente aos seus objetivos.

Contudo, alguns princípios são afeitos a ambas as espécies de contrato, tanto os públicos quanto aos privados; de forma que se encontram similaridades de vital importância para a questão que ora se coloca no presente trabalho.

Uma vez celebrado o ajuste entre a Administração Pública e o particular, nasce para as partes a obrigação de cumprir o pactuado na forma como foi ajustado, obviamente, mas a situação existente no momento da celebração do ajuste pode sofrer modificações durante a execução do contrato, não somente por fatos imprevisíveis mais também por aqueles previsíveis de efeitos claros e gritantes no conteúdo do ajuste ou objeto da execução.

Tais fatos podem tornar excessivamente onerosa a execução do contrato para o contratado, retardando ou mesmo impossibilitando a conclusão do objeto contratual na forma como pactuada. E aqui se distende o horizonte doutrinário e jurisprudencial pátrio, alcançando e englobando institutos e Princípios como a *Cláusula Rebus Sic Stantibus*; *Pacta Sunt Servanta*; *Lex inter partes*; Reajuste, Repactuação e Equilíbrio Econômico-financeiro.

Conforme verifica-se do texto legal supra transcrito, sempre que a relação de proporção entre a execução dos serviços e a contraprestação, estabelecida na proposta do Contratado for violada, por fato previsível ou imprevisível; teremos respaldada legalmente a restauração

do chamado “equilíbrio econômico-financeiro”; onde nos reportamos aos dizeres do douto MARÇAL JUSTEN FILHO, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética Editora, São Paulo, 1998, 5ª edição; litteris:

“O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como ‘deveres jurídicos’ propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.

É possível (á semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a “equilíbrio!”. Os encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais à remuneração. Daí a utilização da expressão vocábulo “equação econômico-financeira.

A equação econômico-financeira se delinea a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira. A partir de então, esta equação está protegida e assegurada pelo Direito.”

E, conclui, mais adiante:

“Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido.¹ Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial está modificada”.

“Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração. A regra foi expressamente consagrada no Art. 58, §2º, a propósito de modificação unilateral do contrato, mas se aplica a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira.”

Data venia; incontestado que os contratos administrativos podem ser alterados unilateral ou bilateralmente, sempre que modificada a equação econômico-financeira estabelecida quando da apresentação da proposta; onde, destacamos os dizeres do douto LEON FREJDA SZKLARDWSKY, in artigo intitulado “Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos”, publicado na Revista Jurídica CONSULEX, nº 13, Janeiro/1998, litteris:

“A lei é clara, ao dispor que em caso de alteração unilateral, com aumento dos encargos para o contratado, a administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro através de aditamento.”

A proposta comercial do particular contratado, possui sua validade estipulada para um determinado período de tempo, estabelecido e informado no procedimento licitatório ou mesmo no procedimento de dispensa de licitação; sendo patente a desvalorização dos preços ali constantes, frente às constantes variações na economia, ocorridas durante o referido período; tem o particular o direito de ver restabelecida a proporção entre os custos e ganhos inicialmente celebrada, posto que não deve ser obrigado a trabalhar acumulando prejuízos em prol da Administração Pública.

In permissu; o direito ao realinhamento dos preços constantes da proposta comercial encontra respaldo, inclusive, no entendimento do Tribunal de Contas da União –TCU que, revisando o Anteprojeto do Estatuto Jurídico e Normas Gerais de Licitação e Contratos no Âmbito da Administração Pública, em Decisão nº 293/92 do Plenário daquela Egrégia Corte, assim manifestou-se:

“(…) Ademais, vale observar que, inclusive sob pena de ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (do qual decorre a vinculação do contrato à proposta vencedora da licitação), somente em situações excepcionais, e não refletidas nos índices de reajustes aplicáveis ao contrato, poderá a Administração conceder ao contratado revisões dos preços, alegando a superveniência de circunstâncias ou fatos desestabilizadores do inicial equilíbrio econômico-financeiro entre ambos. Nesses casos, nada veda a Administração, independentemente de autorização legal específica, negociar de ma-

neira isenta, impessoal e transparente, com o Contratado o restabelecimento da equação econômico-financeira, rompida independentemente da vontade das partes, visto que, segundo doutrina uniformemente firmada no ordenamento jurídico pátrio, não se admite ao Estado, ou a qualquer interessado, o enriquecimento ilícito na prática de atos ou de contratos.”

O entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União – TCU, mantém-se no mesmo sentido; tanto é assim, que dispõe a Revista “Licitações e Contratos – Orientações Básicas”, 3ª edição, Brasília, 2006, EDITADA PELO PRÓPRIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; transcrevemos:

“O equilíbrio econômico-financeiro consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, a fim de que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a retribuição da Administração, para sua justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento.

Nas hipóteses expressamente previstas em lei, é possível à Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O reequilíbrio econômico-financeiro se justifica nas seguintes ocorrências:

- fato imprevisível, ou previsível, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;
- caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

Para que possa ser autorizado e concedido o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato, a Administração tem de verificar:

- os custos dos itens constantes da proposta do contratado com a planilha de custos que acompanha o pedido do reequilíbrio.
- * o contratado, ao encaminhar à Administração o pedido de reequilíbrio deve demonstrar quais os itens da planilha de custos estão economicamente defasados, inclusive com a taxa de administração, e que estão ocasionando o desequilíbrio do contrato.
- a ocorrência de fato imprevisível ou previsível porém de conseqüências incalculáveis, que justifique as modificações do contrato para mais ou para menos.”

Na mesma publicação, Revista “Licitações e Contratos – Orientações Básicas”, 3ª edição, Brasília, 2006; EDITADA PELO PRÓPRIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO a seguinte Deliberação, daquela egrégia Corte de Contas:

“Observe o disposto na lei 8.666/93, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto na referida Lei (Art. 65), lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis mais de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea “d”, c/c § 5º, do Art. 65 da mencionada Lei.”

Acórdão 297/2005 Plenário

Conforme ensina o douto TOSHIO MUKAI, a doutrina quase que unanimemente, ao apontar a disposição legal que obriga o ente público a observar sempre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo assenta-a no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que reza:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Com efeito, para citar apenas alguns autores, vejamos o que dizem a respeito, HELY LOPES MEIRELLES e MARÇAL JUSTEN FILHO.

O primeiro (Licitação e Contrato Administrativo, 13ª edição, Malheiros Editores, p.193) leciona:

“A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem raiz constitucional. A Constituição anterior, ao cuidar da concessão de serviço público, estabelecia que as tarifas deveriam assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Art. 167,II). Todavia a Carta de 1988 expressamente a estendeu a todos os contratos administrativos, no Art.37,XXI, quando determina a obrigatoriedade de serem “mantidas as condições efetivas da proposta”.

Portanto, é a partir da proposta apresentada pelo contratado que se inicia a proteção à equação econômico-financeira do contrato.”

O segundo (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, ed. Dialética, pp 554/555) escreve:

“O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como “deveres jurídicos” propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; o prazo para pagamento, etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazo e forma de pagamento.” (p.554)

“A equação econômico-financeira se delineia a partir da elaboração do ato convocatório. Porem, a equação se firma no instante em que a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida pelo Direito.” (p.554)

“Na vigência da Constituição anterior, existia expressa proteção ao equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Mesmo na ausência dispositivo constitucional explícito genérico, reputava-se que a tutela à equação econômico-financeira da contratação estava albergada de modo implícito na Constituição. A Constituição de 1988 expressamente aludiu à obrigatoriedade de serem “mantidas as condições efetivas da proposta” (Art. 37, inc.XXI.” (p.555)

E conclui;

“Portanto, quaisquer ônus a serem suportados, por ato do Contratante (ente público) ou não, deverá resultar no re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo como fundamento disposição constitucional.”

Arremata bem o ilustre LEON FREJDA SZKLARDWSKY, in artigo intitulado “Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos”, publicado na Revista Jurídica CONSULEX, nº 13, Janeiro/1998; que a restauração do equilíbrio da equação econômico-financeira “não se trata de mera faculdade, como poderia parecer em singela análise, e sim de direito inalienável da Contratada”.

E mais;

Como bem coloca o douto WÁLTENO MARQUES DA SILVA, artigo “Incidência do Acordo Coletivo de Trabalho na contratação dos serviços de natureza contínua na Administração Pública e a garantia de manutenção das condições das propostas, vista sob o prisma do comando do inciso XXI do Art. 37, da Constituição Federal”, publicado na Revista Licitações & Contratos L & C – Revista de Direito da Administração Pública, nº 75 – Editora CONSULEX – Setembro/2004; NÃO PODEMOS CONFUNDIR REPACTUAÇÃO, REAJUSTE E RE-EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO; são distintos os seus conceitos e cada um deles encontra pressupostos e base legal em pontos diversos e específicos do ordenamento pátrio.

A legislação que trata de reajuste e repactuação, estas sim com periodicidade mínima, não é pertinente aos casos em que o re-equilíbrio pretendido é meramente econômico, decorrente de fato PREVISÍVEL ou IMPREVISÍVEL, porém de conseqüências claras e gritantes à execução do contrato.

O REAJUSTE, de periodicidade mínima de 01 (um) ano, tem por pressuposto a ocorrência de desvalorização do poder de compra da moeda durante o período de execução do contrato, visando neutralizar seus efeitos, ainda que de pouca monta nos dias de hoje tendo em vista a estabilização econômica; encontrando amparo legal nas disposições do Decreto nº 1054, de 07.02.94 (Art.2º), e nas Lei nº 10.192, de 14.02.01 (Art.2º) e 8.666/93 (Art. 40, inciso XI).

A REPACTUAÇÃO, também de periodicidade mínima de 01 (um) ano, tem por pressuposto a ocorrência de mutação dos custos contemplados nas planilhas dos serviços propostos em razão das elevações do mercado, durante o período de execução do contrato, visando a adequação aos novos preços de mercado; encontrando amparo legal nas disposições do Art. 5º do Decreto nº 2271, de 07.07.97.

O RE-EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO ou REVISÃO CONTRATUAL, sem periodicidade definida e independentemente de previsão no edital ou contrato, que tem por pressuposto a ocorrência de fatos imputáveis à Administração ou de eventos a ela estranhos, previsíveis ou imprevisíveis, mas de conseqüências tais que provoca o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, e que visa garantir a manutenção das condições efetivas da proposta, encontrando amparo legal nas disposições dos Arts. 57, §1º; 58, I,§§ 1º e 2º; e 65,II,”d”, e §6º, da Lei 8.666/93.

Vale aqui, como o preclaro autor, transcrever as palavras do ilustre MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit.; litteris:

“A alínea “d” admitiu expressamente o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato mesmo quando a ruptura derivar de “eventos previsíveis”; desde que “imprevisíveis” sejam suas decorrências. A amplitude da redação consagrada abrange as diversas manifestações de caso fortuito e força maior, na mais ampla extensão adotada para tais institutos pela doutrina e pela jurisprudência.

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial será modificada. (...)

Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração.(...)”

De forma que, concluímos, manifestando o entendimento de que ocorrendo fato inquestionável, não imputáveis à Contratada, como a variação dos preços dos insumos necessários à execução do contrato; aumento salarial decorrente de Acordo Coletivo de Trabalho, etc., de impacto retardador ou impossibilitador da execução do contrato na forma como foi ajustado, a recomposição dos custos visando a restauração do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste firmado é medida que se impõe; tenham sido os mesmos previsíveis ou imprevisíveis no momento da contratação.

REFERÊNCIAS

HELY LOPES MEIRELLES, in “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 18ª edição, São Paulo.

MARÇAL JUSTEN FILHO, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética Editora, São Paulo, 1998, 5ª edição.

LEON FREJDA SZKLARDWSKY, in artigo intitulado “Alteração Unilateral dos Contratos Administrativos”, publicado na Revista Jurídica CONSULEX, nº 13, Janeiro/1998.

Revista “Licitações e Contratos – Orientações Básicas”, 3ª edição, Brasília, 2006, EDITADA PELO PRÓPRIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Acórdão 297/2005 Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU.

WÁLTENO MARQUES DA SILVA, artigo “Incidência do Acordo Coletivo de Trabalho na contratação dos serviços de natureza contínua na Administração Pública e a garantia de manutenção das condições das propostas, vista sob o prisma do comando do inciso XXI do Art. 37, da Constituição Federal”, publicado na Revista Licitações & Contratos L & C – Revista de Direito da Administração Pública, nº 75 – Editora CONSULEX – Setembro/2004.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**12 DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA OU DA
PERSONALIDADE JURÍDICA DE FABRICANTE,
EM SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE
FISCAL, QUE SUPOSTAMENTE PARTICIPA
DE LICITAÇÕES POR MEIO DE INTERPOSTA
REVENDEDORA COM SITUAÇÃO REGULAR**

**JOSE CARLOS IMBRIANI
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*MANIFESTAÇÃO APRESENTADA EM CONTRAPOSIÇÃO A
PARECER DO PROF. DR. ADILSON ABREU DALLARI
DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA OU DA PERSONALIDADE JURÍDICA
PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES POR MEIO DE INTERPOSTA
PESSOA JURÍDICA COM SITUAÇÃO REGULAR*

12.1 INTRODUÇÃO

Trata-se de adaptação de arrazoadado jurídico, desenvolvido para ser anexado em Representação formulada por empresa interessada em excluir concorrente de certames licitatórios, fundamentada em escrito lapidado por um jurista emérito.

12.2 EXAME DO PARECER ELABORADO PELO ILUSTRE PROFESSOR DOUTOR ADILSON ABREU DALLARI

O sagaz articulado da lavra do renomado Mestre contém, em síntese, as seguintes avaliações e proposições:

- Para participar de licitações, a empresa tem de apresentar regularidade fiscal, razão pela qual não pode estar em débito com suas obrigações tributárias, previdenciárias ou fundiárias;
- Da mesma forma, não pode participar de certames por intermédio de interposta pessoa jurídica, com situação regular, que classifica como “empresa de fachada”, o que se constituiria em burla às exigências legais;
- Assim, é defesa a participação em licitações de empresa fabricante nacional, inadimplente com suas obrigações legais, por meio de interposta pessoa jurídica regular (revendedor ou representante comercial);
- A Entidade que promove a licitação tem a obrigação de se declarar impedida de obter produtos ou serviços por essa forma, razão pela qual tem o dever de promover a

desconsideração da personalidade, ou da pessoa jurídica, da empresa participante (revendedora ou representante), para considerar como efetiva licitante aquela que intenta evadir-se da lei (fabricante), em face do que compete-lhe inabilitar a empresa que estiver atuando em conluio, e concorrendo para a fraude (revendedora ou representante);

- Podem ser imputadas à Entidade que promove o certame, e admite essa ação dolosa, cumulativamente, todas as penalidades previstas na Lei de Licitações, no Código Penal e na Lei de Improbidade Administrativa;
- A Administração não pode permitir que se pratique esse tipo de logro ou artifício, visando obter o menor preço.

12.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Parecer não esclarece, mas, ao que tudo indica, a fabricante, a que ele intenta se referir, certamente, não é outra senão uma empresa que produz tornos e apresenta situação de irregularidade fiscal.

Seguindo esse mesmo raciocínio, a revendedora, ou representante comercial, mencionada no Parecer, ao que se deduz, é uma empresa que é distribuidora exclusiva no Brasil de duas marcas, tem sido sagrada vencedora nas mais recentes licitações para aquisições de tornos, desenvolvidas pelo SENAI-SP, e seria a indigitada “empresa de fachada”, cuja personalidade jurídica a sua cliente quer ver desconsiderada.

Em vista de tudo o que, até aqui, se expôs, é mister concluir que, como não obteve êxito, em tentativas anteriores, no sentido de inabilitar, desclassificar ou suspender a participação de suas concorrentes, em processos licitatórios promovidos pelo SENAI-SP, essa participante planeja, agora, alijá-las de vez.

Para alcance desse objetivo, resolveu utilizar-se de argumento que consiste em afirmar que aquela fabricante estaria integrando a disputa por vias indiretas, ou seja, por intermédio de sua revendedora, que seria uma “empresa de fachada” e estaria atuando, em fraude à lei, para dar cobertura à outra, impedida de licitar e contratar.

Por essa razão, a seu ver, impõe-se que a Administração, no caso o SENAI-SP, promova a desconsideração da pessoa jurídica, ou da personalidade jurídica, como a Doutrina costuma nominar, da empresa revendedora, para considerar a própria fabricante como a verdadeira participante do certame e, nesse diapasão, inabilitá-la, posto que, a sua situação de irregularidade fiscal não permite que ela figure entre as demais concorrentes, legalmente habilitadas à disputa, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

12.4 AS LIÇÕES DA DOCTRINA

Segundo ensinamentos de Alexandre Couto Silva, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica também é conhecida por “teoria da penetração”, “disregard of legal entity”, “disregard of corporate entity”, “lifting the corporate veil”, “piercing the corporate veil”, “cracking open the corporate shell”, “superamento della personalità giuridica” (no direito italiano), ou até mesmo “Durchgriff der juristischen Person” (no direito alemão) e “teoria de la penetracion” ou “desestimación de la personalidad” (no direito argentino).

Não vacilam os tratadistas do tema em afirmar estar a origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em países componentes do sistema designado como da “common law”, notadamente Estados Unidos da América e Inglaterra.

No Brasil, Rubens Requião é tido como pioneiro no trato do tema. Seu trabalho denominado “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, publicado em 1969 pela Editora Revista dos Tribunais, parece ser o primeiro texto nacional a cuidar sistematicamente da matéria.

Via de regra, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada em Juízo, quando, por exemplo, uma empresa não possui bens penhoráveis, ou é encerrada ao arrepio da lei ou do contrato, hipótese em que o Juiz, desconsiderando a personalidade jurídica dessa mesma empresa, faz com que os bens de seus sócios respondam pela dívida por ela contraída e que está sendo judicialmente executada.

Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica é o meio pelo qual se torna ineficaz, para o caso concreto, a personificação societária, atribuindo-se ao sócio, ou à sociedade, condutas que seriam imputadas apenas à sociedade, ou ao sócio, de per si, não fosse essa superação dos atributos da personalidade jurídica, entre os quais se encontra a separação dos patrimônios dos sócios e da sociedade.

Visa a desconsideração da personalidade jurídica, portanto, conforme conclui Alexandre Couto Silva, negar o absolutismo do direito da personalidade jurídica, para superar a distinção entre as personalidades dos sócios e da sociedade, atingir a personalidade dos sócios e questionar atos da sociedade.

Com a desconsideração, passa a personalidade jurídica a ser um direito relativo. Ao Juiz é permitido superá-la, coibindo os abusos ou impedindo a fraude por meio de sua aplicação.

12.5 APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

Retornando à questão “sub examine”, relativa à hipótese levantada pelo Prof. Dallari, a pedido de sua cliente, a nosso ver, não pode o SENAI-SP, “sponte sua”, de ofício, tomar a iniciativa de promover a desconsideração da personalidade jurídica da empresa revendedora e, em consequência, considerá-la inabilitada a participar de certames realizados pela Entidade.

Até porque, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa foi transcrita pelo próprio Prof. Dallari em seu Parecer, nota-se que na circunstância em que foi julgada possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, houve constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a **outra** declarada inidônea para licitar com a Administração Pública, razão pela qual entendeu-se que, pela utilização desse instituto de direito (desconsideração), os efeitos da sanção administrativa poderiam ser estendidos à nova sociedade, que foi criada com o objetivo de burlar a pena que havia sido imposta à **outra**, que havia sido impedida de contratar.

Ocorre, no entanto, que, no caso, a fabricante e a distribuidora têm objetivos sociais diversos, posto que, uma é produtora de máquinas-ferramenta, enquanto a outra é comerciante (revendedora ou representante comercial), sem contar o fato de que elas têm sede em cidades diferentes.

Além disso, a fabricante é uma sociedade anônima fechada, constituída em 03/agosto/1966, ao passo que a revendedora é uma sociedade empresária limitada, aberta em 23/outubro/1997, devendo ser também ressaltado que elas têm diferentes administradores, bem como que seus quadros acionário e societário são compostos por distintas pessoas físicas.

A relação entre ambas rege-se por um Contrato de Distribuição Comercial de 20/10/98, registrado em 17/12/98, em Ofício de RTD de São Paulo-SP.

O fato da fabricante apresentar situação de irregularidade fiscal, por si só, não significa que haja entre elas um conluio fraudulento, ou que uma seja “empresa de fachada” da outra, e, muito menos, que esteja havendo participação em licitações, mediante o artifício da interposição de pessoa jurídica regular – que seria a revendedora – simplesmente porque uma é distribuidora dos produtos que a outra fabrica, o que é perfeitamente normal e ocorre com bastante frequência no mercado.

12.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS

Face a essa situação, não pode o SENAI-SP, a seu talante, sem qualquer fundamento fático-probatório, agir irresponsavelmente e promover a desconsideração da personalidade jurídica da revendedora, impedindo-a de participar de certames, até porque ela tem apresentado as propostas mais vantajosas e a Entidade tem que zelar pela manutenção do caráter competitivo da disputa (artigo 2º, do Regulamento de Licitações e Contratos da Casa).

Nessa ordem de idéias, tem-se que compete à Representante (cliente do Prof. Dallari) a tarefa de provar suas alegações, demonstrando que a fabricante, inadimplente com suas obrigações legais, estaria participando de licitações desenvolvidas pelo SENAI-SP, por meio de interposta pessoa jurídica regular, que seria a distribuidora.

Continuando nessa veia de análise, se no transcorrer de um futuro procedimento licitatório, a Representante, na qualidade de participante, vier a alegar, e, sobretudo, **provar**, que a fabricante e a distribuidora estejam agindo em coligação, em decorrência de um ajuste maléfico, ou que, em sentido figurado, uma esteja servindo de “fachada” para a outra, de forma a dar cobertura a uma fraude à lei, aí sim poderia haver a inabilitação da revendedora, para observância dos princípios básicos da legalidade, moralidade, igualdade e probidade.

Porém, é necessário que haja demonstração cabal da existência de fraude, de conluio, de comportamento violador da legalidade, da isonomia, da moralidade e da livre concorrência, permitindo-se o contraditório, garantindo-se à indigitada revendedora ampla defesa, e possibilitando-se a ambas a produção de provas.

Esta foi a tese que defendemos e submetemos à consideração da Administração, para análise e deliberação.

São Paulo, 7 de agosto de 2007.

José Carlos Imbriani

Advogado

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**13 ART. 475 J DO CPC VERSUS
INTIMAÇÃO DO DEVEDOR**

**MÁRCIO BRUNO SOUZA ELIAS E SYLVIA LORENA DE SOUZA (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO NACIONAL**

13.1 INTRODUÇÃO

Em decorrência da Lei n. 11.232/2005, publicada em 22 de dezembro de 2005, as discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca das inovações trazidas ainda não se uniformizaram. Dentre elas, destaca-se a questão concernente à intimação pessoal do réu para o cumprimento voluntário da sentença que condene ao pagamento de quantia (Artigo 475-J do CPC), que será objeto deste Trabalho Jurídico.

Após analisar posições contrapostas ante a necessidade ou não de se intimar o réu para cumprir a sentença voluntariamente, serão suscitadas considerações no sentido de se reconhecer argumentos favoráveis à necessidade de sua intimação pessoal.

A reforma do Código de Processo Civil, através da Lei nº. 11.232/2005, trouxe significativa modificação na execução da sentença condenatória por quantia certa. A alteração não alcançou todos os títulos executivos, pois, quanto aos extrajudiciais, aplicam-se as disposições do Livro II – Do Processo de Execução do Código de Processo Civil (arts. 566 a 795), sejam obrigações de pagar quantia, fazer, não fazer ou entrega de coisa.

No que se refere aos títulos judiciais que determinam o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, obedecerão aos ditames dos artigos 461 e 461-A do CPC, e os que se referem à pagamento de quantia certa aplicam-se os artigos 475-I a 475-R, principalmente o art. 475-J – aplicabilidade da multa processual no caso de não cumprimento da sentença.

A modificação promovida no CPC visou dar celeridade ao processo de execução, que agora é processado imediatamente após o trânsito em julgado da ação de conhecimento, com aproveitamento da citação operada nesta ação.

A Lei nº. 11.232/05 não dispõe expressamente o momento processual em que se efetua a intimação do devedor para pagar a condenação, após o trânsito em julgado. Este é o objeto do presente trabalho. Eis a redação do *caput* do Art. 475-J do CPC:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

Em atenção ao artigo acima transcrito, Alexandre Freitas Câmara ensina que “*o termo a quo deve ser a intimação pessoal do demandado para pagar*”¹, ou seja, a partir do momento da

1 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 467-468.

produção de efeitos da sentença o juiz intima pessoalmente o devedor para pagar o valor indicado na sentença, no prazo de quinze dias, sob pena de multa.

Humberto Theodoro Júnior na mesma linha de aponta que “*tem o devedor que tomar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna exequível*”².

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que “*o devedor deve ser intimado para que, no prazo de quinze dias a contar da efetiva intimação, cumpra o julgado e efetue o pagamento da quantia devida. A intimação do devedor deve ser feita na pessoa de seu advogado, que é o modo determinado pela Reforma da L 11232/05 para a comunicação do devedor na liquidação de sentença e na execução para cumprimento da sentença*”³.

Vicente de Paula Ataíde Junior diverge por “acreditar que da simples ciência do trânsito em julgado, inclusive pelo próprio advogado do devedor (art. 475-J §1º do CPC), comprovada por qualquer meio, passará a correr o prazo de quinze dias (...), no caso de sentença líquida, ou pela intimação da decisão de liquidação por arbitramento ou por artigos”⁴.

Ainda nesse sentido e através de uma interpretação sistemática, pode-se afirmar que a Lei nº. 11232, de 22 de dezembro de 2005, inspirou-se na **Lei nº. 9099, de 26 de setembro de 1995**, segundo a qual:

“...Art. 52

IV – não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação”.

No campo dos Juizados Especiais Cíveis - Enunciado nº. 06 do V Encontro dos juízes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, publicado no Aviso TJ-RJ nº. 16/2003 - “a execução por título judicial prescinde de citação, expedindo-se, desde logo, mandado de penhora”.

O Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) em razão da Lei em comento, editou vários Enunciados:

Enunciado 97. O artigo 475-J do CPC – Lei 11.232/05 – aplica-se aos Juizados Especiais, ainda que o valor da multa somado ao da execução ultrapasse o valor de 40 salários mínimos.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51

3 NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição

4 ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Cumprindo a sentença de acordo com a Lei nº 11.232/2005. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1111, 17 jul. 2006.

Enunciado 105. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, não o efetue no prazo de quinze dias, contados do trânsito em julgado, independentemente de nova intimação, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento).

Enunciado 106. Havendo dificuldade de pagamento direto ao credor, ou resistência deste, o devedor, a fim de evitar a multa de 10%, deverá efetuar depósito perante o juízo singular de origem, ainda que os autos estejam na instância recursal.

Aplicando este mesmo raciocínio ao art. 475-J do CPC, é possível extrair que não havendo quitação no prazo de quinze dias iniciado no momento em que a sentença se tornou exequível, é cabível sua execução mediante requerimento do credor e expedição do mandado de penhora.

Analizadas as posições antagônicas acerca do tema, confirmam-se, nesse sentido, trechos extraídos de decisões proferidas pelos Tribunais do país:

“Com efeito, ao menos a princípio, tem-se como razoável e plausível a tese da necessidade de intimação pessoal da devedora para pagamento do valor devido, antes da aplicação da multa de 10% prevista no novel artigo 475-J do CPC. Isso, não só pelas evidentes razões de natureza prática (já que o pagamento é ato material e pessoal do devedor), mas ainda em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários.” (AGI nº 2006.00.2.011393-4, Relator Des. João Batista Teixeira)

“...vislumbro que eventual cumprimento do comando da decisão singular poderá ocasionar lesão de difícil e incerta reparação ao devedor, ora Agravante, posto que de acordo com a novel disposição do artigo 475, com a inserção do artigo 475-J, deve se dar, primeiramente, a intimação do devedor, através do seu advogado para que possa dar cumprimento à obrigação.” (AGI nº 2006.00.2.08247-2, Relator Des. Asdrúbal Nascimento Lima)

O Eg. TJRS já teve oportunidade de apreciar a questão, sendo controvertido o tema naquela Corte, pois enquanto a 18ª Câmara Cível entende ser necessária a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença, a 9ª Câmara Cível sufraga entendimento de que a intimação é dispensável, como se vê dos seguintes julgados:

“EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE COBRANÇA. ASTREINTE. ART. 475-J DO CPC. INCIDÊNCIA. TERMO A QUO. INTIMAÇÃO PESSOAL. A incidência da multa cominada pelo art. 475-J do CPC somente pode ser computada a partir da intimação pessoal do devedor para cum-

primento da sentença, já que este é quem arcará, em última instância, com os pesados ônus decorrentes de seu inadimplemento, tornando impositiva a certeza inequívoca da ciência dos termos da ordem judicial. Doutrina e jurisprudência. RECURSO PROVIDO DE PLANO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR.” (Agravo de Instrumento Nº 70017768607, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 23/11/2006)”

“EMENTA: REQUERIMENTO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. PROCEDIMENTO. MANIFESTAÇÃO DO DEVEDOR. Consoante a nova sistemática do CPC, prevista no art. 475-J, e seus parágrafos, o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, terá 15 dias para efetuar o pagamento. Não efetuando, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10%. Isto ocorre independentemente de intimação do devedor para pagamento, fluindo o prazo da intimação da publicação da sentença. Não realizado o pagamento, e havendo requerimento do credor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Lavrado o auto, será intimado o devedor para querendo oferecer impugnação. Como se vê, não há espaço para manifestações do devedor acerca do seu interesse ou não de pagar ou para falar acerca do requerimento do réu para dar início à execução. AGRAVO PROVIDO DE PLANO” (Agravo de Instrumento Nº 70017229691, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 13/10/2006)”

Contudo, o pronunciamento - dos Tribunais Superiores - resolverá a controvérsia acerca da matéria, ao passo que do ponto de vista dos autores a intimação do devedor deve ocorrer pessoalmente, em atenção ao devido processo legal substancial e ao princípio da segurança jurídica, pois terá conhecimento de que o processo encontra-se aguardando o cumprimento da sentença, e que em caso de descumprimento será acrescida à condenação multa de 10%.

13.2 CONCLUSÃO

Em conclusão, a Lei 11.232/05 deve ser interpretada em conformidade com Poder Constituinte Reformador que expressamente reconheceu como direito fundamental a todos, no âmbito judicial e administrativo, a celeridade e efetividade do processo (inciso LXXVIII, do Art. 5º da Constituição Federal).

Contudo, o ato de cumprimento voluntário da sentença deve se ater aos princípios do devido processo legal formal e substancial, assegurando às partes segurança jurídica, na medida em que a intimação do devedor deve ocorrer para que cumpra a norma específica, criada pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Cumprindo a sentença de acordo com a Lei nº 11.232/2005. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1111, 17 jul. 2006;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição;

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**14 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS
ENQUANTO INSTRUMENTOS
REALIZADORES DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

**MARCO ANTÔNIO GUIMARÃES
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO PARANÁ**

14.1 INTRODUÇÃO

Não obstante os relevantes serviços prestados pelos serviços sociais autônomos aos trabalhadores e respectivos setores produtivos, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei e de emenda constitucional que propõem a extinção ou redução das contribuições compulsórias que lhes conferem sustentabilidade¹.

Tais contribuições, de caráter parafiscal, percebidas das empresas e recolhidas na folha de pagamento de seus empregados, estão expressamente previstas no artigo 240 da Constituição Federal.

Com efeito, os projetos que retiram o caráter compulsório da contribuição praticamente inviabilizam a sustentação e o funcionamento deste sistema, em que pese os esforços realizados na última década para sua auto-sustentabilidade². Por sua vez, os projetos que reduzem ou repartem a contribuição terão reflexos diretos nos serviços que as entidades prestam às categorias econômicas e profissionais que lhes são beneficiárias, que deixarão de ser ofertados ou serão reduzidos.

Neste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar que os serviços sociais autônomos são instrumentos à realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, e do próprio Estado Democrático de Direito. E que, portanto, toda e qualquer alteração constitucional e legislativa, que possa reduzir a eficácia de suas ações, estará eivada de inconstitucionalidade, na medida em que além dos limites materiais atinentes à reforma constitucional dos direitos fundamentais, a ordem constitucional veda o retrocesso social.

14.2 DA NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Os serviços sociais autônomos, também denominados pela doutrina de entidades paraestatais, são pessoas jurídicas de direito privado, criados por lei, com o escopo de promover as necessidades de determinadas categorias profissionais e econômicas, relativamente à assistência social e à formação educacional.

1 Ver PEC 24/05; PEC 298/04; PLS 274/03; PLS 393/07; PL 626/07.11

2 A respeito da busca pela auto-sustentabilidade dos serviços sociais autônomos, entende-se que esta não deve considerar, tão-somente, a possibilidade de redução ou extinção das contribuições parafiscais que lhes garantem financiamento, mas, principalmente, a imperiosidade do aumento de sua capacidade econômica. Isto porque, quanto maior a capacidade econômica das entidades, melhor será para a população, uma vez que os seus serviços poderão ser ampliados e diversificados, de modo que atenderão, de forma mais abrangente, com a eficiência que lhe é peculiar, os fins para os quais foram criados.

Estas entidades são reflexo da tentativa de implantação, no País, do *Welfare State*, após o segundo pós-guerra.

Naquela oportunidade buscava-se a pacificação social e a solidariedade entre as classes, através da integração da classe produtora e trabalhadora em entidades alheias a estrutura estatal, frente a insuficiência do Estado na persecução dos objetivos pretendidos.

A respeito, elucida Marçal Justen Filho:

(...) a criação do Sesi baseou-se no reconhecimento da insuficiência do Estado para atingir, por si mesmo, as finalidades de desenvolvimento social e econômico das classes menos favorecidas e de criação de uma solidariedade entre as classes sociais.

A atuação exclusiva do Estado seria inútil. Pretendia-se uma aproximação entre as classes, que somente seria possível por meio da interação direta entre elas. Como somente a classe produtora detinha a organização e os meios (inclusive econômicos) para assumir essa tarefa, coube a ela a iniciativa desta aproximação.³

Em sua gênese, tinham os serviços sociais autônomos a finalidade de prestar atendimentos de educação profissional e assistência às categorias profissionais vinculadas aos setores produtivos responsáveis por sua instituição, enquadrando-se como entidades assistenciais, comuns naquele período histórico.

Hoje, a situação é diversa. Isto, porque, passadas mais de seis décadas da criação dos primeiros serviços sociais autônomos, suas finalidades e meios de atuação adquiriram uma dimensão mais ampla, não obstante os objetivos que constam de seus estatutos próprios sejam preservados.

Neste diapasão, tem-se que, em última análise, cumpre aos serviços sociais autônomos contribuir para a melhoria do País em seu conjunto institucional, atuando como órgãos de fomento social, consoante bem elucida Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Os serviços sociais autônomos já tiveram sua justificação fundada no dever assistencial genérico do Estado. Hoje, mais do que uma atividade meramente assistencial, eles se justificam como atividades de fomento público, em que o Estado intenta promover e desenvolver uma plena aptidão, técnica, física ou mental do homem para progredir no trabalho.⁴

³ Parecer elaborado a pedido do Sesi/PR, versando sobre a contratação direta por dispensa de licitação de acordo com o regulamento de licitações e contratos do Sesi. Curitiba, outubro de 2006.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos*. Brasília : Sebrae, 1997, p. 25.

O escólio de Marçal Justen Filho confirma a assertiva supra:

A atuação do SESI é localizada (em relação aos trabalhadores da indústria), mas visa à elevação geral da qualidade de vida, utilizada a expressão com a abrangência crescente que vem recebendo. A qualidade de vida não se relaciona apenas às condições diretas de sobrevivência, mas compreende indicadores relacionados na dimensão social e cultural.

Isto significa atribuir ao SESI a competência para buscar a elevação geral da qualidade de vida – inclusive a dos trabalhadores da indústria – também por meio de ações que não tenham referibilidade (apenas indireta) aos industriários. Iniciativas que conduzam à estabilidade econômica, ao aumento da oferta de empregos, à ampliação da remuneração dos trabalhadores, à elevação da qualidade dos serviços públicos (habitação, saneamento, transportes – todos benefícios in natura ofertados pelo Estado) são intimamente ligadas a tais finalidades postas sob a guarda do SESI.⁵

Posto isto, conclui-se que os serviços sociais autônomos não podem ser analisados apenas em sua perspectiva individual, mas como uma garantia de cidadania para todos, considerados difusamente, de forma a permitir também o regular desenvolvimento da sociedade.

14.3 DOS OBJETIVOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Os serviços sociais autônomos são criados por lei. São suas normas de criação e regulamentação que definem os seus objetivos, de acordo com as suas áreas de atuação. Os seus interesses estatutários, que norteiam as suas ações, são coincidentes com o interesse público⁶ e com o projeto constitucional de implantação do Estado Democrático de Direito.

Assim, em que pese a criação da maior parte dos serviços sociais autônomos haver ocorrido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, entende-se que os seus escopos institucionais atendem aos valores constitucionalmente juridicizados, inclusive aqueles que

⁵ Parecer elaborado a pedido do SESI/PR, versando sobre a contratação direta por dispensa de licitação de acordo com o regulamento de licitações e contratos do SESI. Curitiba, outubro de 2006.

⁶ A noção de interesse público referida é bem representada pelas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Vale dizer: temo-lo hoje como um conceito jurídico próprio do Direito Administrativo, voltado, não à realização de nebulosos fins do Estado, mas à realização da justiça, na e pela atuação do Estado, que passa a ser entendido, assim, como um administrador de interesses da sociedade, sem tornar, por isso, aquela Disciplina, nem ‘contra’, nem ‘da’ Administração, mas, apenas, um ramo do Direito.” Parecer elaborado a pedido do SESI e SENAI, versando sobre o regime de pessoal dos consulentes. Teresópolis, outubro de 2005.

representam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tendo por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político do Estado.

Partindo-se da premissa estabelecida, afirma-se a estreita simbiose entre os objetivos dos serviços sociais autônomos e os princípios e objetivos fundamentais da República, que exigem a prática de uma ética concreta de valorização do ser humano, pela sociedade e pelo Estado.

14.4 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS ENQUANTO MEIOS À REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Foi abordado no item anterior que os objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito, instaurado com a Constituição Federal de 1988, se relacionam com os objetivos dos serviços sociais autônomos.

A par disto, entende-se que os objetivos do Estado brasileiro e o respeito ao princípio da dignidade humana serão atingidos com a plena efetivação dos direitos fundamentais, sendo os serviços sociais autônomos importantes meios à sua realização. É este o tema a ser abordado no presente tópico.

O texto constitucional de 1988 prevê um título próprio destinado aos seus princípios fundamentais, situado, em razão de sua significativa importância, na parte inaugural da Carta Magna, logo após o seu preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.

Os princípios fundamentais, segundo Ingo Sarlet, têm “a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”⁷, as quais, para o autor, integram junto com os princípios fundamentais, aquilo que se pode chamar “núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”⁸.

Assim, a República Federativa do Brasil tem por fundamentos a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político (art. 1º.), com os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; promover

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 61.

8 Ibid., ibidem.

o bem de todos, sem qualquer discriminação, seja de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3º.), para os quais toda a estrutura estatal, suas atividades e funções estão voltadas.

Dos dispositivos parcialmente transcritos denota-se que o Estado brasileiro atribui ênfase aos princípios fundamentais, que exigem a prática de uma ética concreta do ser humano e do Estado, como o da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito se constrói a partir da pessoa e para servi-la, de modo ser impossível pensar a sua existência sem o respeito à dignidade da pessoa humana que, na lição de José Afonso da Silva, não se configura tão-somente em princípio fundamental pois, “se fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação e do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.”⁹

À luz dessa concepção, considerando que o texto constitucional há de ser compreendido como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido.¹⁰

Veja-se que, além da previsão expressa da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, é certo que o Constituinte trouxe expressa a dignidade da pessoa humana em outros dispositivos constitucionais. O artigo 170 *caput* da Constituição de 1988 estabelece que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Também no Título “Da Ordem Social” a dignidade da pessoa humana é ressaltada como valor fundante do planejamento familiar e da paternidade responsável, conforme estabelecido no artigo 226, § 7º da Constituição. Ainda, o artigo 227, *caput* assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade humana, demonstrando, assim, que a dignidade da pessoa humana irradia-se por toda a Carta constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de pro-

9 SILVA, José Afonso. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, Revista de Direito Administrativo, nº 212, p. 92.661-662.

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

piciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹

Ao referir-se à “qualidade intrínseca e distintiva” por certo o conceito relaciona-se à nota caracterizadora do princípio da dignidade humana que é de gerar ao indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre o seu destino, seus projetos existenciais e felicidade (autodeterminação); estes devem ser respeitados pelo Estado e pela comunidade, limitados e assegurados por um complexo de direitos e deveres fundamentais que lhe garanta ser tratado como sujeito de direito, assim como lhe assegure condições existenciais mínimas que lhe possibilite a evolução enquanto pessoa humana, inclusive no âmbito das relações intersubjetivas, para o alcance de uma vida boa.

Ana Paula de Barcellos afirma que “o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos”, ou seja, para ela “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.¹²

No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.¹³

Destarte, o respeito à dignidade da pessoa humana encontra-se diretamente relacionado com a realização dos direitos fundamentais, onde se incluem os direitos sociais, já que através deles propicia-se o pleno exercício dos direitos de liberdade.

Com efeito, confere a premissa de que os direitos fundamentais constituem, embora com intensidade diferenciada, explicitações da dignidade da pessoa humana. Por via de consequência, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Em suma a dignidade da pessoa humana exige e pressupõe

11 SARLET, I.W., op.cit., p. 60.

12 BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais : o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 110-111.

13 SARLET, I.W., op.cit., p. 84-85.

o reconhecimento dos direitos fundamentais, pois em se negando o seu reconhecimento, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.¹⁴

Destarte, ao valorizar, respeitar e promover a liberdade e os valores do espírito, impedindo, concomitantemente, a intolerância, a exclusão social, a violência, e ao garantir a subsistência física, a saúde, a participação política, a cultura, a educação, o acesso à justiça e à informação, o desenvolvimento nacional, entre tantos outros valores paralelos, a Constituição Federal, através dos direitos fundamentais nela inseridos, busca implementar a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio fundamental da dignidade humana que permeia todo o ordenamento jurídico pátrio, pois que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todas aquelas que o habitam.¹⁵

Isto porque o direito à dignidade humana, que se encontra diretamente relacionado à preservação e realização dos valores juridicizados no texto constitucional, deve se constituir em atenção central do Estado Democrático de Direito, levando em consideração que só assim se efetivará o projeto constitucional, onde as promessas de avanço social são mais do que evidentes.

Assim, não obstante todo o ordenamento jurídico nacional deva ser interpretado pelo viés da dignidade da pessoa humana, como dito, é através da realização dos direitos fundamentais que os valores constitucionalmente protegidos encontram sua maior efetividade.

Desta forma, ao Estado Democrático de Direito brasileiro não cabe apenas garantir os direitos do homem livre e isolado, direito que possui em face do Estado, numa acepção estrita aos direitos de liberdade, próprios do Liberalismo. Cumpre à nação brasileira a proteção dos direitos fundamentais que possibilitem seja a dignidade da pessoa humana respeitada, de modo absoluto, propiciando-lhe condições de desenvolvimento pessoal.¹⁶

Neste sentido leciona Paulo Bonavides:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.

14 SARLET, I.W., op.cit., p. 84.

15 Confira-se também no mesmo sentido: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. p. 98-99.

16 Neste sentido: “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana é imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento, constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado.” (PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, p. 152).

Em função disso, essa dignidade se faz artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do artigo 170, VII e do sobredito art. 3º.¹⁷

Ou seja, o Estado Democrático de Direito não está a exigir tão-somente a garantia dos direitos de liberdade, que normalmente encerram ações negativas do Estado, tão-pouco qualifica os direitos econômicos e sociais como normas diretivas ou programáticas, na verdade exige a sua efetivação. Isto porque são os direitos sociais e econômicos meios para o exercício dos direitos políticos e individuais.

Portanto, cumpre ao Estado brasileiro, na forma delineada pelo texto constitucional, realizar os direitos econômicos e sociais, verdadeiros direitos fundamentais, pois, somente mediante o seu exercício é que se pode alcançar a cidadania plena, ou melhor dizendo, a dignidade da pessoa humana.

A efetivação dos direitos econômicos e sociais ganham evidência e reforço pela instauração de um processo hermenêutico legitimado pelos princípios fundamentais e pelos direitos fundamentais, voltado à sua própria concretização. Com isto resguardam-se os valores juridicizados no texto constitucional, que consubstanciam o aspecto teleológico do Estado Democrático de Direito, e que se confundem com a realização da própria Constituição.

Destarte, não há dúvida de que esta interpretação constitui importante forma de realização dos objetivos perseguidos pela Constituição Federal, que juntamente com as normas, os princípios e a atuação interventiva do Estado, ainda que por delegação, como ocorre no caso dos serviços sociais autônomos, têm o compromisso de efetivação das promessas de modernidade nela contida.

É sob esta ótica de realização dos princípios e direitos fundamentais, e conseqüente respeito à dignidade da pessoa humana, que os serviços sociais autônomos devem ser analisados e interpretados. Isto porque, conforme delineado, Estado, princípios, direitos e garantias fundamentais são elementos imprescindíveis à caracterização do Estado Democrático de Direito, a quem compete, não apenas se abster de praticar atos que violem direitos dos cidadãos, como

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo : Malheiros, p. 642.

também propiciar condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da sua personalidade, como forma de realização da dignidade humana.

Portanto, é através da efetivação dos direitos fundamentais que o caráter instrumental do princípio da dignidade humana se expressa, no sentido de garantir a sua efetividade, pois, de certo modo, os primeiros constituem garantia específica do segundo, da qual, pode-se dizer, são meros desdobramentos.¹⁸

Assim, ao considerar que os serviços sociais autônomos objetivam resguardar o feixe de princípios, direitos e garantias fundamentais balizadoras do Estado Democrático de Direito, mediante a realização de ações focadas nas áreas de educação básica, saúde, lazer e educação profissional, oferecendo aos menos favorecidos meios ao exercício da cidadania plena, está-se diante de evidente instrumento de realização dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, vislumbra-se um ponto comum entre o princípio da dignidade humana, os direitos fundamentais e os serviços sociais autônomos, porquanto os três resguardam valores fundamentais ao ser humano, cabendo tanto ao princípio fundamental da dignidade humana, quando analisado por seu viés instrumental, quanto aos serviços sociais autônomos servirem como meio de implemento e garantia dos direitos fundamentais. São, assim, meios que operam a realização dos direitos fundamentais.

Nesta quadra, os serviços sociais autônomos vêm garantir meios que possibilitem o homem a desenvolver-se para o exercício pleno da cidadania, a fim de que possa decidir sobre o seu próprio destino e o destino da nação, promovendo o exercício dos direitos consagrados na Constituição, especialmente os direitos fundamentais, de tal sorte que constituem, ao mesmo tempo, direitos e garantias de outros direitos.

Veja-se que quando os serviços sociais autônomos prestam serviços educacionais (educação de base), o direito fundamental que se está a promover através da sua atuação é a educação (art. 6º da CF)¹⁹, “visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (art. 205 da CF).

É de se perquirir que sem educação não se garante a autonomia pessoal do indivíduo, de modo que sem ela fica prejudicado o exercício dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*), e o próprio alcance dos objetivos da República.

18 SARLET, I.W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais...*, op.cit., p. 103

19 É necessário reconhecer que existem outros direitos fundamentais, além daqueles previstos na própria Constituição, inclusive alheios ao catálogo exemplificativo dos artigos 5º e 7º, já que o texto constitucional abriga *direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*. (CANOTILHO. Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 380).

O exemplo deixa perceber, com absoluta clareza, a ligação existente entre os serviços sociais autônomos e vários direitos fundamentais, assim como o relevante papel que estas entidades desempenham na realização destes.

De todo o exposto, é inquestionável o relevante papel reservado aos serviços sociais autônomos no que respeita a realização dos direitos fundamentais e, de conseqüência, ao princípio da dignidade humana, pois, é através da sua atuação que se resguardam valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e à base ética da Constituição.

14.5 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Verificou-se, no presente trabalho que os serviços sociais autônomos são instrumentos realizadores dos direitos fundamentais e, por conseqüência, do princípio da dignidade humana.

Outrossim, o que se verá no presente tópico é que além de não ser possível alteração no texto constitucional (art. 240), de forma a suprimir ou reduzir as contribuições compulsórias que conferem sustentação aos serviços sociais autônomos, sob pena de ofensa ao artigo 60, § 4o da Constituição Federal de 1988, também não pode a legislação infraconstitucional, que veio a dar maior efetividade ao direito constitucional fundamental, vir a ser revogada, ou mesmo, restringida, sob pena de ofender o princípio da proibição do retrocesso social.

Ana Paula de Barcellos explica, com propriedade, a eficácia do princípio do não retrocesso ou vedativa do retrocesso:

A vedação do retrocesso é também uma criação doutrinária que diz respeito aos princípios, particularmente aos princípios relacionados aos direitos fundamentais, podendo ser considerada uma derivação ou um aprofundamento do mesmo conceito que define a eficácia negativa (e, portanto, seu ofício desenvolve-se igualmente no plano da validade). Entretanto, ao contrário do que acontece com a eficácia negativa, descrita acima, ainda circula quanto à vedação do retrocesso alguma controvérsia, especialmente no que diz respeito à sua extensão.

A modalidade de eficácia jurídica denominada de vedativa do retrocesso pressupõe logicamente que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados através de normas infraconstitucionais, isto é: os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária. Além disso, pressupõe também, com base no direito constitucional

em vigor, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão.

Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. A idéia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional.²⁰

Ou seja, o que se quer dizer é que as leis que criam ou que permitem a garantia dos serviços sociais autônomos, enquanto integradores e concretizadores dos direitos fundamentais da educação, saúde, entre outros, e portanto, garantindo a realização da dignidade humana, depois de existirem não podem ser revogadas, pois na medida em que vieram implementar ou ampliar a efetivação dos direitos constitucionais, sua revogação implicaria uma inconstitucionalidade, por caracterizar um retrocesso social.

Deste modo, extinguir ou reduzir as contribuições sociais destinadas aos serviços sociais autônomos, e, portanto, extinguir a sua sustentabilidade e efetividade, estaria a retroceder na implementação dos direitos sociais, e, portanto, seria o mesmo que esvaziar o comando constitucional, como se a lei revogadora afrontasse contra este comando diretamente.²¹

Para além disso, é certo que os serviços sociais autônomos têm como finalidade a busca de justiça social, assim como os direitos fundamentais, conforme pautado pelo constituinte originário e eventual norma aniquiladora de justiça social será inconstitucional.²²

Neste sentido, cabe trazer à colação as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao

20 BARCELLOS, A.P., op.cit., p. 68-69.

21 Ibid., p.70

22 Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 327

direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.²³

Apesar do princípio da proibição do retrocesso social não estar previsto expressamente no direito brasileiro, sem dúvida, o está implicitamente no sistema constitucional e em seus princípios, tal como elucida Ingo Sarlet: i) o princípio do Estado democrático e social do direito, na medida em que “impõe um patamar mínimo de segurança jurídica”, o qual por sua vez, “abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas”; ii) o princípio da dignidade da pessoa humana que tem como efeito “a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar”; iii) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, que segundo o autor abrange a “otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica”, o que, portanto, “exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo”; iv) manifestações específicas contra medidas de cunho retroativo, tais como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; v) o “princípio da proteção da confiança” enquanto “respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo”.²⁴ Conclui Sarlet que entender pela não existência do princípio do não retrocesso seria o mesmo que dar poderes ao legislador de desprezar os direitos fundamentais e à própria Constituição, portanto, em “flagrante desprezo à vontade expressa do Constituinte”.²⁵

Assim, criada uma norma infraconstitucional para realizar um direito fundamental, fica vedado ao legislador revogar esta lei, sob pena de abolir ou restringir um direito fundamental consagrado constitucionalmente, sob pena de “invadir o núcleo essencial do direito fundamental”²⁶, o que não é admissível.

Ressalte-se, a despeito da maioria da doutrina nacional aceitar a existência do princípio da proibição do retrocesso social, há aqueles, que, como Vieira de Andrade, entendem não ser tal princípio absoluto, sob pena de limitar a função do legislador a mero executor da Constituição.²⁷ Entretanto, não se pode perder de vista que pensar o contrário seria o mesmo que

23 Cf. CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 449. Ver no mesmo sentido: BARCELLOS, A.P., *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...*, op.cit., p. 68-71.

24 SARLET, I.W. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso D. Albuquerque (Diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, v.6, p. 130.

25 SARLET, I.W., *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica...*, op.cit., p. 130-131.

26 SARLET, I.W., *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica...*, op.cit., p. 132. Confirma-se a posição de Vieira de Andrade a respeito de eventual restrição de direitos fundamentais: “Não pode, desde logo, afectar o conteúdo essencial dos direitos nos termos atrás analisados. Deve, portanto, deixar intocado o limite absoluto constituído pela dignidade humana – não pode ser ilimitada no tempo e (ou, pelo menos) deve prever sempre a possibilidade de o indivíduo optar pelo direito fundamental, suspendendo ou dissolvendo a relação de poder (se esta for voluntária);...” (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 306).

27 Ibid., p. 305.

conferir ao legislador poderes para “criar arbitrariamente ordenamentos especiais para se subtrair ao respeito pelos direitos fundamentais”.²⁸

Ainda assim, deve-se ter em vista que tal princípio não é absoluto, o que não se quer dizer que será admitido o retrocesso social em alguns casos, pois isto iria contra a lógica do sistema constitucional, mas que em alguns casos serão permitidos ajustes, desde que justificados pelos próprios princípios constitucionais, e desde que esse ajuste legislativo não intervenha ou suprima o núcleo do direito fundamental já realizado. Não obstante, independentemente da nomenclatura que se adote, é certo que não se pode olvidar o princípio da máxima eficiência dos direitos fundamentais, o qual não admite restrição a sua eficácia, à medida que este princípio não permite a supressão ou restrição de norma efetivadora de direito fundamental, seja esta norma constitucional ou infraconstitucional.

Sarlet coloca os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da proporcionalidade como parâmetros para eventual relativização do princípio da proibição do retrocesso, além do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, deve-se ter como parâmetro a confiança na manutenção das condições impostas aos serviços sociais autônomos num Estado Democrático de Direito, “comprometido com a realização da justiça social”²⁹ e dos direitos fundamentais³⁰, que se fazem não só pela proteção dos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, mas também, garantindo-se certa proteção para as expectativas de direito, ao garantir-lhes regras de transição razoáveis.

Ainda, é certo que as contribuições compulsórias devidas aos serviços sociais autônomos, previstas no artigo 240 da Constituição Federal justificam-se frente aos serviços que prestam que, como dito, buscam realizar e efetivar os direitos fundamentais e que, portanto, sua eventual supressão do próprio texto constitucional, por via de emenda constitucional, ofenderia o princípio do não retrocesso social. Ou seja, a limitação contida no princípio da proibição do retrocesso social deve-se destinar não só ao legislador quando imbuído dos poderes de legislador ordinário, mas também quando imbuído de poderes de constituinte derivado. Em outros termos, na medida em que se entenda que os serviços sociais autônomos visam a concretizar os direitos fundamentais, é certo que a eventual abolição ou redução das contribuições compulsórias que lhes são destinadas, mesmo por Emenda Constitucional, implicaria violação do princípio da vedação do retrocesso social, além da violação ao artigo 60, IV, da Carta Magna.

Constata-se, pois, que qualquer alteração da legislação infraconstitucional ou mesmo das normas constitucionais que garantem a existência dos serviços sociais autônomos, inclusive as contribuições parafiscais que lhes são direcionadas, à medida que estas entidades realizam,

28 Ibid., ibidem.

29 SARLET, I.W., *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica...*, op.cit., p. 140

30 Vide Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

integram ou ampliam os direitos fundamentais, e que, porventura lhes venham a restringir seu núcleo essencial, será inconstitucional por incidir num retrocesso social, o que não é admitido no Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal de 1988.

14.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por serem os serviços sociais autônomos instrumentos efetivadores do princípio fundamental da dignidade humana e dos direitos fundamentais, qualquer alteração infraconstitucional ou constitucional que venha a extinguir ou reduzir a sua forma custeio, reduzindo-lhes a eficácia, darão azo a grandes prejuízos sociais, o que é vedado pelo princípio da proibição do retrocesso social.

Destarte, os projetos de lei e de emenda constitucional que tramitam no Congresso Nacional, extinguindo ou reduzindo as contribuições sociais que lhes conferem sustentabilidade, são flagrantemente inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Teoria do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros : 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos direitos humanos: relativismo ou universalismo? In: PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos Humanos**. v.1. Curitiba : Juruá, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado a pedido do Sesi/PR. Curitiba : não publicado, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos**. Brasília : Sebrae, 1997.
- _____. Parecer elaborado a pedido do Sesi e do SENAI. Teresópolis : não publicado, 2005.
- PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Portugal-Brasil, 2000. Coimbra : Coimbra Editora, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado Editora : Porto Alegre, 4ª ed., 2006.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **RDA**. Rio de Janeiro, n. 212, abr/jun 1998.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**15 LEI COMPLEMENTAR 123/2006 E AS
LICITAÇÕES PROMOVIDAS PELO SESI E SENAI**

**MARIANA ROCHA URBAN
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO PARANÁ**

15.1 A LEI COMPLEMENTAR 123/2006

No dia 15 de dezembro de 2006, foi publicada a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte¹. Esta norma, expressamente, tem como fim estabelecer normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a estas pequenas empresas, em todas as esferas do Poder Público, conforme se depreende de seu artigo 1º.

Dentre os favorecimentos concedidos às pequenas empresas estão os concernentes ao tratamento tributário privilegiado, à forma diferenciada de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias e, por fim, a que interessa aos fins do presente estudo: a garantia de acesso diferenciado a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão, conforme definido no inc. III de seu art. 1º.

Para instituição deste tratamento jurídico diferenciado, o legislador fundamentou-se nos artigos 170, inc. IX e 179 da Constituição Federal, que visam ao incentivo destas pequenas empresas, mediante a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas, por meio de lei.

Já o fundamento principiológico desta Lei Complementar é o princípio da igualdade. Não apenas a igualdade formal (igualdade na lei), em que a lei prevê de forma genérica e abstrata a obrigatoriedade de tratamento isonômico a todas as empresas. Esta norma veio, na verdade, com o fim de concretizar e garantir às pequenas empresas uma identidade material, substancial (igualdade perante a lei), para assim realizar os objetivos fundamentais da Constituição Federal brasileira.

A Lei Complementar 123/2006 faz com que o Estado passe a atuar positivamente, visando à redução das desigualdades entre as grandes e pequenas empresas. E, como se disse, esta Lei está amparada na Carta Maior que, através de seus artigos 170 e 179, acolheu a transformação do princípio da igualdade: a passagem de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito dinâmico e positivo que, nada mais é, do que a aplicação do conhecido brocardo “tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais”.

Com isso, aplica-se às pequenas empresas uma discriminação positiva, propiciando-lhes um tratamento preferencial, impedindo que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras, funcionem, na prática, como mecanismos perpetuadores das desigualdades.

¹ Para os fins deste trabalho, as microempresas e as empresas de pequeno porte serão tratadas, indistintamente, como “pequenas empresas”.

Em lugar da concepção estática do Princípio Constitucional da Igualdade, extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal, recomenda, inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se, assim, o aprofundamento e a perpetuação das desigualdades engendradas pela própria sociedade.²

Através da Lei Complementar 123/2006, o Estado promoveu um conjunto de estratégias chamadas “Ações Afirmativas”, concedendo às pequenas empresas o direito a certos privilégios, para que passem a integrar o mercado em condições de igualdade com as empresas de grande porte.

15.2 DAS NOVAS REGRAS DE LICITAÇÃO CONTIDAS NA LC 123/2006

Conforme se extrai do comando contido no inc. III, do art. 1º da LC 123/2006, restou assegurado o direito de as pequenas empresas não sofrerem desvantagens, pelo menos na competição de um benefício público. Com isso, em seu Capítulo V – “Do Acesso aos Mercados”, na Seção que trata das “Aquisições Públicas”, foram editados os artigos 42 a 49, que garantem tratamento diferenciado às pequenas empresas nas licitações públicas, *in verbis*:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regulari-

² Trecho extraído do texto publicado por: ANGELOTTI, Daniela R. Valentin e AZEVEDO, Marcos de. **Da igualdade jurídica formal e igualdade real na sociedade**. Encontro Nacional dos Procuradores do Estado. Natal. 2006.

zação da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

Parágrafo único. A cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido, subsidiariamente, pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial, tendo como lastro o empenho do poder público, cabendo ao Poder Executivo sua regulamentação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei Complementar.

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em síntese, os referidos artigos vêm a assegurar-lhes os seguintes benefícios: possibilidade de participação em licitações mesmo que em situação irregular junto ao Fisco, cuja regularização se fará necessária, apenas, para efeitos de assinatura do contrato; direito de preferência na contratação diante da ocorrência de um “empate ficto”, que é, pela norma, aquele ocorrido entre propostas apresentadas por pequenas empresas de valores iguais ou até 10% superiores ao da proposta de menor preço nas licitações comuns, quando esta não for caracterizada como microempresa ou empresa de pequeno porte, e de valores iguais ou até 5% superiores à proposta de menor preço no pregão presencial ou eletrônico.

Prevê, ainda, a criação de cédula de crédito microempresarial – cuja matéria ainda será regulamentada-, a possibilidade de licitação exclusiva para pequenas empresas, até o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a possibilidade de subcontratação e a possibilidade de atribuição de cota de até 25% em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Diante dessas considerações e dessas novas regras, pergunta-se se tais preceitos devem ser aplicados pelo Sesi e Senai, na qualidade de entidades promotoras de certames licitatórios. Há, com relação ao assunto, divergências doutrinárias.

15.3 DA INAPLICABILIDADE DA LEI 8.666/93 AO SESI E AO SENAI

O SESI e o SENAI são definidos, juridicamente, como “Serviços Sociais Autônomos”, integrantes do “Sistema “S””. Isso significa que são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desempenham funções de natureza pública, no interesse das categorias profissionais.

Não é cabível conceituar tais entidades como componentes da “Administração Pública”, já que não são imediatamente submetidas a qualquer forma de controle político ou hierárquico da Administração. Porém, a natureza dos recursos que auferem (mediante contribuições de natureza tributária – parafiscais e dotações orçamentárias) não permite que seja incluída totalmente no regime de direito privado.

São entes que trabalham em cooperação com o Poder Público, sob seu amparo, fomentando nos setores atividades e serviços que lhe são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários.

Considerando a natureza pública das verbas que auferem, devem tais entidades buscar aplicá-las do modo mais vantajoso. Assim, ao verificarem a necessidade de contratação para fornecimento de bens ou prestação de serviços/obras, devem buscar abranger um número máximo de interessados para a “venda” de seus produtos/serviços, a fim de garantir uma melhor qualidade a um menor custo.

Para legitimar esses fins, não podem tais entidades contratar diretamente com qualquer empresa, sem respeitar um anterior procedimento formal e burocrático denominado “licitação” (seqüência de atos previamente estipulados na legislação). Em última análise, busca a licitação a seleção da proposta mais vantajosa para os fins almejados, bem como assegurar ampla competitividade entre empresas que atuem no setor do objeto licitado. Neste sentido, José Anacleto Abduch Santos³:

(...) o princípio licitatório é um dos princípios a serem observados e ao qual está subordinada a conduta dos entes privados em certas situações que envolvem a gestão de recursos públicos. Ainda que se reconheça que a norma contida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal tem por destinatário original a Administração Pública, parece evidente que a dinâmica instituída pelas novas formas de persecução do interesse público e de gestão de recursos públicos, mediante atuação de particulares, clama por estender normas concernentes ao regime jurídico-administrativo à conduta das pessoas privadas.

³ Santos, José Anacleto Abduch. **Licitação e Terceiro Setor**. In: *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Coord. Gustavo Justino de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 296.

Desta feita, é de se buscar sempre, ainda que por ação intermédia de particulares, a proposta mais vantajosa e assegurar a observância do princípio da isonomia sempre que a conduta envolver gestão de recursos públicos. (...)

Entendeu o Tribunal de Contas da União (órgão pelo qual essas entidades são fiscalizadas) que, embora as entidades do Sistema “S” tenham o dever de licitar, não se submetem aos termos da Lei Federal 8.666/93, já que o artigo 1º, parágrafo único deste diploma legal não as prevê em seu rol taxativo de pessoas que lhe devem obediência.

Com base nisso é que, a partir da decisão nº 907/97 o TCU firmou o entendimento de que “os Serviços Sociais Autônomos não se subordinam aos estritos termos da Lei 8.666/93, e sim aos Regulamentos próprios⁴”

Para disciplinar o regime de licitações e contratações destes entes, foram editados “Regulamentos” próprios, com regras simplificadas, devidamente aprovadas pelo TCU. Para as licitações e contratações do SESI e SENAI está atualmente vigente o Regulamento 01/2006, publicado no Diário Oficial da União de 24/02/2006.

Além dos dispositivos constantes no mencionado Regulamento, as entidades se submetem diretamente a todas as normas constitucionais, nelas incluídos as regras e os princípios atinentes à matéria, considerando ser a Norma Máxima dentro da hierarquia de nosso ordenamento jurídico, de acordo com a Decisão nº 249/98, cujo teor é o seguinte:

“Os órgãos sociais autônomos não estão sujeitos à Lei 8666/93, mas aos seus regulamentos próprios, que devem estar em perfeita consonância com os princípios consignados no art. 37 da Constituição Federal”.⁵

Portanto, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União, aplicam-se ao SESI e ao SENAI os seus Regulamentos próprios e os princípios fundamentais da atividade administrativa.

Considerando inexistir nos Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI/SENAI qualquer obrigação referente ao atendimento de privilégios de pequenas empresas, existem posicionamentos favoráveis e contrários com relação à obrigatoriedade da aplicação da LC 123/2006 pelo Sistema “S”, cujas teses serão a seguir expostas.

4 Acórdão nº 1337/2003 – Primeira Câmara. Rel. Ministro Humberto Guimarães Souto. DOU 02/07/2003.

5 Acórdão nº 675.330/96-3 – Segunda Câmara. Rel. Ministro Valmir Campelo. DOU 09/11/1998.

15.4 DA TESE PELA APLICABILIDADE DA LC 123/2006 PELO SESI E SENAI

Os defensores da tese de que a LC 123/2006 deve ser aplicada às entidades do Sistema “S”, independentemente de previsão em seus Regulamentos licitatórios, amparam-se na justificativa de que os benefícios concedidos às pequenas empresas decorrem de princípios da ordem econômica, sobretudo dos preceitos constitucionais que garantem às pequenas empresas tratamentos privilegiados (inc. IX do art. 170 e art. 179, CF). Assim, considerando que tais benefícios têm *status* de princípio constitucional, as entidades do Sistema “S” estariam então sujeitas à LC 123/2006.

Entendem que qualquer pessoa no exercício da função pública de licitar deve submeter-se aos termos desta lei, dando-se ampla efetividade ao princípio constitucional da ordem econômica, que prega o tratamento diferenciado a ser despendido a esta categoria⁶

Neste sentido também se posicionou o jurista Jessé Torres Pereira Júnior, ao ser questionado acerca da aplicabilidade da nova Lei Complementar às entidades do Sistema “S”, *in verbis*:

“Bem, como princípio penso que sim. A posição do TCU tem sido já há muito tempo a de entender que as entidades do Sistema “S” estão sujeitas ao princípio da licitação e que comporta regulamentos internos que disciplinem os procedimentos. Ora, você está aqui diante de uma Lei Complementar de norma geral, e norma geral se define exatamente como aquela que atua para a implementação de princípios. Então, me parece que esta norma geral da Lei Complementar se aplica sim às entidades do Sistema “S”. Pela sua natureza principiológica.”⁷

O professor Diógenes Gasparini, seguindo a mesma orientação, expôs o seu entendimento no sentido de que a LC 123/2006 deve ser aplicada às entidades do Sistema “S”, já que estas são obrigadas a licitar⁸.

Esta corrente defende que, mesmo se não alterados os Regulamentos de Licitação das entidades do Sistema “S”, devem estas garantir às pequenas empresas este tratamento diferenciado,

6 Este é o entendimento da Consultoria JML, consignado na apostila entregue no evento “Lei Geral das microempresas e empresas de pequeno porte – repercussões nas licitações e aspectos polêmicos”, realizado em Curitiba, Paraná, nos dias 02 e 03 de julho de 2007, p. 12-13.

7 Palestra proferida no evento “Seminário nacional: capacitação de agentes públicos para o processamento eficaz das licitações”, realizado pela JML Eventos, nos dias 16, 17 e 18 de abril de 2007, em Curitiba, Paraná.

8 Palestra proferida no evento “Lei Geral das microempresas e empresas de pequeno porte – repercussões nas licitações e aspectos polêmicos”, realizado pela JML Eventos, nos dias 02 e 03 de julho de 2007, em Curitiba, Paraná.

com fundamento na própria Lei Complementar, que tem caráter de norma geral, e disciplinar a questão em seus editais.

15.5 DA TESE PELA INAPLICABILIDADE DA LC 123/2006 PELO SESI E SENAI

Por sua vez, há posições em sentido contrário à necessidade de aplicação da LC 123/2006 às entidades do Sistema “S”. Os defensores desta idéia amparam-se no fato de que os serviços sociais autônomos possuem uma “singularidade institucional”, que faz com que sejam completamente distintos do conceito de Administração Pública e, por isso, comportam um regime específico para contratações.

Por isso, os serviços sociais autônomos não estão abrangidos na relação de destinatários prevista no art. 1º, da LC 123/2006, posto que esta prevê que sua aplicação se dará, exclusivamente, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não se refere ao Sistema “S”, porque este não integra a Administração Pública.

O consagrado jurista Carlos Pinto Coelho Motta, que eventualmente exerce a função de Conselheiro no Conselho Fiscal do SESC/MG, e que, por isso, bem conhece a realidade das entidades do Sistema “S”, se posiciona sobre o assunto da seguinte forma:

Assim, não vislumbro no art. 1º da aludida Lei Complementar um comando capaz de compelir as entidades participantes do Sistema a seguirem compulsoriamente as normas gerais ali estabelecidas; não se obrigariam, por conseguinte, à obediência restrita dos regramentos licitatórios estipulados nos arts. 42 a 49 do diploma legal, mas apenas ao prosseguimento, em seus certames, do princípio do ‘tratamento diferenciado e favorecido’ constitucionalmente assegurado às ME e EPP.⁹

Em resposta à consulta formulada pelo SESI/PR¹⁰, acerca da necessidade ou não de adoção dos dispositivos da LC 123/2006 em suas licitações, a Consultoria NDJ seguiu o mesmo entendimento:

(...)

Dessa maneira, entendemos que tais normas gerais **não** seriam direcionadas aos serviços sociais autônomos, do qual faz parte o Consulente, **não** são considerados Administração pública direta ou indireta, tendo natureza privada. (...)

9 Motta, Carlos Pinto Coelho. **Sistema “S” – Serviços Sociais Autônomos e a LC nº 123/06 – Parecer.** In Boletim de Licitações e Contratos, nº 07/2007, julho. p. 647-657.

10 Consulta/3301/2007/FV. São Paulo, 25/05/2007. Elaborada pelo Consultor Dr. Fábio Martinho N.F. Velloza.

Assim sendo, concluímos essa breve análise no sentido de que as regras gerais de licitação presentes na Lei Complementar 123/2006 **não** teriam reflexo direto nas licitações realizadas pelos serviços sociais autônomos, integrantes do denominado Sistema “S”.

O principal fundamento desta corrente, como se viu, é o fato de que as entidades do Sistema “S” não estão contempladas no conceito de Administração Pública e, por isso, não estariam abrangidas no conceito de destinatários da norma, previsto pelo art. 1º da Lei sob comento.

15.6 CONCLUSÃO

Após análise dos fundamentos jurídicos de defesa das teses de ambas as correntes, entende-se que maior razão encontra-se com a segunda, que entende pela inaplicabilidade da LC 123/2006 aos serviços sociais autônomos. E várias são as razões que levam a esta conclusão.

A primeira delas está baseada na aplicação literal do disposto no “caput” do artigo 1º da LC 123, que direciona sua aplicabilidade aos “Poderes” da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É cediço que as entidades do Sistema “S” não estão subsumidas no conceito de “Poder” de nenhuma das esferas federais indicadas pela norma. Não há, nesta Lei Complementar, nenhuma regra que imponha o seu cumprimento por todas as entidades obrigadas a licitar. Restringe sua aplicação aos entes indicados em seu art. 1º.

Portanto, entende-se que deve ser aplicado, neste caso, o mesmo entendimento manifestado quando da Decisão proferida pela Corte de Contas da União, em que assentou que os serviços sociais autônomos não deveriam seguir os regramentos previstos na Lei 8666/93, já que o art. 1º deste Diploma Legal não os prevê em seu rol taxativos de pessoas que lhe devem obediência¹¹.

Outra razão serve de fundamento à inaplicabilidade da LC 123/2006 ao Sesi e Senai: em alguns trechos da norma, há expressa remissão a dispositivos específicos da Lei 8.666/93 os quais, como já se viu, não se aplicam ao Sesi e ao Senai. As regras contidas na LC 123/2006 aplicam-se aos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios porque são posteriores às normas contidas na Lei 8666/93. Neste sentido, é a lição do insigne professor Marçal Justen Filho¹²:

¹¹ Conforme Decisão 907/97, proferida pelo TCU..

¹² Justen Filho, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. São Paulo: Dialética. 2007. p. 17

Isso significa que as normas sobre licitação contidas na LC nº 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da lei nº 8666 derivaria do princípio da posteridade (“a lei posterior revoga a anterior”), não em vista do princípio da superioridade (“a lei superior prevalece sobre a inferior”) nem do da especialidade (“a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente”¹³).

Levando em consideração o acima exposto pelo r. professor, sobre a prevalência da LC 123/2006 sobre as regras da Lei 8666/93, decorrida do princípio da posteridade, tem-se o seguinte: já tendo sido consagrado o entendimento de inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às licitações promovidas pelo Sesi e Senai, é consequência lógica a inaplicabilidade da LC 123/2006. Do contrário, apenas os dispositivos originários da lei 8.666/93 não seriam aplicados às entidades do Sistema “S”, o que seria uma incoerência jurídica.

Mais um fundamento socorre à defesa pela sua inaplicabilidade: como se viu, as regras previstas na LC 123/2006 são, em verdade, dispositivos direcionados ao alcance da igualdade real das pequenas empresas em face das demais. Tratam-se de normas baseadas em políticas de inclusão e tratamento privilegiado aos até então desfavorecidos, através de ações afirmativas.

E como é sabido, é ao Estado que, em primeiro plano, cabe a execução das ações afirmativas para garantir este benefício. O Estado, representado pelos Poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios. As demais entidades somente são obrigadas a implementar ações afirmativas, por força de lei em sentido estrito (aplicação pura do princípio da legalidade). E neste caso, como se viu, não há lei que obrigue os serviços sociais autônomos a assim procederem.

Com o devido respeito à tese lançada, não há como entender que seja predominante o argumento trazido pelos defensores da aplicabilidade da norma complementar aos certames licitatórios promovidos pelo Sesi e Senai, baseado na idéia de que os benefícios concedidos às pequenas empresas decorrem de princípios da ordem econômica e, tendo tais benefícios *status* de princípio constitucional, as entidades do Sistema “S” estariam então sujeitas à LC 123/2006.

O Sesi e Senai, de fato, devem respeito incondicional a todos os princípios constitucionais, mormente aos constantes no art. 37, da Carta Magna, quando o fato versar sobre licitações e contratos¹⁴.

No entanto, há vários modos de se respeitar o referido princípio constitucional, sem que seja necessária a aplicação das regras constantes na norma complementar. Lembre-se que o princípio da ordem econômica, que protege as pequenas empresas, pode ser aplicado de diversas

13 Em sua obra, o autor explica que no que diz respeito às regras sobre licitação, a LC 123 tem caráter de norma ordinária, sendo de natureza complementar as regras tributárias, conforme exige a Constituição.

14 Conforme Decisão 249/98, do TCU, acima transcrita.

formas. Na realidade, as entidades do Sistema “S” já vêm garantindo tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, quando viabiliza suas participações em certames licitatórios na modalidade convite (com sua flexibilidade intrínseca e seu módico limite de valor), nas licitações por área, por lote e por itens. Também através de prestações de serviços, pelas entidades do Sistema “S”, nas diversas localidades dos Estados, dando preferência às pequenas empresas situadas nas regiões-alvo, que constituem a base do mercado interno.¹⁵ Também devem ser lembrados os constantes incentivos por parte das entidades formadoras do Sistema Indústria à presença das pequenas empresas nos Arranjos Produtivos Locais (APL).

É possível que o SESI e SENAI apliquem as regras constantes na LC 123/2006 em suas licitações. Porém, entende-se que as referidas regras devem ser adaptadas às suas condições específicas.

Além do respeito aos princípios que regem a ordem econômica, o SESI e o SENAI devem atendimento a todos os demais princípios constitucionais, a exemplo do princípio da isonomia.

E a isonomia deve ser consagrada por estas entidades nos limites de seus objetivos regimentais e regulamentares. O SESI e o SENAI buscam a formulação de políticas que favorecem a criação de uma estrutura industrial integrada e diversificada. Têm como principal objetivo a efetivação da competitividade do setor industrial brasileiro e sua integração à economia mundial. E têm como missão defender e representar a indústria na promoção de um ambiente favorável aos negócios, à competitividade e ao desenvolvimento sustentável do Brasil.¹⁶

Logo, antes de aplicar os arts. 42 ao 49 da LC 123/2006 em suas licitações, ou antes de simplesmente reproduzir tais dispositivos em seus Regulamentos próprios, devem as entidades adaptar essas regras aos seus objetivos, que visam, sobretudo, ao crescimento da indústria como um todo. Há, no universo jurídico, grandes doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade desta norma complementar, até porque pode vir a prejudicar, a médio e longo prazo, as empresas não inseridas nos conceitos de microempresas ou empresas de pequeno porte.

E esta é a oportunidade que têm o SESI e o SENAI de normatizar a matéria em benefício de todas as empresas, visando ao crescimento industrial, garantindo o benefício às pequenas empresas, mas não lesando aquelas que não se enquadram neste conceito.

Deve-se assegurar um tratamento diferenciado às pequenas empresas, de acordo com o próprio mandamento constitucional. Contudo, entende-se pela inviabilidade de manterem-se as regras previstas na LC 123, em seus estritos termos, sob pena de instaurar-se uma discriminação às avessas, em detrimento das empresas não subsumidas no conceito de microempresa ou empresa de pequeno porte, o que impedirá a consolidação dos objetivos institucionais do SESI e do SENAI.

15 Exemplos de aplicação do princípio da ordem econômica em favor das pequenas empresas, citado por Carlos Pinto Coelho Motta, Op. Cit.

16 Informação obtida através do site: www.cni.org.br. Disponível em: 20 jul.2007.

REFERÊNCIAS:

- ANGELOTTI, Daniela R. Valentin e AZEVEDO, Marcos de. **Da igualdade jurídica formal e igualdade real na sociedade.** Trabalho apresentado no Encontro Nacional dos Procuradores do Estado. Natal. 2006.
- Consulta/3301/2007/FV. Consultoria NDJ. São Paulo, 25/05/2007. Elaborada pelo Consultor Dr. Fábio Martinho N.F. Velloza.
- Consulta nº 143/2007. JML Consultoria e Eventos. Curitiba, 10/05/2007. Elaborada pela Consultora Dra. Nyura Disconzi da Silva.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.** São Paulo: Dialética. 2007.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Sistema “S” – Serviços Sociais Autônomos e a LC nº 123/06 – Parecer.** In Boletim de Licitações e Contratos, nº 07/2007, julho. p. 647-657.
- Palestra proferida no evento “Seminário nacional: capacitação de agentes públicos para o processamento eficaz das licitações”, realizado pela JML Eventos, nos dias 16, 17 e 18 de abril de 2007, em Curitiba, Paraná.
- Palestra proferida no evento “Lei Geral das microempresas e empresas de pequeno porte – repercussões nas licitações e aspectos polêmicos”, realizado pela JML Eventos, nos dias 02 e 03 de julho de 2007”, em Curitiba, Paraná.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e Terceiro Setor.** In: *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.* Coord. Gustavo Justino de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. **O Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e as licitações públicas.** https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VII_marco_2007/O%20Estatuto-Ronn%20Torres.pdf. Acesso em 21 jun.2007.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**16 NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS
RELATIVAMENTE À COMERCIALIZAÇÃO DE
BENS PELO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA:
UM ESTUDO DE CASO DO DEPARTAMENTO
REGIONAL DO CEARÁ.**

**MARISA SANFORD SILVEIRA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO CEARÁ**

16.1 INTRODUÇÃO

Em 12 de março do corrente ano, após ser submetido a uma fiscalização por parte da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, a Unidade de Nutrição do SESI/CE foi autuada pelo fato de ter deixado de recolher ao erário estadual o montante relativo a vendas tributadas perante a legislação do ICMS, a saber, fornecimento de refeições.

O Auditor do Tesouro Estadual que lavrou o auto de infração fundamentou seu ato no argumento de que as operações de vendas de refeições, efetuadas pela Unidade de Nutrição do SESI/CE não são passíveis de imunidade ou isenção do tributo, uma vez que alguns dos beneficiários dos serviços, listados no mencionado documento, encontram-se “*cadastrados em atividades estritamente comerciais, de prestação de serviços e outras não comprovadas juridicamente como atividade social institucional do SESI*”.

O presente artigo é um resumo da defesa administrativa apresentada ao Contencioso Administrativo Tributário – CONAT, e tem por objetivo demonstrar que o SESI possui ampla imunidade relativa a impostos, com fulcro no Art. 150, VI, alínea “c” da CF/88 e no entendimento fixado pelo Plenário do STF, no sentido de “estarem as entidades de assistência social imunes à incidência do ICMS relativamente à comercialização de bens por ela produzidos” (RE 210.251/SP – DJU de 28/11/2003).

A importância deste estudo advém do fato de que os argumentos a seguir delineados podem ser utilizados em diversas situações em que os serviços sociais autônomos encontrem-se, inconstitucionalmente, compelidos a pagarem impostos, mormente o ICMS, em face das inúmeras atividades realizadas por suas unidades.

16.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS

O Serviço Social da Indústria – SESI, criado nos termos do Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, é uma entidade de direito privado, com o encargo de prestar assistência social aos trabalhadores industriais e de atividades assemelhadas, em todo o País.

O Serviço Social da Indústria, consoante o Art. 1º do seu Regulamento, tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes, tendo em vista, na execução dessas finalidades, atividades educativas e culturais, dentre outras, visando à valorização do homem e aos incentivos à atividade produtora.

Tem ainda por finalidade geral auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos da existência (saúde, alimentação, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política), objetivando a alfabetização do trabalhador e seus dependentes, a sua educação para a saúde, educação familiar e educação comunitária, estimulando e facilitando a vida familiar, a primazia do bem comum, o espírito de solidariedade, a força da integridade moral, dentre outros.

Demais disso, o SESI, por sua estrutura sólida, seriedade e compromisso com a responsabilidade social, atua também em prol do interesse comum de toda a coletividade, sendo, inclusive, parceiro freqüente das diversas entidades políticas em projetos sociais, tais como: Por um Brasil Alfabetizado, Indústria do Conhecimento, Ação Global, Cozinha Brasil, Saúde e Segurança no Trabalho, Ginástica na Empresa, Educação de Jovens e Adultos, Educação e Saúde de Presidiárias, Restaurante Popular etc.

Hely Lopes Meirelles assim definiu os serviços sociais autônomos, *in litteris*:

“Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes para-estatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras”¹ (Grifamos).

Dessarte, tem-se que o SESI é uma “pessoa de cooperação governamental”, que são aquelas entidades que colaboram com o Poder Público, a que são vinculadas, através da execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública.²

1 In: *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. - Malheiros, SP, 1993. p. 336.

2 CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. - Lumen Juris, RJ, 2006. p.435.

Com efeito, é isenta de dúvida a finalidade legal e institucional de educação e assistência social, sem fins lucrativos, do impetrante, o qual há mais de sessenta anos vem prestando serviços reconhecidamente relevantes para a sociedade em sua área de atuação, sendo notória sua participação em programas sociais de repercussão nacional, como vimos nos projetos citados acima, e tido como um dos líderes nacionais na promoção da qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes e da gestão socialmente responsável.

Tais fatos, portanto, nos permitem concluir, sem titubear, que o SESI encontra-se sob a égide da imunidade tributária, nos termos do Art. 150, VI, c, da *Lex Fundamentalis*, o qual prescreve, *in verbis*:

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

[...]

VI – instituir impostos sobre:

[...]

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

Do dispositivo constitucional transcrito acima, podemos extrair que as instituições de educação e assistência social são imunes aos impostos, desde que não possuam fins lucrativos e atendam os requisitos *da lei*, a qual, obrigatoriamente, deverá ser uma lei complementar, por força do Art. 146, II, do Texto Maior.

Os requisitos a que alude a Constituição são aqueles constantes do Art. 14 do CTN, recepcionado pela nova ordem constitucional com eficácia de lei complementar, a saber: a) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; b) aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; c) manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

O SESI preenche, integralmente, todos os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, sendo gestor de contribuições de natureza parafiscal, constitucionalmente caracterizadas como contribuições sociais (CF/88, Arts. 149 e 240).

Demais disso, o SESI está adstrito às normas legais na elaboração de seu orçamento geral e tem sua execução orçamentária sob o crivo do Tribunal de Contas da União, o qual tem

poderes para efetuar fiscalizações contábil e financeira, além de inspeções e auditorias operacionais e patrimoniais, nos termos dos Arts. 70 e 71 da Carta Magna.

O SESI não tem finalidade lucrativa porque, afastando-se por completo do conceito de sociedades empresárias, não é constituído com o objetivo de partilha, entre os instituidores, dos resultados ou superávits que, eventualmente, ocorrerem. Os serviços sociais não distribuem parcela do patrimônio ou das rendas a qualquer título, aplicando integralmente no País os seus recursos, na manutenção dos seus objetivos institucionais.

É o que já restou constatado pela jurisprudência, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO – IOF – IMUNIDADE DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL EM APLICAÇÕES FINANCEIRAS – POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO PEDIDO PELA VIA MANDAMENTAL – O SESI/SENAI tem por escopo estudar planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no país, e bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito da solidariedade entre as classes. – Deve ser compreendida, no âmbito da imunidade tributária concedida às entidades de assistência social, a gerência e investimento do patrimônio em atividades geradoras de renda, para que o resultado positivo seja destinado à incrementação dos serviços prestados com a consecução do perfazimento do bem-estar social. – A questão não demanda dilação probatória, podendo ser acolhida através da estreita via do mandado de segurança. visto o pedido cinge-se ao reconhecimento da imunidade tributária da recorrente prevista no texto constitucional e o impedimento da cobrança de IOF, decorrente de tal declaração. – Recurso provido. (TRF 2ª R. – AP-MS 1999.02.01.061193-1 – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Ricardo Regueira – DJU 05.12.2003 – p. 167).

Com efeito, o patrimônio e a renda do impetrante, sem exceção, estão a salvo de qualquer tributação por impostos, inclusive a sua atividade de fornecimento de refeições aos trabalhadores das indústrias e das demais entidades públicas e privadas, e qualquer superávit dela decorrente é aplicado em prol da consecução de seus objetivos legais e institucionais, dentre os quais se encontra a melhoria da saúde e da alimentação do trabalhador.

Neste diapasão, acrescenta ainda o mestre CARRAZA, *in litteris*:

“Assim, a instituição assistencial não perde suas características (e, portanto, o direito à imunidade), mesmo que se dedique a atividades lucrativas, capazes de torná-la, sempre mais, patrimonialmente próspera. Portanto, suas recei-

tas não precisam ser negativas; tampouco limitar-se aos custos operacionais. Pode, perfeitamente, ter sobras financeiras, até para evitar que, a médio ou longo prazo, feneça.

E nem se diga que o § 4º, do art. 150, da Constituição Federal impede tal entendimento, ao estabelecer que *‘as vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas’*.

Segundo estamos convencidos, não decorre deste dispositivo que as instituições assistenciais sem fins lucrativos perdem o direito à imunidade se exercerem atividades econômicas. Mais: a imunidade não cai por terra, ainda que, das atividades econômicas venha a resultar lucro. Basta que ‘o patrimônio, a renda e os serviços’ sejam relacionados com ‘as finalidades essenciais’ destas pessoas.

O que não pode haver – agora sim – é a distribuição do lucro aos fundadores, dirigentes ou administradores. Noutros termos, não pode haver a apropriação particular dos resultados positivos ou, se preferirmos, o *animus distribuendi*.

Mas, se as preditas atividades econômicas forem exploradas como meio para a consecução dos objetivos públicos da instituição, assegurando-lhe a sobrevivência, o direito à imunidade remanescerá íntegro.

Portanto, são também abrangidas pela imunidade, as atividades-meio da instituição assistencial, vale dizer, as medidas, inclusive financeiras, que tenham por escopo carrear-lhe novos recursos, para a melhor consecução de seus fins institucionais. Afinal, graças a elas, a entidade não se estiolará. Com efeito, é temerário depender, para sobreviver, da sempre incerta caridade (oficial ou particular). Por isso, cabe ao bom administrador tomar as medidas necessárias para que os eventuais resultados positivos venham reinvestidos e, portanto, multiplicados. E – segundo pensamos – tais reinvestimentos, justamente por estarem preordenados ao atendimento das finalidades das instituições assistenciais, estão a salvo de IOF, IR, COFINS e outros tributos que nascem de aplicações financeiras.

A nosso sentir, pois, mesmo as instituições assistenciais que obtém lucro (sobras financeiras), desde que os reinvestam no atingimento de seus fins, são abrangidas pela imunidade. Basta – repetimos – que, sem fins lucrativos, se associem ao Poder Público, suprimindo suas deficiências, na consecução dos va-

lores contemplados especialmente no art. 203, da Lei Maior (e, é claro que cumpram os requisitos do art. 14, do CTN).”³

Nesta senda, Luciano AMARO assevera, *in verbis*:

“Não há, em relação aos templos e às entidades mencionadas na alínea c, previsão análoga à do § 3º (que exclui da imunidade *recíproca* a “exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”). Uma entidade assistencial pode, por exemplo, explorar um bazar, vendendo mercadorias, e nem por isso ficará sujeita ao imposto de renda”⁴

Sobremais, insta salientar que a doutrina e a jurisprudência pátrias sedimentaram o entendimento de que a interpretação dos dispositivos constitucionais concernentes à imunidade tributária deve ser extensiva, objetivando buscar o real significado do comando constitucional, carregado de conteúdo político.

Pari passu, transcrevemos, por oportuno, a lição de Hugo de Brito Machado, *in litteris*:

“Equívoco imperdoável, portanto, é pretender-se interpretar a norma de imunidade da mesma forma que se interpreta a norma de isenção tributária. Na norma de imunidade, deve-se buscar a razão política, para que se possa estabelecer o sentido que melhor a ela corresponda. Interpretar restritivamente norma de imunidade é inadmissível, pois pode significar, e no mais das vezes significa, a frustração dos objetivos com a norma visados pelo constituinte.”⁵

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que, em se tratando de imunidade e sua relação com a Norma Maior, “*admite-se a interpretação ampla de modo a transparecer os princípios e postulados nela consagrados*” (RE 102.141-RJ, RTJ 116/267).

Aferimos, portanto, que a intenção do legislador constituinte foi imunizar de qualquer imposto as entidades de educação e de assistência social, como forma de preservar suas atividades.

Sobre a imunidade tributária, trazemos à colação, mais uma vez, brilhante escólio do insigne Roque Antonio CARRAZZA, *in verbis*:

3 CARRAZZA, Roque Antonio. Em parecer solicitado pela PARANAPREVIDÊNCIA, encontrado no sítio eletrônico <http://www.paranaprevidencia.pr.gov.br/paranaprevidencia/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=18>. Acessado em 09.10.2006.

4 AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

5 MACHADO, Hugo de Brito *apud* PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado: ESMAFE, 2003, p. 228.

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

[...]

Portanto, como quer este autor, as normas constitucionais que tratam das *imunidades tributárias* fixam a *incompetência* das pessoas políticas para fazerem incidir a tributação sobre determinadas pessoas, seja pela natureza jurídica que estas têm, seja porque realizam certos fatos, seja, ainda, por estarem relacionadas com dados bens ou situações.

Em função disso, a lei, ao descrever a norma jurídica tributária, não pode, sob pena de inconstitucionalidade, colocar estas pessoas na contingência de pagar tributos, isto é, de figurar no pólo passivo de obrigações tributárias.

Estamos, pois, percebendo que, por *efeito reflexo*, as regras imunizantes conferem aos beneficiários direito público subjetivo de não serem tributados.

[...]

De fato, a Constituição não quer que certas pessoas venham a ser alvo de tributação. Por isso mesmo, estende sobre elas o manto da imunidade. E, ao fazê-lo, cria, para elas, direitos subjetivos inafastáveis.

[...]

A imunidade é ampla e indivisível, não admitindo, nem por parte do legislador (complementar ou ordinário), nem do aplicador (juiz ou agente fiscal), ‘restrições ou meios-termos’, a não ser, é claro, aqueles que já estão autorizados pela própria Lei Maior.

[...]

Voltando à idéia central, reiteramos que os casos de imunidade estão todos definidos na própria Constituição Federal. Em vão, portanto, buscaremos em normas infraconstitucionais as diretrizes a seguir acerca desta matéria. Elas, quando muito, podem aclarar o assunto, que, repetimos, já foi esgotado pelo legislador constituinte.

[...]

Ora, se até o constituinte derivado e o legislador ordinário não podem ignorar as imunidades tributárias, por muito maior razão não poderá fazê-lo o aplicador das leis tributárias, interpretando-as, a seu talante, de modo a costeá-las.

Pensamos ser oportuno frisar que a imunidade tributária – ao contrário da isenção – não trata da fenomenologia da incidência, porquanto ocorre antes deste momento.

O que estamos querendo exprimir é que, em razão de sua incompetência tributária, as pessoas políticas não podem nem ao menos isentar o que já é imune. Quanto mais ignorar ou costear as situações de imunidade. Tampouco podem fazer com que, por intermédio de uma interpretação restritiva, retem atropelados os comando constitucionais que tratam destes assuntos.

[...]

Reiteramos que a imunidade tributária possui, entre nós, assento constitucional, e, deste modo, não pode ter seu conceito destruído por normas infraconstitucionais.

[...]

As inibições de competência tributária plasmadas pela Constituição não podem ser neutralizadas nem pela lei, nem, muito menos, pelo aplicador da lei”⁶

Com efeito, o patrimônio e a renda do Serviço Social da Indústria, sem exceção, estão a salvo da tributação por impostos, inclusive a sua atividade de fornecimento de refeições aos trabalhadores das indústrias e das demais entidades públicas e privadas, uma vez que tal atividade é realizada a preços compatíveis com o mercado, e qualquer superávit dela decorrente é aplicado em prol da consecução de seus objetivos legais e institucionais, dentre os quais se encontra a melhoria da saúde e da alimentação do trabalhador.

Nas informações complementares anexas ao auto de infração, o fiscal autuante salientou que “se fosse dada ao contribuinte a isenção plena nas operações de fornecimento de alimentação, estaria o Estado intervindo na economia de forma a oferecer uma alta vantagem competitiva à entidade ora fiscalizada”.

Data maxima venia, tal afirmativa padece de graves equívocos. Primeiro porque não se trata de isenção, mas de imunidade; segundo porque, como vimos, não pode o aplicador da lei restringir o alcance das normas constitucionais que limitam o poder de tributar dos entes políticos.

⁶ In: *Curso de direito constitucional tributário*. 15. ed. - São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 484-491.

Outrossim, o argumento de que o SESI/CE estaria praticando infração à ordem econômica, consistente no abuso de poder econômico, art. 20 da Lei 8.884/94, é capcioso, uma vez que: a) os preços propostos pelo SESI são compatíveis com o de mercado (tanto isso é verdade que o SESI/CE mais de uma vez perdeu em licitações para empresas privadas, como ocorreu no caso do Instituto José Frota – IJF); b) o SESI possui regulamento próprio de licitação, sendo entidade fiscalizada pelo TCU, o que lhe obriga a exigir a regularidade jurídica e fiscal de seus fornecedores, o que não ocorre com as empresas privadas; c) a prioridade do SESI/CE, no fornecimento de refeições, são os trabalhadores da indústria e a população carente, como se vê da sua atuação no projeto Restaurante Popular, sendo a participação em licitações apenas uma forma de redução do déficit gerado pela manutenção da sua cozinha industrial, porquanto o seu primordial objetivo nessa atividade não é o lucro; d) o volume de 8.000 refeições/dia fornecidas pelo Serviço Social da Indústria é insignificante se comparado ao número de refeições servidas pelas empresas especializadas em fornecimento de refeições coletivas, considerando que, segundo informação encontrada no sítio eletrônico da ABERC, o mercado de refeições coletivas como um todo forneceu 6,5 milhões de refeições/dia em 2005, destas 6,5 milhões de refeições em 2005 cerca de 5,8 milhões foram fornecidas pelas 90 empresas prestadoras de serviço filiadas a ABERC, que juntas responsabilizam-se por 90% (noventa por cento) do volume desse mercado; e) além disso, não há como caracterizar a infração aos incisos do art. 21 da Lei 8.884/94, por não ser a prática do SESI capaz de produzir os efeitos descritos nos incisos I a IV do art. 20 da citada lei.

16.3 DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA IMUNIDADE DAS ENTIDADES ASSISTENCIAIS SEM FINS LUCRATIVOS. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS RELATIVAMENTE À COMERCIALIZAÇÃO DE BENS POR ELAS PRODUZIDOS, NOS TERMOS DO ART. 150, VI, C, DA CF

O Pretório Excelso vem consolidando a exegese de que qualquer imposto que puder onerar de alguma forma o patrimônio, a renda ou os serviços da entidade imune tem sua incidência afastada pela Constituição. Mesmo a respeito da exigência de relação com as finalidades essenciais da entidade, o STF adota, hoje, interpretação flexível e favorável às instituições de assistência social sem fins lucrativos.

Primeiro o STF reconheceu a tais entidades o direito à imunidade no caso do ICMS incidente na entrada de mercadorias importadas do exterior, destinadas a integrar o ativo fixo da entidade enumerada no Art. 150, VI, “c”, da CF/88, uma vez que essas mercadorias passarão a constituir seu patrimônio (RE 203.755-ES, rel. Min. Carlos Velloso, 17.09.1996). Depois,

considerou abrangida pela imunidade operação de importação de “bolsas para coleta de sangue” realizada por instituição de assistência social, afastando a incidência do imposto de importação e de produtos industrializados (RE 243.807, rel. Min. Ilmar Galvão, 15.02.2000).

Igualmente, a título de informação, o Supremo entende que, se a renda obtida com o aluguel de determinado imóvel for destinada à consecução das finalidades das entidades imunes, estariam abrigados pela imunidade tanto o patrimônio como a renda dele proveniente. Esta matéria é, hoje, objeto da Súmula 724 do STF, cuja redação é a seguinte: “ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, IV, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.”

No que tange à incidência de ICMS nas operações de vendas de mercadorias pelas entidades imunes, havia divergência entre as turmas do STF, a qual foi resolvida no julgamento do RE nº 210.251-SP, rel. Ministra Ellen Gracie, redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, em 26.02.2003.

Nesse julgamento, o Pleno do STF decidiu, por maioria, que a imunidade prevista no Art. 150, VI, “c”, da Constituição aplica-se às operações de vendas de mercadorias fabricadas por entidades imunes, impedindo a incidência do ICMS, desde que o lucro obtido na venda seja destinado à finalidade da entidade imune.

O Tribunal, por maioria, decidiu que “*se a entidade não tem fins lucrativos, não distribui lucros e destina o que é arrecadado às respectivas finalidades, ela está imune ao pagamento de impostos*”.

O teor do mencionado acórdão pode ser encontrado no Informativo nº 299 do STF, cujos trechos subseguem transcritos, *in verbis*:

“O Tribunal, por maioria, em virtude da existência de dissídio entre as Turmas, conheceu de embargos de divergência opostos pelo Estado de São Paulo em face de acórdão proferido pela Segunda Turma em sede de recurso extraordinário, que conferira imunidade tributária do ICMS sobre a operação de venda realizada por entidade beneficente sem fins lucrativos, cujo paradigma fora prolatado pela Primeira Turma no sentido de não reconhecer a referida imunidade no tocante ao ICMS. Vencido o Min. Marco Aurélio, que não conhecia dos embargos por entender que o aresto paradigma não é específico, não havendo a mesma premissa normativa entre os acórdãos. RE (EDv) 210.251-SP, rel. Ministra Ellen Gracie, redator p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, 26.2.2003. (RE-210251)

Prosseguindo no julgamento acima mencionado, o Tribunal, também por maioria, rejeitou os embargos de divergência por reconhecer que a imunidade tributária prevista pelo art. 150, VI, c da CF abrange o ICMS sobre comercialização de bens produzidos por entidade beneficente. Considerou-se que o objetivo da referida norma constitucional é assegurar que as rendas oriundas das atividades que mantêm as entidades filantrópicas sejam desoneradas exatamente para se viabilizar a aplicação e desenvolvimento dessas atividades, e que a cobrança do referido imposto desfalcaria o patrimônio, diminuiria a eficiência dos serviços e a integral aplicação das rendas de tais entidades. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, relatora, Celso de Mello e Moreira Alves, por entenderem que o ICMS não onera a renda auferida pela entidade para a manutenção de seus objetivos institucionais, uma vez que repercute economicamente no consumidor, que é quem arca com o tributo e quem, em verdade, seria o beneficiário da imunidade. RE (EDv) 210.251-SP, rel. Ministra Ellen Gracie, redator p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, 26.2.2003. (RE-210251).”

O Pleno do STF manteve essa mesma posição no recente julgamento do RE 186.175 (Ediv – ED), conforme podemos conferir no Informativo nº 437 do STF, *verbo ad verbum*:

“O Tribunal, por maioria, negou provimento a embargos de divergência opostos, em embargos declaratórios, contra acórdão da 2ª Turma que não conheceu de recurso extraordinário do embargante ao fundamento de que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da CF, que veda a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços de entidades de assistência social, abranje o ICMS. Invocava-se como paradigma o acórdão proferido pela 1ª Turma no RE 164162/SP (DJU de 13.9.96) que entendera não configurar violação à mencionada imunidade a exigência fiscal sobre os bens produzidos e fabricados pela entidade, tendo em conta repercutir o ônus, economicamente, no consumidor, contribuinte de fato do tributo que se acha embutido no preço. Considerou-se o entendimento fixado pelo Plenário no RE 210251/SP (DJU de 28.11.2003) no sentido de estarem as entidades de assistência social imunes à incidência do ICMS relativamente à comercialização de bens por elas produzidos, nos termos do art. 150, VI, c, da CF. Vencido o Min. Carlos Britto, que dava provimento ao recurso, adotando a orientação preconizada pela 1ª Turma. RE 186175 EDiv-ED/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 23.8.2006. (RE-186175)”

Resta assim evidenciado que o STF tem entendido que basta determinada renda ser destinada à consecução das finalidades essenciais da entidade de assistência social sem fins lucrativos para que seja uma renda imune.

16.4 CONCLUSÃO

Concluimos, portanto, que a imunidade ampla do Serviço Social da Indústria, na qualidade de entidade de assistência social sem fins lucrativos, é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, e que, de conseguinte, é inconstitucional o lançamento tributário de ICMS sobre a sua atividade de fornecimento de refeições, qualquer que seja o destinatário desta mercadoria, uma vez que os serviços sociais autônomos, por força da lei e do seu regulamento, não distribuem lucros entre seus instituidores ou dirigentes, aplicando todo e qualquer superávit por ventura decorrente de suas atividades na consecução de suas finalidades sociais.

In casu, o argumento falacioso de infração à ordem econômica, aduzido pelo auditor fiscal, como fundamento para o não reconhecimento da imunidade tributária do Sesi/CE, também não merece guarida no ordenamento jurídico, pois, como observamos, a atividade de fornecimento de refeições do Sesi/CE, ainda que tais mercadorias sejam destinadas a entidades de outro seguimento que não o industrial, não é capaz de produzir os efeitos descritos nos incisos I a IV do art. 20 da Lei 8.884/94.

Sendo assim, ao pretender onerar demasiadamente a atividade do Sesi/CE no fornecimento de refeições, a despeito da inconstitucionalidade manifesta do referido lançamento tributário, o Estado do Ceará está, na verdade, indo de encontro ao interesse público, porquanto impede que entidades privadas exerçam satisfatoriamente o mister da assistência social, aumentando, assim, o encargo do Estado nesta área ainda tão carente de apoio e recursos financeiros, quando o que se almeja neste princípio de século, ao contrário, é alargar cada vez mais a participação do setor privado nas ações pertinentes às necessidades básicas da população, pois a máquina estatal já não comporta todos os encargos que lhe são destinados em face do assustador aumento populacional que verificamos nos últimos tempos.

À derradeira, entendemos que uma eventual ação judicial para anular o lançamento tributário em liça seria julgada procedente em favor do impugnante, *ex vi* das reiteradas decisões do STF, admitindo interpretação ampla no que concerne à imunidade tributária e sua relação com a Norma Fundamental, sendo certo que o reconhecimento da ampla imunidade do Serviço Social da Indústria pela via administrativa evitaria não só o desgaste de mais uma ação judicial como o pagamento de honorários advocatícios e custas processuais por parte do Estado do Ceará.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 15. ed. - São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. - Lumen Juris, RJ, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. - Malheiros, SP, 1993.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**17 TESES DAS AÇÕES MOVIDAS EM
FACE DO SESI/SENAI, VISANDO A NÃO
INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES**

**RODRIGO SIMÕES FREJAT
DEPARTAMENTO NACIONAL**

O objetivo deste trabalho é abordar as ações judiciais movidas em face do SESI e SENAI e os argumentos nelas apresentados por empresas contribuintes, bem como as teses de defesa das entidades e os resultados dos julgamentos.

Basicamente, são dois os tipos de ações movidas em face do SESI e SENAI, visando a cessação de exigência das contribuições em análise. Uma é a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, enquanto a outra é ação mandamental, sendo que, nesta última, a autoridade impetrada é o gerente de arrecadação do INSS, da localidade da empresa. Em ambos os casos, geralmente há pedido de repetição de indébito.

Para tanto, as empresas defendem algumas teses.

A primeira tese consiste na alegação de que o Decreto-Lei nº 4.048/42, que instituiu o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, e o Decreto-Lei nº 9.403/46, que instituiu o Serviço Social da Indústria – SESI, são inconstitucionais.

17.1 PRIMEIRA TESE – INCONSTITUCIONALIDADE – CF/37

Essa suposta inconstitucionalidade, segundo as iniciais, reside no fato de que os diplomas foram editados sob a égide da Constituição de 1937, que vedava a criação de tributos por decreto-lei.

Desta forma, os Decretos-Lei números 4.048/42 e 9.403/46 seriam inconstitucionais desde o nascedouro e não teriam sido recepcionados nem mesmo pela Constituição de 1946 e, igualmente, pela atual Constituição Federal, de 1988.

Entretanto, a Carta de 1937 previa, em seu art. 180, que, enquanto não se reunir o parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

E o art. 16, VI, dessa Carta de 37, determinava que era de competência privativa da União a matéria relativa às finanças públicas.

As contribuições sociais, que são o caso das contribuições para o SESI e SENAI, só passaram a ter a natureza de tributos com o advento da Constituição Federal de 88. Até então, eram caracterizadas como finanças públicas e, portanto, perfeitamente viável a instituição por decreto-lei.

De acordo com a atual Constituição, o art. 240 foi expresso em recepcionar as contribuições em questão.

Portanto, as contribuições ao Sesi e Senai foram recepcionadas pela Constituição de 88 e são, portanto, constitucionais, legítimas e exigíveis.

17.2 SEGUNDA TESE – INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 25 E 34, § 5º DO ADCT

A segunda tese de inconstitucionalidade reside no fato de que, em face do art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as exações em questão só poderiam ser exigidas até 180 (cento e oitenta) dias após a promulgação da Constituição de 88, mesmo que recepcionadas no art. 240.

O disposto no artigo 25 do ADCT destina-se à ação futura de autoridades, no que concerne à delegação de competência legislativa, não cuidando de delegação pretérita concedida nem tampouco de revogação dessas delegações, o que afasta a incidência do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com a recepção expressa, constante no artigo 240 da Constituição, se afasta também a incidência do artigo 34, § 5º, do ADCT, por vezes alegada nas teses das empresas que buscam se desincumbir da contribuições ao Sesi e Senai.

São teses bem elaboradas, mas que não resistem à análise minuciosa do histórico da legislação vigente.

Essa análise minuciosa foi feita pelo egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, no voto da lavra do eminente Desembargador Federal Ítalo Mendes, conforme se verifica na Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.38.00.032263-8/MG, que teve provimento negado à unanimidade, cujos relatório e voto são adiante transcritos, *in verbis*:

“RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MEIC ENGENHARIA LTDA., em desfavor de autoridade pública vinculada ao Instituto Nacional do Seguro Social e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, objetivando, em síntese, fosse declarada a inconstitucionalidade da contribuição destinada ao SENAI, declarando, assim, a inexistência de relação jurídica que obrigue a Impetrante a proceder o recolhimento da exação questionada, reconhecendo-lhe

o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a este título, sem as limitações legais.

*O MM. Juízo Federal **a quo**, ao sentenciar o feito às fls. 151/155, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, IV, do Código de Processo Civil.*

*Inconformada com a v. sentença **a quo**, a Impetrante interpôs a apelação de fls. 159/167, oportunidade em que sustentou, em resumo, que:*

*a) a ocorrência de contradição entre a fundamentação da v. sentença **a quo** e o seu dispositivo, vez que o MM. Juízo de origem apreciou o mérito da questão posta nos autos;*

b) a Constituição Federal de 1937 não autorizava a instituição de tributo por meio de decreto-lei;

c) a Constituição Federal de 1946 não recepcionou o Decreto-lei nº 4.048/42, vez que a competência para instituir tributos era do Congresso Nacional;

d) a violação ao princípio da legalidade;

e) o art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou todos os dispositivos legais que delegavam ao Poder Executivo competência atribuída ao Congresso Nacional, por força de norma constitucional;

f) o art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou a legislação pertinente à contribuição em comento;

g) o art. 240, da Constituição Federal de 1988 não recepcionou o Decreto-lei nº 4.048/42.

O Instituto Nacional do Seguro Social e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI apresentaram suas contra-razões às fls. 171/176 e 177/183.

Com o parecer do Ministério Público Federal às fls. 186/188, opinando pelo improvimento do apelo, vieram-me conclusos os presentes autos.

É o relatório.

VOTO

Presentes, na espécie, os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Cinge-se a questão discutida nos presentes autos na constitucionalidade da contribuição destinada ao Sesi e Senai.

Inicialmente, cumpre asseverar que, quanto à alegada contradição da v. sentença apelada, afigura-se-me não assistir razão à apelante.

Com efeito, sendo o direito líquido e certo pressuposto essencial para a impetração de mandado de segurança, nos termos do art. 1º, da Lei nº 1.533/51, afigura-se juridicamente possível a extinção do processo sem julgamento do mérito, por não restarem presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

*Todavia, uma vez que a análise da existência de direito líquido e certo se confunde com o mérito, **impende ressaltar, que a Constituição Federal de 1937, em seu art. 180, inserido no capítulo das Disposições Transitórias e Finais, assim estabelecia:***

“Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

Verifica-se, dessa forma, que os decretos-leis eram instrumentos hábeis a regulamentar quaisquer matérias de competência legislativa da União, inclusive sobre as finanças públicas. Do mesmo modo, o art. 16, VI, da Carta Constitucional de 1937 determinava que competia privativamente à União a matéria relativa às finanças públicas.

Dessa forma, tendo em vista que as contribuições sociais não tinham natureza de tributo até o advento da Constituição Federal de 1988, verifica-se que a exação questionada nos presentes autos se incluía dentre as finanças públicas, sendo perfeitamente viável sua instituição mediante decreto-lei.

Por outro lado, o art. 4º, do Decreto-lei nº 4.048/42, ao instituir a questionada contribuição destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, assim dispôs:

“Art. 4º. Serão os estabelecimentos industriais das modalidades de indústrias enquadrados na Confederação Nacional da Indústria obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal para montagem e custeio das escolas de aprendizagem.

O referido decreto-lei foi recepcionado pelo art. 240, da Constituição Federal de 1988:

“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.”

Assim, as normas pertinentes à contribuição social destinada ao Serviço Social da Indústria e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, recepcionadas que foram pela Carta Magna atual, permanecem vigorando, e, por conseguinte, prepondera a exigência do tributo questionado nos presentes autos.

Dos dispositivos legais mencionados, constata-se que os sujeitos passivos da contribuição social destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI são os estabelecimentos industriais das modalidades de indústrias, enquadrados na Confederação Nacional da Indústria.

Verifica-se, assim, que as empresas enquadradas na Confederação Nacional da Indústria, como a Impetrante estão obrigadas ao recolhimento do SESI e do SENAI, por força do disposto no art. 4º, do Decreto-lei nº 4.048/42.

Não há que se falar, todavia, que, em face do art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a referida exação somente poderia ser validamente exigida até 180 dias depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda que se considerasse ter a legislação que disciplinava a contribuição destinada ao SESI e ao SENAI sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Constata-se, assim, que o referido dispositivo constitucional apenas se limitou a revogar a delegação de competência concedida ao Poder Executivo, não revogando a exigência que se encontrava em vigor, que, diga-se de passagem, foi integralmente recepcionada pela atual Constituição Federal.

Também não há que se cogitar que o referido Decreto-lei nº 4.048/42 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal vigente, por afronta ao disposto no art. 34, § 5º, do ADCT.

Verifica-se, na espécie, que inexistente incompatibilidade entre referida norma e o vigente sistema tributário nacional, mormente quando se verifica ter ocorrido a própria recepção do Decreto-lei nº 4.048/42. Em face disso, não se constata qualquer afronta aos arts. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por conseguinte, as empresas enquadradas na Confederação Nacional da Indústria, como é o caso da Impetrante, estão obrigadas a efetuar o recolhimento das contribuições sociais destinadas aos serviços autônomos, como ao SESI e SENAI. (grifos nossos)

Diante disso, nego provimento à apelação.

É o voto.”

Vale lembrar, também, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, esposado na Adin nº 385, é no sentido de que, “a questão da incompatibilidade entre lei infraconstitucional e constituição, quando aquela é anterior a esta, se circunscreve ao âmbito da revogação, e não da inconstitucionalidade, não podendo, por isso, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”

17.3 TERCEIRA TESE – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 149; 150, I, 153, IV; 156, III, 195 E 240, DA CF/88

Acerca deste tema, nem mesmo os magistrados se debruçam com mais afinco, pois se trata de tese inconsistente, uma vez que a Carta de 1988 recepcionou expressamente as contribuições em questão, em seu art. 240, não se aplicando a exigência de lei complementar, nem tampouco se tratando de criação de novos tributos.

Nos julgados dos TRF's, a recepção constante do art. 240 é fundamento suficiente para afastar a pretensão autoral, contribuindo, de outro lado, para a oposição de embargos declaratórios e recursos extraordinários, como se verá no ponto específico deste trabalho.

17.4 QUARTA TESE – DA EXCLUSÃO COMO DESTINATÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES

Outro argumento que as empresas trazem, para se eximirem das contribuições é que elas não estão incluídas no rol de contribuintes do Sesi e Senai.

No entanto, o art. 4º, do Decreto-Lei nº 4.048/42, ao instituir a questionada contribuição destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Senai, assim dispôs: SERÃO OS ESTABELECIMENTOS INDUSTRIAIS DAS MODALIDADES DE INDÚSTRIAS ENQUADRADOS NA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA OBRIGADOS AO PAGAMENTO DE UMA CONTRIBUIÇÃO MENSAL PARA MONTAGEM E CUSTEIO DAS ESCOLAS DE APRENDIZAGEM.

Esse artigo, que determina o universo de contribuintes, foi complementado pelo artigo 3º, do Decreto-Lei nº 4.936/46.

Na mesma esteira, o Decreto-Lei nº 9.043/46, que instituiu o Sesi e suas contribuições, dispôs, no artigo 3º, que ART. 3º - OS ESTABELECIMENTOS INDUSTRIAIS ENQUADRADOS NA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (ART. 577 DO DECRETO-LEI 5.452, DE 1/05/43), BEM COMO AQUELES REFERENTES AOS TRANSPORTES, ÀS COMUNICAÇÕES E À PESCA, SERÃO OBRIGADOS AO PAGAMENTO DE UMA CONTRIBUIÇÃO MENSAL DO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA PARA A REALIZAÇÃO DE SEUS FINS.

Assim, todos os estabelecimentos de indústria, constantes do quadro de atividades do artigo 577, da CLT, que ainda vige como modelo orientador de enquadramento sindical, estão obrigadas ao pagamento das contribuições ao Sesi e Senai.

17.5 PECULIARIDADES

As empresas de construção civil utilizam como argumentos serem prestadoras de serviços da construção civil e que, por não serem contribuintes do IPI, não podem ser consideradas indústria.

Como se verá adiante, a construção civil, incluindo a prestação de serviços, está obrigada a contribuir para Sesi/Senai, segundo entendimento do STJ, embora alguns magistrados de primeira instância julguem de modo diverso.

Há casos em que empresas da construção civil alteram o contrato social tão-somente para acrescentar em todos os objetivos sociais as palavras “prestação de serviços de”, com o propósito único de não contribuir para Sesi/Senai.

Sobre o IPI, a tese desenvolvida é de que o fato gerador do IPI é a saída do produto industrializado. Como o produto da construção civil fica integrado ao solo, não há fato gerador e, por isso, caminhou bem a legislação ao não incidir este imposto sobre a edificação.

Já as empresas de transporte afirmam que somente as indústrias de transporte estariam obrigadas às exações, até o advento da Lei nº 8.706/93, que criou o Sest e Senat. Como são prestadoras de serviço, não estariam obrigadas ao pagamento das contribuições ao Sesi/Senai.

Contudo, já restou pacificado que tanto as prestadoras de serviços de transporte, quanto as indústrias de transporte estavam obrigadas à contribuição em comento, até a entrada em vigor da Lei nº 8.706/93, que repassou as contribuições devidas ao Sesi/Senai para Sest/Senat.

As cooperativas entendem de forma semelhante, ou seja, que, com a criação do SESCOOP, não deveriam sequer ter contribuído para Sesi/Senai. Porém, de igual sorte, as contribuições destinadas ao SESCOOP foram instituídas em substituição às contribuições, de mesma espécie, devidas e recolhidas pelas sociedades cooperativas e, até 31 de dezembro de 1998, destinadas ao Senai, Sesi e demais serviços sociais a que estivessem vinculadas, respectivamente. Com isso, legais e exigíveis as contribuições até 1999.

São essas as principais ações movidas em face do Sesi/Senai. Há, entretanto, alguns outros pontos que, infelizmente, não teremos espaço suficiente para abordá-los mais profundamente.

Referidas ações versam sobre a incidência da contribuição de terceiros sobre bônus pagos à diretoria de empresas; reembolso de assistência médica; abono salarial; seguro de vida; participação nos lucros; salário-maternidade e auxílio-doença.

Sobre este último, vale ressaltar que o STJ já firmou entendimento que mesmo os primeiros quinze dias de afastamento do trabalho, cujo pagamento cabe ao empregador, não têm natureza salarial e, por isso, não há incidência de contribuições previdenciárias e de terceiros.

Nada obstante, o TRF da 4ª Região pacificou jurisprudência contrária, atribuindo natureza remuneratória aos primeiros quinze dias e incidência de contribuição previdenciária e de terceiros.

Recentemente, alguns Desembargadores Federais daquele TRF4 passaram a seguir o entendimento do STJ. Contudo, em julgamento de julho/2007, feita defesa oral, a 2ª Turma confirmou o entendimento anterior, mantendo a natureza salarial da parcela.

17.6 DOS RECURSOS PARA TRIBUNAIS SUPERIORES

Quando do improvimento do recurso de apelação, as empresas costumam opor embargos de declaração, com o propósito de prequestionar a matéria. Em geral, o resultado é a rejeição dos embargos, sob o argumento de que o magistrado não está obrigado a responder todos os questionamentos da parte, quando a sentença tem fundamentos suficientes a embasar o julgado.

A exceção, novamente, é o TRF da 4ª Região, que costuma rejeitar os embargos, mas tem por prequestionados os dispositivos mencionados no recurso.

Com isso, as empresas interpõem recurso especial e/ou extraordinário. No caso do RESP, alegam a violação a dispositivo de lei federal, geralmente o Código Tributário Nacional, bem como ao artigo 535, do CPC, por não ter analisado a questão embargada.

O extraordinário, muitas vezes não interposto simultaneamente, é prejudicial ao RESP, quando a matéria também tem índole constitucional, fundamento suficiente a alterar o julgado.

O dispositivos tidos como violados, para interposição do RE, são os artigos 149; 150, I, 153, IV; 156, III, 195 e 240, da CF/88. Frisamos que o STF ainda não se posicionou sobre o tema, de forma explícita.

17.7 JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O STJ firmou entendimento que as contribuições exigidas para SESI e SENAI são devidas, de acordo com o Resp nº 524.239/PE, da relatoria do Ministro Luiz Fux, adiante transcrito, onde se verifica que não só as empresas de construção civil são obrigadas, mas também as prestadoras de serviços, nessa área.

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EMPRESAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESI/SENAI. ENQUADRAMENTO COMO EMPRESAS INDUSTRIAIS.

1. Ausente o prequestionamento do dispositivo legal invocado, é inviável o processamento do Recurso Especial.

2. Inexistindo similaridade entre as questões enfrentadas, rejeita-se o recurso pela alínea “c”. Deveras, o acórdão recorrido, partindo da premissa de que todos os estabelecimentos industriais com folha de salários estão obrigados ao pagamento das contribuições ao Sesi/Senai, e reconhecendo o caráter industrial das empresas de construção civil, concluiu pelo seu enquadramento no disposto no art. 2º do Decreto-Lei 6.246/44 e no art. 3º do Decreto-Lei 9.403/46.

O aresto paradigma, por seu turno, decidiu questão que versa o enquadramento das empresas de construção civil como contribuintes do ICMS, consignado tratar-se de empresas prestadoras de serviços, o que afasta a exação estadual.

Não obstante é assente que no contrato social da empresa ser a mesma de natureza industrial, fato corroborado pela doutrina do tema: *“O caráter industrial da construção civil é hoje pacificamente reconhecido no Brasil, tanto assim, que a Lei 4.864/65, ao criar medidas de estímulo à indústria da construção civil, legitimou o aspecto técnico e o econômico, o que mais tarde foi reafirmado pelo Decreto nº 66.079/70, que ao instituir grupo de trabalho para estudar e propor medidas e normas regulamentares dos diferentes ângulos da indústria da construção civil, tomou-a no sentido amplo e determinou na comissão de representantes de entidades de classe de Engenheiros e Arquitetos, e de firmas construtoras em geral (...) As próprias entidades sindicais que representam a Indústria da construção civil, têm porfiado em manter nítida essa distinção (atividade técnica e econômica), e a Consolidação das Leis do Trabalho enquadra a construção civil entre as ‘Indústrias da Construção e do Mobiliário’.”* (Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, 3ª edição).

3. Ainda que ad eventum fosse conhecido o recurso, aplicar-se-ia à matéria o julgado no Resp. 431.347/SC, decidido à unanimidade pela Seção, na medida em que a vinculação da recorrente ao Sesi e ao Senai decorre dos Decretos Leis nºs 4048 e 9403 que fixaram como sujeitos passivos as indústrias integrantes do Plano da Confederação Nacional da Indústria, no anexo do art. 577 da CLT, recepcionado pela Constituição Federal, conforme jurisprudência da Excelsa Corte e do STJ, no sentido de que:

“TRIBUTÁRIO . CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC. ENTIDADE HOSPITALAR. ENTIDADE VINCULADA À CONFEDERAÇÃO CUJA INTEGRAÇÃO É PRESSUPOSTO DA EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO.

RECEPÇÃO DO ART. 577 CLT E SEU ANEXO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA CONCRETIZADORA DA

CLÁUSULA PÉTREA DE VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DIGNIFICAÇÃO DO TRABALHADOR. EMPRESA COMERCIAL.

AUTOQUALIFICAÇÃO, MERCÊ DOS NOVOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DO CONCEITO. VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI À LUZ DO PRINCÍPIO DE SUPRADIREITO DETERMINANDO A APLICAÇÃO DA NORMA AOS FINS SOCIAIS A QUE SE DESTINA, À LUZ DE SEU RESULTADO, REGRAS MAIORES DE HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO.

1. *As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e para o SENAC, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.*
2. *Deveras, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, que: “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. *As Contribuições referidas visam à concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da ‘valorização do trabalho humano’ “encartado no artigo 170 da Carta Magna: verbis: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...) (omissis)”*
4. **As empresas de construção civil são entidades inequivocamente industriais, quer à luz do contrato social, quer por força do seu enquadramento na CNI (Confederação Nacional das Indústrias).**
5. *Deveras, sobretudo influente sob o ângulo fático que os trabalhadores da indústria da construção civil pertencem a um dos segmentos mais beneficiados pela atuação do SESC, em sede de assistência social, e pelo SENAI, na formação profissional, por meio de inúmeros cursos, sendo certo que na cidade onde possui sede a recorrente, existe até um Centro de Treinamento exclusivo de Construção Civil.*

6. À luz da regra do art. 5º, da LICC – norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação, passa por esse aspecto teleológico-sistêmico – impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um “direito universal do trabalhador”, cujo dever respectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.
7. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações sub judice, implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando a evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação anti-isonômica e injusta.
8. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame recepcionada constitucionalmente em benefício dos empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através a via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.
9. Nada obstante, a vinculação da construção civil ao Sesi e Senai data de cerca de 60 anos. A circunstância da recorrente recolher ISS não a socorre como fundamento para afastamento das contribuições devidas ao Sesi/Senai. Os tributos são distintos, cada um com seu fundamento de validade específico na Constituição Federal e, ademais, não são excludentes entre si.
10. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que as atividades de comércio e indústria da construção civil, engenharia civil e incorporação estão sujeitas à COFINS porque caracterizam compra e venda de mercadorias.
11. **A Primeira Turma no RESP 244.903/CE, relator Ministro Garcia Vieira, esposou entendimento de que a atividade de construção civil pode se classificar como atividade industrial.**
12. Recurso Especial não conhecido, porquanto ausente o prequestionamento, ausência de similitude na divergência, mercê de a tese da recorrente ser contrária à jurisprudência predominante do Tribunal.”

(STJ) - RECORRENTE: CONSULTE ENGENHARIA LTDA x RECORRIDOS:
SESI E SENAI – 1ª Turma – Resp nº 524.239/PE (2003/0070181-5) – Rel. Min.
LUIZ FUX

17.8 FINALIZAÇÃO

Esses são os pontos principais sobre as ações movidas em face do SESI/SENAI, com o propósito de serem eximidas do pagamento das contribuições devidas.

REFERÊNCIAS

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Resp nº. 524239. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário da Justiça**, de 1º de março de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Resp nº. 652655. Relator: Min. José Delgado. **Diário da Justiça**, de 17 de dezembro de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Resp nº. 824268. Relator: Min. José Delgado. **Diário da Justiça**, de 29 de maio de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Resp nº. 886954. Relatora: Min. Denise Arruda. **Diário da Justiça**, de 29 de junho de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Adin nº. 385. Relator: Min. Moreira Alves. **Diário da Justiça**, de 11 de setembro de 1992.

_____. Tribunal Regional da 1ª Região. 4ª Turma. AMS nº. 2000.38.00.032263-8/MG. Relator: Des. Fed. Ítalo Fioravante Sabo Mendes. **Diário da Justiça**, de 12 de março de 2003.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. 1ª Turma. AMS nº. 2006.70.00.017644-1/PR. Relator: Des. Fed. Joel Ilan Paciornik. **Diário da Justiça**, de 15 de maio de 2007.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



**18 O ASSÉDIO MORAL NO
AMBIENTE DE TRABALHO**

**SYLVIA LORENA DE SOUZA
DEPARTAMENTO NACIONAL**

18.1 INTRODUÇÃO

O assédio moral não é um fenômeno novo nas relações de trabalho. Ao revés, deve ser tão antigo quanto o próprio trabalho. Não obstante, a discussão em torno das suas conseqüências legais iniciou-se nos anos oitenta, quando se começou a relacionar a casuística de doentes que estavam em tratamento por problemas psicológicos às dificuldades que estavam enfrentando em seus locais de trabalho¹.

O incremento do debate acerca do tema e suas conseqüências coincidem com os novos paradigmas de trabalho. Como bem colocam Pier Giuseppe Monateri, Marco Bona e Umberto Oliva, a mudança estrutural das empresas e organizações, decorrentes dos processos de globalização e flexibilização da economia, acirrou a concorrência entre os próprios trabalhadores pela manutenção de seus postos de trabalho e reduziu a solidariedade entre eles². E esta competição desmedida entre trabalhadores, com a exarcebada preocupação com a produção, a valorização do individualismo, invertendo-se a hierarquia de valores, em prejuízo da solidariedade, da competição moderada e saudável, da tolerância às imperfeições humanas, têm tornado o local de trabalho palco favorável ao assédio moral.

Não obstante a gravidade e atualidade da questão, não há no ordenamento jurídico federal normas que regulem, de forma específica e exaustiva, o combate ao assédio moral no ambiente de trabalho. Inúmeros são os projetos de lei com o objetivo de delimitar o instituto e fixar as conseqüências pela sua prática³. Não obstante, o direito posto vigente confere proteção às vítimas de assédio moral, tendo a doutrina e a jurisprudência bem definido as práticas que o caracterizam e as suas conseqüências jurídicas.

18.2 CONCEITO

Assédio é a denominação utilizada para traduzir a conduta que causa constrangimento psicológico ou físico a uma pessoa. O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa traduz a

1 MONATERI, Pier Giuseppe; BONA, Marco; OLIVA, Umberto. O *mobbing* como *legal framework*: a nova abordagem italiana ao assédio moral no trabalho. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 7, jul/set 2001. p; 127-151.

2 MONATERI, Pier Giuseppe; BONA, Marco; OLIVA, Umberto. *op cit*.

3 Exemplos: Projeto de Lei nº 33/2007, de autoria do Deputado Dr. Rosinha; Projeto de Lei nº 2593/2003, de autoria da Deputada Drª Maria do Rosário; Projeto de Lei nº 23693/2003, de autoria da Deputada Dr. Mauro Passos; Projeto de Lei nº 587/2001, de autoria do Deputado Marcus Rosenmann; Projeto de Lei nº 4591/2001, de autoria da Deputada Rita Camata. Inteiro teor das proposições estão disponíveis no site da Câmara dos Deputados: www.camara.gov.br.

palavra assediar como: “(...) 3. Importunar, molestar com perguntas ou pretensões insistentes; assaltar: *O repórter assediou o deputado para arrancar-lhe declarações*”⁴.

O conceito de assédio moral⁵ no ambiente de trabalho tem sido entendido, conforme ensina Marie Francie Hirigoyen, como “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, gestos, escritos que possam trazer dano a personalidade, a dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”⁶. No mesmo sentido é o conceito elaborado por Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento:

Assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.⁷

18.3 CARACTERIZAÇÃO

Dos conceitos apresentados, pode se extrair que o assédio moral caracteriza-se pela conduta insistente e reiterada, por período prolongado, que submeta a vítima a situações de humilhação, de rejeição, vexatórias ou constrangedoras com o objetivo de desestabilizá-la emocional e psiquicamente e com possíveis reflexos graves na sua saúde física e mental, além de prejudicar-lhe a atividade laboral. Assim, o assédio moral no ambiente de trabalho caracteriza-se por quatro elementos, a saber: atentado à dignidade psíquica do indivíduo, conduta abusiva, reiteração da prática e finalidade de exclusão⁸.

Com efeito, o assédio moral é forma de agressão psicológica. Constitui-se requisito essencial para a caracterização do assédio moral a existência de atentado à dignidade psíquica do in-

4 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira S.A., 1986, p. 183.

5 O termo é conhecido, dentre outros, também como *Mobbing* (Alemanha, Itália e países escandinavos), *Harcelement* (França) e *Bullying* (Inglaterra).

6 HIRIGOYEN, Marie Francie. A violência perversa do cotidiano. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 65.

7 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Assedio moral no ambiente de trabalho. Revista LTr, São Paulo, v. 68, n.08, p. 922-930, ago. 2004

8 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. ano III, número 13. p. 47-70.

divíduo, porque “o campo da investigação do assédio moral reside na violação a direitos da personalidade do indivíduo.”⁹.

Acerca da caracterização, vale transcrever trecho da ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

...2. Na hipótese vertente, o Regional consignou que a Empregadora permitiu que sua preposta mantivesse um comportamento ofensivo em relação aos empregados colocados sob sua orientação, agredindo-os verbalmente e de forma contínua. A própria Reclamada admite, nas razões do seu recurso de revista, que uma das testemunhas afirmou categoricamente que a chefe imediata da Reclamante a chamou de incompetente e irresponsável, em voz alta, diante de outras pessoas. Além disso, o tratamento dispensado à Reclamante era excessivamente rigoroso, habitualmente aos gritos e com ironias. Apesar do sofrimento causado por tais agressões, a Reclamante suportou-as ao máximo, pois era senhora de meia-idade, com mais dificuldade em conseguir nova colocação no mercado de trabalho, e responsável pela manutenção de sua família com o salário recebido.

3. Sinale-se que o juízo do primeiro grau de jurisdição ouviu o depoimento das testemunhas e ficou convencido da gravidade e da intensidade da violência psicológica perpetrada contra a Reclamante, que ultrapassou em muito a mera aplicação do poder disciplinar. Tal entendimento foi confirmado no segundo grau, que também frisou a frequência com que a chefe destratava a Reclamante e o fato de essa prática ser adotada com relação a outros empregados, passando a fazer parte do procedimento empresarial, o que causou, inclusive, a elevação do valor fixado a título de indenização por dano moral. (...) - destaques nossos.¹⁰

9 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op cit.* p. 52.

10 TST, AIRR 733/2005-020-10-40, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 29/06/2007.

É importante destacar que mera insatisfação pessoal ou exagerada sensibilidade ligada à característica pessoal ou fatos desagradáveis da vida cotidiana não configura o assédio moral¹¹. Exige-se que haja, ao menos, atentado à saúde psíquica da vítima, ainda que não haja dano concreto. Isso porque a doença psíquica pode advir do assédio, mas não necessariamente ocorrerá, nem é elemento indispensável. O que é relevante para a caracterização do assédio moral “é a violação do direito da personalidade, cuja materialização ou prova dependerá do caso concreto”¹². Assim, relevante é a constatação de agressão que fere um dos direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à dignidade humana, à honra, à intimidade, à saúde, dentre outros, para que haja assédio moral.

Além do componente da violência psicológica, o assédio moral pode caracterizar-se pelo abuso de direito, isto é, pelo “exercício anormal ou irregular de um direito, ou seja, além de seus limites e fins sociais, causando prejuízo a outrem, sem que haja motivo legítimo que o justifique. É um ato ilícito *sui generis*, que gera o dever de ressarcir o dano causado”¹³. Portanto, o abuso de direito apto a enquadrar a conduta como assédio moral não demanda a identificação de violação direta à norma legal, mas sim excesso no exercício dos direitos advindos da relação de trabalho, em especial, excesso do poder de direção do empregador ou dos direitos atinentes à convivência no ambiente de trabalho. E não poderia ser diferente, pois ainda que não se enquadre em tipo legal específico, o ordenamento jurídico não alberga ato que ultrapasse os parâmetros da boa-fé objetiva, finalidade social, econômica, equidade e proporcionalidade.

Todo assédio moral, assim entendido como conduta combatida pelo Direito, possui, também, o objetivo direto ou indireto de exclusão da vítima do ambiente de trabalho. Aquele que pratica o assédio moral geralmente sente-se ameaçado pela vítima, razão pela qual realiza atos que visam diminuir, humilhar, reduzir a produtividade da vítima, levá-la a pedir demissão ou impedir que se revelem suas qualidades profissionais perante os demais colegas de trabalho. Não por outro motivo, Euler Sinoir de Oliveira afirma que a vítima em potencial do assédio moral não é o empregado desdioso ou pacato, mas sim aquele que, por possuir qualidades

11 Nesse sentido encontra-se este acórdão: “DANO MORAL INOCORRÊNCIA. Haverá dano moral quando provado que no ato patronal constatou-se a presença dos pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, resultante de culpa ou dolo, relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano, e notadamente o dano que teria sido experimentado, pois “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. **Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo**”, como **leciona o Prof. Sérgio Cavalieri Filho.**” (TRT 19ª Região, RO 02827.1997.006.19.00-4, Tribunal Pleno, Relator Juiz Pedro Inácio, DOE/AL 01/12/2000 – destaque nosso)

12 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op cit.* p. 54.

13 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. vol. I A-C, 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2005. p. 35.

que o destacam, faz com que o agressor sinta-se ameaçado, seja no cargo, seja na posição por ele ocupada no grupo¹⁴.

Em última análise, o assédio moral pode configurar-se como forma de discriminação, embora não necessariamente seja assim caracterizado. De fato, se o motivo do algoz apontado como justificativa para assediar a vítima consubstanciar-se em diferença fundada na raça, cor, sexo, opinião política, nacionalidade ou origem social, a conduta poderá enquadrar-se no item 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que trata da discriminação em emprego e profissão e que se encontra assim redigido:

1 - Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:

a- toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b - qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2 - As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3 - Para os fins da presente Convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

Ressalte-se, por oportuno, a diferença entre o assédio moral e o assédio sexual. Com efeito, ambas as reprováveis condutas são combatidas pelo sistema jurídico, atentam contra a dignidade do indivíduo e são, em regra, reiteradas. No entanto, enquanto no assédio moral objetiva-se a exclusão da vítima do ambiente de trabalho, no assédio sexual o agressor visa obter favores sexuais da vítima¹⁵.

É indiferente, outrossim, o grau hierárquico entre vítima e algoz para a caracterização do assédio moral. Muito embora a maior parte dos casos que chegam ao Poder Judiciário ocorram

14 OLIVEIRA, Euler Sinoir de. Assédio moral: sujeitos, danos à saúde e legislação. *Gênesis*. Curitiba, nº 134, fev. 2004, p. 221-234.

15 FRAGA, Ricardo Carvalho. Dano moral: Inúmeras mas não excessivas ações. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. v. 3, nº 13, jul/ago 2006, p. 17-40.

na relação entre chefes e subordinados, em abuso de direito do poder diretivo e disciplinar, é possível a configuração do assédio moral entre empregados de mesmo nível hierárquico e entre subordinados contra seus superiores.

(...) Assim, o que se verifica no assédio moral é a utilização do poder de chefia para fins de verdadeiro abuso do direito do poder diretivo e disciplinar, bem como para esquivar-se de conseqüências trabalhistas. Tal é o exemplo do empregador que, para não ter que arcar com as despesas de uma dispensa imotivada de um funcionário tenta convencê-lo a demitir-se ou cria situações constrangedoras, como retirar sua autonomia no departamento, transferir todas suas atividades a outras pessoas, isolá-lo do ambiente, para que o empregado sinta-se de algum modo culpado pela situação, pedindo sua demissão.

Já o fenômeno percebido entre os próprios colegas de trabalho, que motivados pela inveja do trabalho muito apreciado do outro colega, o qual pode vir a receber uma promoção, ou ainda pela mera discriminação motivada por fatores raciais, políticos, religiosos, etc., submetem o sujeito “incômodo” a situações de humilhação perante comentários ofensivos, boatos sobre sua vida pessoal, acusações que podem denegrir sua imagem perante a empresa, sabotando seus planos de trabalho, é o denominado assédio horizontal.¹⁶

Ademais, o conjunto de práticas que caracterizam o assédio moral podem ser de ordem omissiva ou comissiva. De fato, as condutas que caracterizam o assédio moral podem ocorrer de forma direta ou indireta, por ação ou omissão, por gestos, insinuações, zombaria, sarcasmo, ironias, hostilidade, maledicência, pela atitude de desprezo e/ou tornar insignificante a vítima, cuja existência passa a ser ignorada. São exemplos comuns desta pratica: dar instruções confusas e imprecisas ao trabalhador; atribuir-lhe erros imaginários; solicitar tarefas com prazos impossíveis de ser cumpridos e infringir castigos físicos.

Seguem dois exemplos de casos concretos apreciados pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁷:

(...) Informou o obreiro, no exórdio, ter sido humilhado por seus superiores, ofendido por expressões como burro, incompetente, cavalo paraguaio, além de várias piadas extremamente ultrajantes (fl. 04). A única testemunha ouvida a seu convite (fl. 373) confirmou que diariamente eram cobrados no início da jornada quanto ao desempenho nas vendas; a supervisora Roberta naquela

16 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. *op cit.* p.

17 TST, AIRR 8498/2005-026-12-40, 2ª Turma, Relator Ministro Renato Lacerda de Paiva, DJ 02/03/2007; e RR 1938/2001-027-01-00, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 10/03/2006.

cobrança chamava os componentes da equipe de incompetentes e burros, incapacitados de fazer o trabalho.

Já a única convidada pela ré não presenciou a supervisão de Roberta ao tempo em que o autor era seu subordinado, de modo que não pode ser considerado o seu depoimento.

Ressalto que o fato de o testigo do obreiro ter afirmado que este tinha um bom desempenho não faz desaparecer o ilícito, uma vez que toda a equipe sofria ofensas quase diárias, o que gera o direito à reparação.

A respeito do tema ora focado, o art. 5º, inc. X, da Carta Magna assegura a indenização por danos morais quando houver prejuízo à reputação, à boa honra, ao decoro e à dignidade pessoal do empregado.

Também, a responsabilidade do agente pela indenização do ato por ele praticado ou a que deu causa tem suporte no art. 186 do Código Civil. A definição doutrinária do instituto, por sua vez, é de que consiste ele na violação de um bem integrante da personalidade da vítima, violação esta da qual resultam sofrimento e humilhação, capazes de atingir o sentimento de dignidade do ofendido. (...)

(...) 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Conforme estabelece o art. 5º, XV, da CF, é inviolável a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação. No caso, o Regional, com base na prova colacionada, em especial a oral, entendeu que a Reclamada tolheu a liberdade de ir e vir de seus empregados, ferindo-lhes a dignidade e a honra. Salientou que a Reclamada, no momento da dispensa, mentiu a seus empregados dizendo que os levaria para o Rio Centro, quando, na verdade, os conduziu até um dos prédios da Telemar, fez com que eles passassem por um corredor polonês formado por vários policiais, colocou-os em determinadas salas e proibiu-os de ir ao banheiro e de atender a telefones celulares, fatos que implicaram o reconhecimento do dano moral causado e que merecia ser reparado. O entendimento adotado pelo Regional não viola os dispositivos legais e constitucionais invocados pela Recorrente (CF, art. 5º, II; CLT, art. 818; CPC, arts. 333 e 348; CC, art. 159), que foram interpretados de forma razoável, incidindo o óbice da Súmula nº 221, II, do TST. (...)

18.4 CONSEQÜÊNCIAS NO ÂMBITO JURÍDICO

Além dos evidentes prejuízos de ordem psíquica, social e econômica sobre o empregado vitimado, o assédio moral tem por efeito imediato a redução da produtividade e aumento dos custos da empresa e elevação das despesas públicas com previdência social.

“(...) Nota-se, portanto, uma relação entre os efeitos oriundos do abuso moral e a saúde da empresa. A produtividade dos trabalhadores vítimas do assédio tende a diminuir muito, se comparada aos períodos em que não eram vítimas. Eles faltavam menos ao trabalho, raramente apresentavam atestados médicos, tinham menos problemas psicológicos. A partir do momento em que são assediados são visíveis as transformações em sua vida, seja ela pessoal ou profissional.

O aumento dos custos nas empresas são determinados pelas faltas por doenças, substituições e despesas processuais. O rendimento da vítima chega a diminuir cerca de 60% se comparado a período anterior ao assédio.

Estes custos não ficam restritos somente à empresa, é de se observar que o Estado arca com uma grande quantia, considerando-se que as licenças médicas superiores a 15 dias, os afastamentos por acidentes de trabalho decorrentes do estresse psicológico gerado pela violência e, por que não dizer, as inúmeras aposentadorias precoces, são pagas pelo Instituto Nacional de Seguro Social, ou melhor, pelo contribuinte. Assim é possível falar, também, em custo social decorrente das situações das situações de coação moral no trabalho.¹⁸

Todavia, o assédio moral possui, ainda, efeitos no âmbito jurídico. A prática do assédio moral é combatida por meio de três diferentes frentes de coação a essa prática, por meio de normas de natureza cível, trabalhista e penal.

No âmbito cível, a reparação do dano pode ser feita por meio de desagravo público e condenação do assediador, ou empresa empregadora, ao pagamento de indenização.

A legislação trabalhista não dispõe, expressamente, sobre o dever de indenização nos casos em que verificado assédio moral. No entanto, em razão da proteção dada pelo ordenamento jurídico aos direitos da personalidade, feridos na prática de assédio moral, o direito à indenização é reconhecido nesses casos. Assim não poderia deixar de ser, pois o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra

¹⁸ OLIVEIRA, Euler Sinoir de. *op cit.* p. 229.

e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”. Assim, para salvaguardar os direitos da personalidade feridos no assédio moral e ainda para preservar a dignidade da pessoa humana (princípio do Estado Democrático de Direito) e, ao mesmo tempo, sanar a lacuna legislativa trabalhista, aplica-se o art. 927 do Novo Código Civil para reconhecer-se direito à reparação dos danos causados por assédio moral ocorrido no ambiente de trabalho.

O novo Código Civil, por sua vez, adota a teoria da responsabilidade objetiva. Segundo o art. 927 do Código Civil, todo aquele que pratica ato ilícito tem o dever de indenizar.

“Outra inovação do Código [Civil] que merece destaque é a inclusão da obrigação de indenizar como modalidade autônoma de obrigação, como a extensão que lhe foi dada nos artigos 927 e seguintes. Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato danoso.”¹⁹

O valor da indenização deve ser fixado com base no caso concreto, utilizando as regras dos artigos 944 e 945 do Código Civil²⁰. A indenização por danos materiais deve, a toda evidência, corresponder ao prejuízo sofrido pela vítima que possa ser convertido em pecúnia, como despesas com tratamento psicológico, promoções perdidas, dentre outros devidamente comprovados.

Quanto aos danos morais, ante a impossibilidade de aferi-los em valores financeiros, o magistrado deve avaliar caso a caso a extensão do dano, a fim de avaliar a indenização a que faz jus a vítima. O dano moral possui natureza mista, pois visa à reparação ou compensação do dano e impor penalidade de ordem cível ao infrator que o iniba de repetir a conduta ilícita ou abusiva. De fato, não apenas a dor sofrida pela vítima deve ser levada em consideração no momento do arbitramento dos danos morais, mas deve-se atentar, também, para a finalidade punitiva de tal indenização. De acordo com o professor Carlos Alberto Bittar:

“Com efeito, a reparação de danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula ‘danos emergentes e lucros ces-

19 CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*. Vol. 6, n° 24, 2003. p. 33-34.

20 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

santes' (C. Civ., art. 1.059), aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

É que interessa ao Direito e à sociedade que o relacionamento entre os entes que contracenam no orbe jurídico se mantenha dentro de padrões normais de equilíbrio e de respeito mútuo. Assim, em hipótese de lesionamento, cabe ao agente suportar as conseqüências de sua atuação, desestimulando-se, com a atribuição de pesadas indenizações, atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade humana.”²¹

Entendemos, ainda, ser possível condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em casos de assédio moral. Com efeito, o assédio moral pode saturar o ambiente de trabalho a ponto de todos os trabalhadores sentirem os efeitos nocivos desta conduta. Nesse caso, destaca-se, que a legitimidade para ajuizar a ação, tanto é da vítima de forma individualizada ou em grupo, quanto do sindicato, por tratar-se de interesses individuais homogêneos, quanto do Ministério Público.

No âmbito trabalhista, o assédio moral pode dar ensejo à demissão dos empregados agressores, uma vez que o art. 482, alíneas “j” e “k”, da Consolidação das Leis do Trabalho, permite a rescisão do contrato de trabalho por justa causa pela prática de ato lesivo da honra ou boa fama praticado contra qualquer pessoa, salvo se tiver sido praticado em legítima defesa. Cumpre observar que o artigo 462, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho está redigido de forma a permitir que, em caso de dano causado pelo empregado em razão de assédio moral por ele praticado, o empregador possa descontar o correspondente prejuízo (ou indenização) de seu salário.

Além disso, há rescisão indireta do contrato de trabalho quando a vítima for levada a pedir demissão por causa da pressão exercida por meio do assédio moral. Essa hipótese está disciplinada na Consolidação das Leis do Trabalho, no seu artigo 483, que garante ao empregado prejudicado pela rescisão indireta a indenização prevista para a demissão sem justa causa.

Por fim, em hipóteses extremas, o direito criminal pode ser aplicado para coibir ou punir a prática de assédio moral. Isso porque as sanções previstas para os tipos penais contidos no Capítulo V do Código Penal, dos Crimes contra a Honra, isto é, os crimes de calúnia, difamação e injúria, além dos delitos de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho (artigo 198), contra a liberdade de associação (artigo 199) e, no âmbito do serviço público, do crime de prevaricação (art. 319) correspondem à casos de assédio moral.

21 BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para sua fixação. *Repertório IOB de jurisprudência*. 1ª quinzena de agosto de 1993, nº 15/93, p. 293-294.

18.5 CONCLUSÃO

Como exposto, com o acirramento da competitividade no mercado de trabalho diminui-se a solidariedade entre colegas e trabalho e aumenta a probabilidade de ocorrer assédio moral no âmbito das empresas e organizações.

Necessário que as empresas e organizações adotem medidas para coibir práticas que possam desembocar no assédio moral no ambiente de trabalho, a fim de proteger os direitos da personalidade de seus empregados e colaboradores, criando um ambiente de trabalho saudável, o que por certo levará a resultados positivos e maior produtividade de labor. Deve-se coibir o assédio moral, ademais, para que os empregadores não venham a despende vultosas quantias em indenizações e não tenham empregados afastados do trabalho por motivo de doença, o que resulta em aumento de custos e elevação das despesas públicas com a previdência social, com reflexos negativos para toda a sociedade.

A desmistificação do assédio moral no ambiente de trabalho é um caminho seguro e simples para prevenção e erradicação de sua prática. A prevenção passa pela adoção de dois enfoques básicos na administração dos recursos humanos: educação e fiscalização²².

²² Nesse sentido, vide FRAGA, Ricardo Carvalho. *op cit.*

REFERÊNCIAS

- BELFORT, Fernando José Cunha. *Meio Ambiente do Trabalho. Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo – SP: LTr, Junho, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para sua fixação. *Repertório IOB de jurisprudência: civil processual penal e comercial*. nº 15/93, 1ª quinzena de agosto de 1993, p. 291-294.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*. vol. 6, nº 24, 2003. p. 30-46.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo – SP: LTr, Fevereiro, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. vol. I A-C, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Dano Moral. Múltiplos Aspectos nas Relações de Trabalho*. São Paulo – SP: LTr, Junho, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira S.A., 1986.
- FRAGA, Ricardo Carvalho. Dano moral: Inúmeras, mas não excessivas ações. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. v. 3, nº 13, jul/ago 2006, p. 17-40.
- HIRIGOYEN, Marie Francie. *A violência perversa do cotidiano*. Tradução: Maria Helen Huhner. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Perspectivas na utilização do assédio moral na proteção e defesa de representantes unitários e não-sindicais de trabalhadores nos locais de trabalho. *Revista Trabalhista: direito e processo*. V. 2, nº 8, out/dez 2003, p. 65-96.
- MONATERI, Pier Giuseppe; BONA, Marco; OLIVA, Umberto. O *mobbing* como *legal framework*: a nova abordagem italiana ao assédio moral no trabalho. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 7, jul/set 2001. p. 127-151.
- MORAES, Mônica Maria Lauzid de. *O Direito à Saúde e Segurança no Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo – SP: LTr, Março, 2002.
- NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Assedio moral no ambiente de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v.68, n.08, ago. 2004, p. 922-930.
- OLIVEIRA, Euler Sinoir de. Assédio moral: sujeitos, danos à saúde e legislação. *Gênese*. Curitiba, nº 134, fev. 2004, p. 221-234.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo – SP: LTr, Agosto, 2006.

PADILHA, Norma Sueli. *Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado*. São Paulo – SP: LTr, Maio, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Ano III, número 13. p. 47-70.

SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro – RJ: Renovar, 2001.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO



19 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E A TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS: REPENSANDO O SISTEMA SINDICAL PÓS-MODERNO

THIAGO MORELLI RODRIGUES DE SOUSA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO PARANÁ

“(...) Mas transformem-se pela renovação do seu entendimento (...)”
(Apostolo Paulo, na carta aos Romanos, capítulo 12, verso 3 - NVI).

19.1 INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Entender o funcionamento de um determinado sistema jurídico implica precipuamente dissecar suas instituições, buscando formas e moldes a adaptá-las à realidade social na qual se encontram insertas.

No caso particular dos Serviços Sociais Autônomos, o primeiro questionamento advém da real necessidade de sua existência, tendo em vista as sucessivas mutações (inclusive em nível constitucional) surgidas após sua criação. De fato, desde a concepção originária destas entidades, até o atual estado de coisas, houve uma sensível modificação das instituições e da sociedade brasileira. O direito sindical, de onde parte a existência de tais entidades, vem sofrendo modificações espantosas em seu alcance, inclusive tramitando nas casas parlamentares propostas de sensível alteração no *status quo* do sistema sindical atual¹.

Os Serviços Sociais Autônomos, querendo ou não, fazem parte do sistema sindical, por força de dispositivo constitucional (artigo 240 da CF). Portanto, interessa-lhes o deslinde do direito sindical brasileiro. Mais que isso, como parte das instituições que fazem parte do modelo estatal, também sentem, de certa forma, a crise institucional e política atravessada pelo país. Lembre-se da lição de Paulo Bonavides, para quem “*é sobretudo em países sujeitos à agressão liberticida dos que procuram apagar o perfil democrático das instituições, desferindo golpes de Estado e provocando crises de governabilidade*” (BONAVIDES, 2007).

A fim de evitar o agravamento de tal crise de legitimação institucional, é necessário repensar e reavaliar o funcionamento dos Serviços Sociais, até porque, como instituições tradicionais

¹ Cite-se, neste sentido, a Proposta de Emenda à Constituição 369/05, e o Projeto de Lei 1.528/89.

(criadas há mais de 50 anos)², talvez, num primeiro rompante, possa-se imaginar sua vetustez e inadequação às novas realidades surgidas, inclusive após a Constituição de 1988.

Este é o objetivo do presente estudo: analisar se a sociedade contemporânea prescinde ou não da existência dos denominados Serviços Sociais Autônomos, e se tais entidades se encontram adaptadas para as novas realidades impostas, no atual estágio de desenvolvimento das instituições brasileiras. Em outras palavras, torna-se necessário entender a posição das chamadas “paraestatais”³, vinculadas ao sistema sindical, na estrutura constitucional pós-moderna.

Para tanto, pede-se vênia para esmiuçar, ainda que brevemente, a natureza jurídica destas entidades, suas principais características e modos de ser. Em seguida, o estudo partirá para a análise da sociedade brasileira contemporânea, através da leitura constitucional acerca da sociedade, suas concepções, e seu desenvolvimento. Por fim, cotejando a forma de atuação dos Serviços Sociais, e os objetivos da sociedade, acostados na Carta Constitucional, pensar-se-á na sua adequação ou não àquilo que a coletividade necessita.

19.2 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: SUA CONCEPÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Ceda a lição de que o estudo de qualquer instituição deve ser iniciado a partir da Constituição Federal.

Com os Serviços Sociais Autônomos, isto não é diferente. A atual carta Política separou um dispositivo constitucional para tratar do presente tema. Embora o texto constitucional não traga explicitamente uma definição para as entidades tratadas, este traz implicitamente conceitos muito importantes ao correto entendimento das entidades. Veja-se a letra do constituinte:

“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”.

2 A título de exemplo, Sesi foi criado Decreto-lei nº 9.403 de 25 de junho de 1946, e o SENAI, pelo DL Decreto-lei 4.048 de 22 de janeiro de 1942, e tiveram seus regulamentos aprovados, respectivamente, pelo Decreto nº 57.375, de 2 de dezembro de 1965, e pelo Decreto nº 494 de 10 de janeiro de 1962.

3 O termo paraestatais remonta sua atuação ao lado (em paralelismo) ao Estado, e é adotada por Hely Lopes MEIRELLES (2003, p. 362) e Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2006, p. 483). Não é uma expressão unívoca (costumava, inclusive, ser utilizada tradicionalmente para designar autarquias e congêneres), porém tem sua colocação consagrada para a nomenclatura dos Serviços Sociais Autônomos.

Da simples leitura, extrai-se algumas das principais características destas entidades⁴: personalidade jurídica de direito privado, manutenção de suas atividades mediante contribuições compulsórias⁵, finalidade de existência afeta ao serviço social e formação profissional, e vinculação ao sistema sindical.

Veja-se, a par destas características, outras relevantes:

a) instituição mediante lei;

Voltando à gênese dos Serviços Sociais Autônomos, estes são oriundos de uma concepção fortemente intervencionista do Estado. Entidades como SESI/SENAI e SESC/SENAC remontam uma concepção estatal de busca de melhorias nas condições de vida e trabalho do trabalhador urbano, em continuidade à política de amparo trabalhista do qual é corolário o compêndio conhecido como Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei 5452/42).

Assim, à época, tais entidades foram criadas por atos normativos distintos da lei *strictu sensu*. Porém, consoante unânime posicionamento da doutrina, tais atos normativos (Decretos-Lei e congêneres) foram recepcionados pela novel Ordem Constitucional como leis originárias, exigindo-se o mesmo veículo legal para eventuais propostas de alteração.

b) personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;

A par da criação legal, houve por bem a legislação criadora dos Serviços Sociais Autônomos atribuir-lhes personalidade privatística. Daí decorrem importantes conclusões.

Primeiramente, a regra geral quanto às relações jurídicas travadas entre Serviços Sociais e terceiros é a regência da legislação civil. Os contratos celebrados com outros particulares, em geral, são regidos pelo Código Civil Brasileiro. A atribuição dos associados, sua responsabilidade contratual e extracontratual, inclusive quanto ao cometimento de atos ilícitos, fica restrita à seara civil.

Em seguida, decorre desta declaração que os Serviços Sociais Autônomos, via de regra, não se subordinam a qualquer órgão da Administração Pública, não obstante o reconhecimento

⁴ “Os Serviços Sociais Autônomos são entes paraestatais, organizados para fins de amparo, de educação ou de assistência social, comunitária ou restrita a determinadas categorias profissionais, com patrimônio e renda próprios, que, no caso da União, pode ser auferida por contribuições parafiscais, tudo obedecendo a parâmetros constitutivos instituídos por lei, que lhes confere delegação legal no capô do ordenamento social e do fomento público (MOREIRA NETO, 2003, p. 258-259).

⁵ São as chamadas contribuições parafiscais. Embora esta nomenclatura seja equívoca (pois a parafiscalidade, como compreendida pelo direito financeiro, tem uma dimensão mais abrangente que a adotada pelas contribuições), seu uso corrente e moente fará com que se adote esta denominação, advertindo-se o leitor apenas quanto à falta de univocidade conceitual desta.

do interesse público envolvido na consecução de seus objetivos, e do amparo financeiro que recebem (GASPARINI, 2003, p. 389). Por outro prisma, não há qualquer competência administrativa, relacionada com a capacidade regulatória (própria das Agências Reguladoras) ou exercício de poder de polícia (que, nos termos do artigo 78 do CTN, pode impor a outros particulares a prática ou abstenção de atos), não havendo no que se falar, em um primeiro momento, em poderes exorbitantes em relação dos Serviços Sociais Autônomos (JUSTEN FILHO, 2005, p. 129).

Assim, a gestão dos objetivos colimados nestas verdadeiras associações de direito civil se pauta, em regra, pela liberdade inerente ao direito privado.

c) derrogações de direito público, em decorrência das finalidades afetas à assistência social ou aprendizagem técnica de determinada categoria econômica;

Com efeito, as afirmações feitas linhas atrás devem ser vistas com algumas ressalvas, pois, inobstante à regra de sujeição do regime privatístico, há diversas derrogações de direito público à liberdade de atuação destas paraestatais.

Com efeito, há casos em que os Serviços Sociais Autônomos tem as mesmas sujeições e prerrogativas que o próprio Poder Público. Os fundamentos destas derrogações não se encontram propriamente na personalidade jurídica destas (pois, como fora vista atrás, estas são regidas preponderantemente pelo Direito Civil), mas em dois fatores fundamentais: pelo exercício de um múnus público (um interesse primário do Estado), e pela percepção de rendas tributárias, cobradas do setor profissional privilegiado com a atuação da paraestatal.

A par dos recursos auferidos pela para-fiscalidade, item a ser exposto em tópico próprio, o interesse público nas finalidades institucionais dos Serviços Sociais Autônomos condicionam a função administrativa desempenhada. Assim, face a este exercício público, os Serviços Sociais Autônomos são diuturnamente fiscalizados pelo próprio Estado, seja através do Poder Executivo (artigo 183 do Decreto-Lei 200/67), seja através do Poder Legislativo (com auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal). Também a fiscalização pelo Poder Judiciário tem papel relevante, pois admite a doutrina que os atos de seus dirigentes possam ser atacados por via do Mandado de Segurança, remédio heróico destinado a coibir atos coatores de autoridades públicas ou seus delegatários (GASPARINI, 2003, p. 389).

Assim, ao garantir ao particular o manuseio do Mandado de Segurança contra dirigentes de Serviços Sociais Autônomos, implicitamente admite-se o interesse público contido na atuação paraestatal.

Também o interesse público condiciona a atuação destas paraestatais, na medida em que estas devem ser norteadas pelos mesmos princípios administrativos aplicáveis ao Poder Público (JUSTEN FILHO, 2005, p. 130), princípios estes explicitados no caput do artigo 37 da Carta Política. Este posicionamento inclusive é o assentado pelo TCU. De acordo com essa Corte de Contas, não obstante não estejam os Serviços Sociais Autônomos sujeitos às regras legais atinentes à Administração Pública (como a Lei de licitações – Lei 8666/93) “*é uníssona a orientação desta Corte em relação à necessidade de observância aos princípios gerais da Administração Pública, sobretudo, os constitucionais*” (TCU, Acórdão 1170/2006 - Segunda Câmara, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, DOU de 19/05/2006). Em outra assentada, aquela colenda Corte reiterou este posicionamento:

“linha jurisprudencial recentemente preconizada, no que se refere à fiscalização dos chamados Serviços Sociais Autônomos, reclama uma abordagem própria, na qual se confira maior ênfase a questões finalísticas e à observância dos princípios gerais aplicáveis à administração pública (Decisão Plenária 907/97 - TC-11.777/96-6; Decisão 80/98 – 2ª Câmara, TC-650.148/96-7; Acórdão 300/98 – 1ª Câmara, TC- 009.319/96-4 e Decisão 27/99 - 1ª Câmara, TC-275.614/96-4, dentre outras)”

Assim, criou-se um parâmetro de fiscalização principiológico em relação a estas paraestatais, fundado na consecução do interesse público através de suas ações, e no gasto módico e eficaz de seus recursos.

d) manutenção de suas atividades mediante recursos derivados de contribuições sociais, denominadas “contribuições parafiscais”.

Primeiramente, mister se faz explicitar a corrente equivocidade do uso da expressão “contribuições parafiscais”. Para o Ministro Carlos Velloso, contribuições parafiscais seriam um gênero, na qual entrariam as contribuições sociais inscritas no artigo 195, incisos I a III da Constituição, o FGTS, o salário-educação, além das próprias contribuições para custeio dos Serviços Sociais Autônomos (STF, RE 138284-8/CE, Relator Ministro Carlos Velloso, pleno, DJ de 28/08/1982).

A bem da verdade, para a correta compreensão da parafiscalidade, deve-se estudar esta em conjunto com a fiscalidade e a extrafiscalidade. Tributos fiscais, grosso modo, são aquelas exações que têm nítido propósito arrecadatório; são recursos auferidos para fazer frente às despesas Estatais.

A par dessas duas situações, convém ao Estado, em certas ocasiões, destinar a arrecadação de um tributo específico para a manutenção de pessoa jurídica distinta de si própria, a qual

desempenhe funções de interesse social. Neste caso, utiliza-se da parafiscalidade, em que o recurso auferido não vai aos cofres do Tesouro Nacional, mas é canalizado para o atingimento dos fins daquela entidade descentralizada.

Portanto, o recebimento de contribuições parafiscais não é privilégio dos Serviços Sociais Autônomos. Todas as entidades que recebem receitas decorrentes de tributos, por autorização legal expressa, são alvo também da parafiscalidade.

Entre a doutrina, há posição de que as contribuições parafiscais recebidas pelos Serviços Sociais Autônomos são efetivamente tributos. Porém há posicionamentos no sentido de estas contribuições não serem, à toda prova, ingressos tributários.

O professor HARADA (2001, p. 311) nega às contribuições do chamado “Sistema S” índole tributária, por entender ser impossível que uma entidade de direito privado detenha competência para instituir um tributo. Ademais, argumenta que a contribuição não integra o orçamento da União, ou da Seguridade Social (artigo 165, § 5º, I e III, da CF).

Porém, tais argumentos não são fortes suficiente a derrubar a natureza tributária das contribuições parafiscais, em especial as destinadas às paraestatais.

Primeiramente, não há que se confundir competência tributária e sujeição ativa tributária. A competência é indelegável, e pertence à Pessoa Política constitucionalmente outorgada. Assim, as contribuições ao “Sistema S” são de competência da União, e não dos próprios Serviços Sociais. Prova disso é sua instituição por lei Federal, sendo inclusive recepcionada pela novel ordem constitucional. Esta competência consta no próprio dispositivo constitucional que cria tais contribuições, ao mencionar que “compete exclusivamente à União (...)”.

Portanto, a competência é da União, e não das próprias paraestatais.

Em segundo lugar, o artigo 4º, inciso II, do CTN dispõe que “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la (...) a destinação legal do produto da sua arrecadação”. Portanto, mesmo não integrando o orçamento da União (por não ter como destino os cofres públicos), não deixam de ter as contribuições aos Serviços Sociais Autônomos caráter tributário.

Endossa este posicionamento, além do precedente do e. STF citado, a própria definição de tributo contida no artigo 3º do CTN, in verbis:

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

As contribuições aos Serviços Sociais Autônomos preenchem estes requisitos pois: são prestações em pecúnia, compulsórias (obrigatórias a quem se inclua na hipótese de incidência do tributo), que não é sanção, fora instituída por lei, e cobrada por atividade administrativa (ou do INSS, ou a partir de maio do corrente ano, pela SRF, ou ainda pela própria entidade, caso em que esta cobrança reveste o Serviço Social dos atributos da própria Administração Pública). Vale repetir que, em determinadas situações, o interesse público faz com que a paraestatal seja revestida com os atributos da Própria Administração: este é o caso do momento em que a entidade, fazendo uso da sujeição ativa outorgada em lei, efetua *sponte* sua o recolhimento da contribuição devida.

Destarte, assumindo posição pela natureza de tributo, resta aferir de que tipo de tributo se está lidando. De acordo com MACHADO, há cinco espécies tributárias, com suas respectivas subdivisões:

“Temos, portanto, em nosso Sistema Tributário, cinco espécies de tributo, a saber: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios.

As contribuições sociais, que subdividem-se em contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições do interesse de categorias profissionais ou econômicas, e contribuições de seguridade social” (MACHADO, 2002, p. 64).

Portanto, as contribuições aos Serviços Sociais Autônomos são espécies de contribuições sociais, cujo permissivo constitucional situa-se nos artigos 149 e 240 da Lei Maior. São receitas tributárias, portanto.

19.3 LINEAMENTOS QUANTO AO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE: O PARADIGMA DAS ERAS DE DIREITOS

Pensar no desenvolvimento da sociedade não é tarefa fácil. Ao revés, exige uma metodologia apropriada, e, em verdade, dentre as metodologias existentes para o estudo de uma determinada sociedade, não há uma sequer que fique indene de questionamentos de críticas.

Em virtude do angusto espaço de exposição, permite-se um corte metodológico, buscando identificar o desenvolvimento social, econômico e político de uma sociedade, a partir da implementação dos direitos fundamentais declarados, e da criação de instrumentos aptos à sua efetivação.

O desenvolvimento da tessitura social, sob este prisma, é conhecido pela denominação de “*eras (ou gerações) de direitos*”. Parte-se da premissa de que o desenvolvimento das relações sociais exige das instituições a declaração de novos direitos, a fim de garantir o pleno desenvolvimento coletivo, e o atingimento de suas finalidades⁶.

Este conceito de gerações, elaborado por Norberto Bobbio, divide os direitos fundamentais em eras de “surgimento” (*rectius*: declaração).

A Primeira geração de direitos afirma o direito à liberdade. Surgem como forma de tolher a atuação estatal que vise à ablação aos direitos considerados básicos pelo cidadão: direito à vida, à liberdade, e à propriedade. Seu marco inicial surge com a *Magna Charta*, datada de 1.215, imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem-terra, verdadeira declaração de direitos civis e políticos.

A segunda geração de direitos, por seu turno, consiste na declaração dos direitos de igualdade. Ocorre que a posição de absentismo estatal e as grandes desigualdades no plano econômico entre determinados segmentos sociais impuseram a declaração de direitos sociais, a fim de buscar a tutela do hipossuficiente, através de mecanismos jurídicos afirmativos. Exemplo de direito de segunda geração são os direitos fundamentais relacionados à tutela do trabalhador, caso em que o Estado impõe ônus ao empregador, como contrapartida à sua hiperssuficiência econômica e social.

Já a terceira geração de direitos veio a declarar a existência de direitos fundamentais do ser humano enquanto membro da sociedade, os chamados direitos de *solidariedade*. Assim, passam a ser declarados direitos de titularidade coletiva, e não meramente individual. Caso seria, por exemplo, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros.⁷

A terceira geração de direitos tem traço marcante e distintivo das gerações anteriores: enquanto as gerações anteriores propunham uma relação antinômica entre indivíduo e Estado, a terceira geração entende que estes novos direitos devem ser exercidos em face da própria sociedade, e não mais em face do Estado. Caberia ao Estado, tão-somente, regulamentar a forma de usufruto destes direitos, vinculando assim toda a sociedade.

⁶ Frise-se que a própria concepção de gerações de direitos não é livre de críticas, pois, segundo seus detratores, tal se baseada em uma visão eurocêntrica de mundo. Em outras palavras, não se pode medir o desenvolvimento de todas as sociedades existentes no planeta tendo como referência o padrão europeu, como se somente a visão européia de direito fosse a *única* válida, ou a *única* eficaz.

⁷ Atualmente, cogita-se inclusive em uma quarta geração de direitos. Segundo esta linha doutrinária, estariam insertas nesta geração o direito ao patrimônio genético, e globalização. A ausência de um maior rigor doutrinário, por ora, impede a correta compreensão desta geração, o que, de forma alguma, pode acarretar na sua negação, como afirma Paulo Bonavides: “Os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, 1995, pp. 524-526).

A atual Constituição Federal, ciente da relevância destes direitos transindividuais, incorpora à sua redação verdadeiros axiomas a serem usufruídos pela sociedade, e, ao mesmo tempo, de observância obrigatória para a sociedade. Colhem-se os seguintes exemplos da Constituição:

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

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Destarte, passa-se a entender que a sociedade também é responsável pela tutela dos direitos fundamentais. Mais que isso, passa-se a reconhecer a insuficiência do Estado em adequar mecanismos à sua efetivação. Este é o pensamento de MAURO CAPPELLETTI, BRYANT GARTH:

“Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. [...] É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental” (CAPPELLETTI e GARTH, apud FELICIANO, 2005).

Desta forma, consagrou a terceira geração de direitos o chamado “terceiro setor”, ou seja, a existência de entidades privadas com finalidades sociais (ou públicas *lato sensu*).

Sob o prisma histórico, a gestão privada (desempenhada por particulares) de interesses públicos se inicia com a crise do chamado “*estado de bem-estar social*”. Por esta concepção estatal (também conhecida como *welfare state*), o Poder Público se incumbiu de prover à sociedade todos os serviços necessários ao seu desenvolvimento, quer econômico, quer social. No estado de bem-estar social ganha força a diferenciação entre interesse público (aquele relacionado com políticas de bem-estar, saúde, educação, etc., da coletividade) e interesse privado (nas relações entre particulares). Para este modelo o particular não deve se preocupar com o bem-estar alheio, mas somente em seus próprios interesses (lucro, felicidade, etc.).

Com o passar do tempo, este modelo de Estado precisou ser revisto, uma vez que a atuação estatal (na economia e nos serviços públicos) se revelou inoportuna e ineficiente, fator agravado pelo crescente endividamento público. Como contraposição, passou a ganhar força o ideário conhecido por “neoliberal”: uma atuação estatal menor que a efetuada no período de

governo intervencionista, porém maior que o modelo clássico de liberalismo, que vigorou no século XIX.

A nossa Constituição, embora promulgada sob fortes auspícios do *welfare state*, acabou por diminuir a dicotomia público-privado (especialmente pela positivação dos chamados direitos coletivos: necessidades sociais cuja persecução cabe ao particular).

Assim, com a Carta de 1988 abre-se espaço para o “terceiro setor”: uma alternativa entre outros dois setores: o setor público e o setor privado; mais precisamente, a gestão de interesses públicos por organizações não governamentais.

A atuação destes particulares preocupados com o desenvolvimento social traz vantagens em relação à atuação pública, que podem ser assim sintetizadas:

1. Vantagem política: primeiramente através da despolitização (entendida como “eliminação do conteúdo político supérfluo das decisões relativas a interesses públicos”), e, em seguida, pela participação do próprio administrado na gestão do interesse social (ao que a nossa Constituição chama “cidadania participativa”, em contraposição à “cidadania representativa”). A maior riqueza de soluções de prestígio do interesse público trás em si a idéia, muito em voga, de “sinergia social”;
2. Vantagem técnica: quando os interesses públicos são geridos por pessoas diretamente interessadas, ocorre naturalmente economicidade (economia de recursos) e desburocratização (adoção de menos graus hierárquicos para a tomada de decisões);
3. Vantagem fiscal: a criação de entidades privadas de cooperação com o Poder Público não gera, a princípio, maiores ônus ao governo. Mesmo o investimento financeiro do Estado nestas entidades trata de verba que já seria aplicada na área social.

Atualmente, há um marco legal à constituição e funcionamento das entidades de terceiro setor (com a edição de leis como as das OSCIPS e das Organizações Sociais). O próprio e. STF entende a importância destas entidades, atuantes em paralelo ao Estado Brasileiro:

“Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do estado intervencionista, ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução.

(...)

[a lei 96.37/91] institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a

saúde, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, mais dinâmico, enfim mais eficiente (...) não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado”. (trecho do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923, Relator Ministro Ilmar Galvão, acórdão pendente de publicação).

Interessante notar que, de certa forma, a existência do “terceiro setor” não se afigura tão novo assim, especialmente quando se analisa a existência dos Serviços Sociais Autônomos. Ocorre que a finalidade social, a personalidade jurídica de direito privado (inclusive com os mecanismos de controle por parte do Poder Público) e a afetação de rendas públicas para a consecução de tais objetivos, longe de serem novidades quanto às OSCIP e OS, já eram traços marcantes daquelas entidades, há décadas.

Portanto, na análise das gerações de direitos, pode se dizer, ontologicamente, que as entidades paraestatais alinham-se, quanto à forma e quanto ao fundo, no conceito de terceira geração. O fato de tais Serviços Sociais estarem ligados ao sistema sindical demonstra que a sociedade organizada efetivamente toma parte na prestação de atividades de serviço social. São entidades que, egressas do próprio seio social, buscam suprir lacunas em áreas específicas da sociedade.

Assim, medidas como instituição de Parcerias Público-Privadas, delegações administrativas, e fomento ao terceiro setor, nada mais são que a busca da conjugação dos valores da iniciativa privada (busca pela eficiência na gestão e modicidade na contraprestação cobrada do usuário do serviço) com o atingimento dos fins colimados pelo Estado, muitos deles inscritos na própria Constituição Federal.

Esta necessidade encontra eco na própria existência dos Serviços Sociais Autônomos, através do fenômeno conceituado como paraestatalidade. Ensina JUSTEN FILHO (2005, p. 128) que a expressão “paraestatal”, em suas origens, foi usada em referência às autarquias públicas. Com o tempo, tal passou a designar os Serviços Sociais Autônomos, posto que, não integrantes nem da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nem da Administração Pública Indireta (Autarquias Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas), mas apenas pessoas jurídicas privadas que trabalham ao lado do Estado, como auxiliares em tarefas pontuais e específicas. Não é outro o posicionamento do TCU, consoante denota o parecer de seu parquet especializado:

“Os serviços sociais autônomos constituem uma criação inspirada em modelos de estado que visam ao bem-estar social. Nesse sentido, essas entidades foram criadas e dotadas de autonomia com o fim de ampliar, de forma descentralizada, o alcance do poder estatal sobre algumas atividades econômicas, de

forma a aprimorá-las e incentivá-las, promovendo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento e a integração social” (parecer da lavra do Ex.mo Sr. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, exarado por ocasião da Decisão nº 386/2000 - Segunda Câmara, em fls. 308/312).

Portanto, mais que justificada é a presença, em nosso ordenamento, dessas entidades, como auxiliares do Poder Público na persecução de melhores padrões de vida aos trabalhadores brasileiros.

O fato de as paraestatais como Sesi e Senai serem vinculadas ao sistema sindical manifesta a valorização do sindicalismo, no Brasil. Em outras palavras, ao confiar a gestão destas paraestatais às Confederações e Federações (e aos sindicatos, de modo implícito), a Constituição entende que as categorias profissionais e econômicas são suficientemente aptas a gestão dos interesses sociais e de aprendizagem imbricados.

19.4 CONCLUSÃO

Observando o atual estágio das instituições brasileiras, é visível a falência da concepção da Estado plenamente intervencionista. A fim de adaptar as novas necessidades sociais ao funcionamento estatal, passou-se a permitir que entidades constituídas sob a forma de direito privado pudessem atuar concorrentemente ao Estado, suprimindo suas dificuldades e auxiliando a perseguir os objetivos das políticas públicas.

Interessante observar que, embora constituídas sob uma visão estatal distinta, os Serviços Sociais Autônomos preenchem a ausência do Poder Público, justamente nas áreas afloram entidades do terceiro setor (advindos da concepção já aludida à terceira geração de direitos). Com efeito as paraestatais por igual são entidades de direito privado, com finalidades de serviço social e ensino profissionalizante (finalidades precípua ao Estado), mantidos com recursos parafiscais (sem, portanto, a necessidade de contratos de gestão ou termos de parceria, como seria indispensável às OSCIP e OS).

Prosseguindo, suas derrogações de direito público (quanto, por exemplo, à observância de regulamentos de licitação), conferem, em verdade, uma vantagem comparativa, pois permite que os ingressos públicos (advindos de suas contribuições) sejam usados com melhor fiscalização⁸.

A importância destas instituições foi inegável no decorrer da história, tanto que essas entidades sobreviveram incólumes às mudanças nos regimes constitucionais de 1946, 1967 (incluindo a Emenda 01/69) e 1988, o que demonstra sua força e seriedade no atingimento das finalidades de assistência e educação do trabalhador.

Há quem veja na sobrevivência destes Serviços Sociais ranço estadonovista, e aparente retrocesso no desenvolvimento das instituições brasileiras (PEREIRA JÚNIOR, 2001, p. 371). Contudo, pelo contrário, cada vez mais se justifica a existência destas Entidades.

Assim, vê-se com ressalvas as ações de determinados segmentos da sociedade, que buscam de forma subreptícia extinguir os Serviços Sociais Autônomos.

Exemplo encontramos na Proposta de Emenda à Constituição 298/04. O autor da referida Proposta visa a revogação do artigo 240 da Carta Constitucional, e a extinção das paraestatais, aduzindo os seguintes argumentos:

“Na prática, entidades como o Sesi e o Senai – integrantes do chamado “Sistema S” e beneficiárias da contribuição compulsória prevista no art. 240 da Constituição – pouco oferecem em retribuição aos milhões de reais que são gerados pela arrecadação do tributo em referência. O produto da arrecadação tem servido, isto sim, para a acomodação de empresários mal-sucedidos nos comando dessas entidades, mediante polpudas remunerações e desmedidas mordomias. Afora isso, sabe-se que o Sesi e o Senai são especialistas na arte de construir suntuosos espaços de lazer para uma minoria privilegiada. Só insignificantes esforços são destinados à “formação profissional” a que alude o predito dispositivo constitucional”(PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 298/2004, Autor Edmar Moreira, disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/231421.pdf>).

Todavia, a existência dos Serviços Sociais Autônomos fala por si. O Relator dessa mesma proposição, junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, opinou pela inadmissibilidade desta PEC. Em seus considerandos, o Relator se resume a mencionar os números positivos da atuação daquelas entidades. Vale a pena transcrever parte dos resultados positivos mencionados:

⁸ Sabe-se que, atualmente, as OSCIP e OS pecam pela falta de controle quanto ao uso dos recursos públicos aportados, o que descredibiliza seriamente o uso destas entidades. Inclusive, propugna Celso Antônio Bandeira de MELLO (2006, p. 222) que a existência destas entidades serve tão-somente para se contratar serviços com burla à licitação.

“No caso do SESI:

Na área de Educação, mais de 1.708.000 de matrículas escolares;

11.701 salas de aula de 4.432 escolas, 3.457 tele-salas 234 bibliotecas, 302 cozinhas escolares e 104 refeitórios;

(...)

Projetos como Por Um Brasil Alfabetizado, em parceria com o Governo Federal que alcançou a alfabetização de 1,6 milhões de pessoas em 4 anos. A Ação Global que em 2006 foi responsável por 2.283.592 atendimentos. O projeto SESI Cozinha Brasil que realizou 800 mil atendimentos e mobilizou 1.800 parceiros proporcionando alimentação inteligente, de boa qualidade e a baixo custo para a população brasileira;

O atendimento a mais de 1.800 empresas na promoção de qualidade, segurança e saúde das condições de trabalho.

No caso do SENAI:

Mais de 2 milhões de matrículas em educação profissional deixariam de ser geradas anualmente;

A absorção pela indústria brasileira, todo ano, 79% dos ex-alunos matriculados nos cursos de educação do SENAI, perde importante fonte de mão-de-obra qualificada;

Mais 7,3 mil tecnólogos deixariam de ser formados todo ano;

4,9 mil pessoas deixam de receber anualmente títulos de certificações profissionais;

Mais de 16 mil empresas deixariam de receber serviços técnicos e tecnológicos, com destaque para os de pesquisa aplicada, desenvolvimento experimental e design;

707 unidades, espalhadas em todo o país, seriam desativadas;

Mais de 17 mil empregos diretos seria extintos” (Parecer do Deputado GERSON PERES à PROPOSTA DE EMENDA Á CONSTITUIÇÃO Nº 298/2004, Autor Edmar Moreira, disponível em [http://www.camara.gov.br/sileg/integras/479826 .pdf](http://www.camara.gov.br/sileg/integras/479826.pdf)).

Deste modo, não há outra conclusão, senão pela necessidade na existência das entidades paraestatais à novel ordem constitucional. Mais que isso, como vinculadas ao sistema sindical, as referidas entidades cumprem função específica de auxílio às categorias profissionais. O sistema sindical se encontra jungido aos Serviços Sociais Autônomos, de modo que o enfraquecimento de um resultará no colapso do outro.

Portanto, o aperfeiçoamento da atuação das paraestatais deve ser atingido através do aprimoramento do sistema sindical brasileiro. Desta forma, pode-se pensar em melhor cumprir dois dos objetivos fundamentais de nossa república federativa, constantes na Carta Constitucional, de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” e “*garantir o desenvolvimento nacional*” (artigo 3º, I e II, da CF).

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Constituinte e iniciativa popular, *in* Folha de São Paulo, edição de 09/07/2007, caderno Tendências/Debates.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7810>>.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 8 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 21 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 13 ed. rev. ampl atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, 5ª ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2003.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI
SUPERINTENDÊNCIA JURÍDICA – SJ

Helio Rocha
Superintendente Jurídico

Cassio Borges
Gerente-Executivo Jurídico

Comissão Organizadora do Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico

Cassio Borges (Coordenador)
Elizabeth Homs
Raul Caldas
Sidney Ferreira Batalha

Elaboração

Alexandra Rolim Sahagoff – Departamento Regional do Estado de São Paulo
Alexandre Minghin – Departamento Regional do Estado de São Paulo
Aline Paola C. Braga Camara de Almeida – Departamento Nacional
Ana Maria Santos Marques de Lucena – Departamento Regional do Estado de Pernambuco
Bruno Novaes Rosa – Departamento Regional do Estado de Sergipe
Carlos José Kurtz – Departamento Regional do Estado de Santa Catarina
Fabiola Pasini – Departamento Nacional
Fabricia Lemser Martins – Departamento Regional do Estado de Santa Catarina
Fernanda Pareja – Departamento Regional do Estado de Mato Grosso
Francisca José de Melo – Departamento Regional do Estado de Santa Catarina
Gisela Pimenta Gadelha – Departamento Regional do Rio de Janeiro
Grace Karen Decke – Departamento Regional do Estado de Mato Grosso
Gustavo Kelly Alencar – Departamento Regional do Estado do Rio de Janeiro
Jefferson Marinho – Departamento Regional do Estado do Acre
Jose Carlos Imbriani – Departamento Regional do Estado de São Paulo
Larissa Gomes – Departamento Regional do Estado de Mato Grosso
Márcio Bruno Souza Elias – Departamento Nacional
Marco Antônio Guimarães – Departamento Regional do Estado do Paraná
Mariana Rocha Urban – Departamento Regional do Estado do Paraná
Marisa Sanford Silveira – Departamento Regional do Estado do Ceará
Rodrigo Simões Frejat – Departamento Nacional
Silvia Passoni Mattos Carreirão – Departamento Regional do Estado de Santa Catarina
Sylvia Lorena de Souza – Departamento Nacional
Thiago Morelli Rodrigues de Sousa – Departamento Regional do Estado do Paraná

SUPERINTENDÊNCIA CORPORATIVA - SUCORP

Unidade de Comunicação Social – UNICOM

Eduardo Pessoa
Capa

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS – SSC

Área Compartilhada de Informação e Documentação – ACIND

Suzana Curi
Produção Editorial