

**PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO
2008**

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*

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO 2008



**Brasília
2008**

© 2008. SESI – Serviço Social da Indústria

© 2008. SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por cópias reprográficas, sem autorização expressa do SESI/DN e do SENAI/DN.

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: 6º Encontro Nacional dos
Advogados do SESI/SENAI

Prêmio ENASS de trabalho jurídico: 6º Encontro Nacional dos
Advogados do SESI e do SENAI. – Brasília : SESI; SENAI, 2008.
218 p.

1. Trabalho jurídico 2. Advogados do SESI e do SENAI I.Título II.
Título

CDU 34

CNI

Confederação Nacional da Indústria
Setor Bancário Norte
Quadra 1 – Bloco C
Edifício Roberto Simonsen
70040-903 – Brasília – DF
Tel.: (61) 3317- 9001
Fax: (61) 3317- 9994
<http://www.cni.org.br>

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC

Tels.: (61) 3317-9989 / 3317-9992
sac@cni.org.br

Sumário

1 SENAI: ENTIDADE PARASINDICAL	9
Alexandre Cesar Coutinho Conrado da ntas	
1.1 O Decreto-Lei Nº4.048 de 22 de Janeiro de 1942 na História.....	11
1.2 O Regimento do SENAI – Decreto Nº494 de 10 de Janeiro de 1962	12
1.3 “O Meio Termo Entre o Público e o Privado”	14
1.4 Os Sistema Sindical, o SENAI e A Ordem Econômica na Carta Magna	19
Referências.....	24
2 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO S SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E A REFORMA TRIBUTÁRIA	27
Cheryl Berno	
2.1 Introdução.....	29
2.2 Imunidade e Isenção Tributária.....	29
2.3 Natureza Tributária das Contribuições Destinadas aos Serviços Sociais Autônomos.....	32
2.4 A Reforma Tributária e os Possíveis Reflexos Nos Serviços Sociais Autônomos	37
2.5 Conclusão	40
Referências.....	42
3 ASPECTOS DA EXECUÇÃO FISCAL.....	45
Eliane Barbosa Matias da Silva, Nelson José Almeida de Brito (Co-Autoria)	
3.1 Fazenda Pública	47
3.2 Execução Fiscal no Brasil: Histórico.....	48
3.3 A Lei 6.830/80.....	51
3.4 Certidão da Dívida Ativa.....	52
Referências	60
4 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DAS PROPOSTAS NO PREGÃO (SEU MOMENTO E CONTEÚDO)	63
Gustavo Teixeira Moris	
4.1 Conclusões	79
Referências.....	80
5 A POSSIBILIDADE DO SESI ATUAR COMO PROPONENTE DE PROJETOS INCENTIVADOS COM BASE NAS LEIS DE INCENTIVO À CULTURA.....	83
Gustavo Kelly Alencar	
5.1 Introdução	85
5.2 Das Leis de Incentivo	86
5.3 do s Objetivos da Entidade.....	88
5.4 A Adequação da Entidade Aos Ditames das Leis de Incentivo; A Adequação dos Projetos Aos Objetivos da Entidade e A Utilização do s Recursos Próprios do SESI.....	90
5.5 Da Utilização do s Recursos de Terceiros Pelo SESI	91
5.6 Da Possibilidade de Se Recuperar os Custos	94
5.7 Conclusão	94
Referências	96
6 ASSINATURA DIGITAL NOS DO CUMENTOS DO SESI SENAI	97
Jean Alves Pereira, Gustavo Kelly Alencar (Co-Autoria)	
6.1 Introdução	99
6.2 Da Certificação Digital.....	100
6.3 Da Assinatura Digital.....	101
6.4 Do Procedimento	103
6.5 Da Validade Legal.....	104

6.6 Da Possibilidade de Uso	104
6.7 Responsabilidade.....	106
6.8 Possibilidade de Uso da Assinatura Digital Pelo Sesi e Pelo SENAI	108
6.9 Conclusão.....	109
Referências.....	110
7 TRANSPOSIÇÃO DE EMPREGADOS ENTRE AS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA INDÚSTRIA	111
Jean Alves Pereira Almeida	
7.1 Introdução	113
7.2 Corporatização, o Nascimento do Sistema	114
7.3 Do Apontamento da CGU	116
7.4 Do Grupo Econômico	117
7.5 Dos Princípios que Norteiam a Transposição	120
7.6 Da Transposição Como Forma de Sucessão Trabalhista	125
7.7 Conclusão.....	126
Referências.....	128
8 O COMPROMISSO DO Sesi e SENAI COM A ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL NA ÁREA AMBIENTAL.....	129
Carlos José Kurtz , Carolina Slovinski Ferrari, Daniel Horácio de Araújo, Fabrícia Lemser Martins, Francisca José de Melo, Leandro Gayer Gubert, Rodrigo de Paula Stadler, Silvia Passoni Mattos Carreirão (Co-Autoria)	
8.1 Conceito de Meio Ambiente e Responsabilidade Social	131
8.2 Competência Constitucional e o Pacto Federativo.....	133
8.3 Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	137
8.4 Objetivos Fundamentais Constitucionais e o Compromisso Social e Ambiental do Sesi e SENAI.....	139
Referências.....	141
9 A COBRANÇA JUDICIAL DOS CRÉDITOS DEVIDOS AO Sesi/SENAI DIANTE DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA	143
Leonardo Rodrigo Silva Tônico	
9.1 Introdução	145
9.2 Da Cobrança do Crédito Tributário.....	145
9.3 Da Cobrança do Crédito Quirografário	149
9.4 Considerações Finais	152
Referências	154
10 A DEDUTIBILIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ DAS DOAÇÕES EFETUADAS PARA O Sesi e PARA O SENAI	155
Gustavo Kelly Alencar, Pedro Capanema Thomaz Lundgren (Co-Autoria)	
10.1 Introdução.....	157
10.2 Do Atual Cenário Tributário Sobre o Tema.....	158
10.3 Do Enquadramento do Sesi e do SENAI nas Disposições da Lei.....	161
10.4 Conclusão.....	168
Referências	170

11 ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL PELO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E A SÚMULA 83/STJ173

Rodrigo Simões Frejat

11.1 Introdução.....	175
11.2 Do Recurso Especial e Seus Pressupostos de Admissibilidade.....	175
11.3 Do Dissídio Jurisprudencial e Sua Comprovação.....	177
11.4 Finalização.....	179
Referências.....	180

12 POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO

DO SENAI181

Danusa Costa Lima, Marianna Pedreira de Souza, Silvana Sapucaia (Co-Autoria)

12.1 Considerações Iniciais.....	183
12.2 Propriedade Intelectual – Breves Comentários.....	183
12.3 Legitimidade e Constitucionalidade da Implantação de Política de Propriedade Intelectual no Âmbito do SENAI.....	186
12.4 Da Aplicabilidade da Lei Nº. 10.973, de 02 de Dezembro de 2004.....	187
12.5 Titularidade da Propriedade Intelectual.....	188
12.6 Natureza Jurídica do s Direitos de Propriedade Intelectual e Possibilidade de Distribuição de Receitas.....	190
12.7 Distribuição dos Resultados Com a Equipe Técnica.....	192
12.8 Conclusão.....	193
Referências.....	194

13 PROPOSTA DE PARCERIA ENTRE O GOVERNO FEDERAL E O SISTEMA INDÚSTRIA. DESPERTA BRASIL: EDUCAÇÃO, INOVAÇÃO TECNOLÓGICA, SAÚDE & ESPORTES OLÍMPICOS.

O SESI E SENAI PODEM CONTRIBUIR MUITO MAIS PARA O DESENVOLVIMENTO E BEM-ESTAR

DO BRASIL.....197

Tacito Avelar e Silva

13.1 Introdução.....	199
13.2 Por Quê Essa Proposta ???.....	200
13.3 Fundamentação Legal.....	205
13.4 Para Quê???	209
13.5 Como Implementar Esse Desafio?.....	209
13.6 Qual Orçamento Contemplará Esse Projeto???	209
13.7 Quando???	210
13.8 Cronograma de Implantação.....	210
Referências.....	218

APRESENTAÇÃO

É com orgulho renovado que apresento a publicação das teses inscritas na segunda edição do Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico – Prêmio ENASS-2008. E tenho tal sentimento porque a reedição do Prêmio, instituído em 2007 pela direção superior do SESI e do SENAI, como um complemento do Encontro Nacional de seus Advogados, me dá a firme convicção de que a idéia concebida pela Superintendência Jurídica do Sistema Indústria veio para ficar e frutificar.

Frutos esses materializados nos trabalhos jurídicos inscritos no Prêmio ENASS-2008 por 22 advogados de vários Estados do país, cujas reflexões constituem o patrimônio desta publicação coletiva e que merecerem ser lidas e debatidas na busca do constante aprimoramento institucional das Entidades instituidoras e de seu corpo diretivo e técnico.

Agradeço ao Ministro Ilmar Galvão e aos professores José dos Santos Carvalho Filho, Marcos Juruena Villela Souto, os quais, juntamente comigo e com os doutores Cássio Borges e Antônio Carlos Brito Maciel, este último com a visão do gestor do Sistema Indústria, fizeram parte da comissão que selecionou os nove trabalhos jurídicos que serão defendidos por seus autores perante o Plenário do 6º Encontro Nacional de seus Advogados do SESI e do SENAI - ENASS, que terá lugar nos dias 5, 6 e 7 de novembro de 2008, na sede da CNI em Brasília.

Parabenizo os autores dos trabalhos, cujos nomes estão realçados na capa desta publicação, pois, independentemente da premiação, considero todos vencedores, assim como o SESI e o SENAI por incentivarem a pesquisa, o estudo e o aprimoramento, jurídico e pessoal, de seus advogados.

Helio Rocha

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



1 SENAI: ENTIDADE PARASINDICAL

ALEXANDRE CESAR COUTINHO CONRADO DANTAS
OAB/SE nº 1560
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SERGIPE

“Na hipótese de dissolução, o patrimônio do SENAI reverterá em favor da Confederação Nacional da Indústria.” Regimento do SENAI, Artigo 11 § 2º.

Ainda não foram estancadas as discussões acerca da conceituação do ente SENAI no ordenamento jurídico. Na falta, ainda, de uma melhor qualificação, o SENAI, com personalidade de Direito Privado, **aceitou o adorno paraestatal**, uma brecha através da qual vem sendo achacado pelo Poder Público. Este, paulatina e perseverantemente, ano após ano, persegue o propósito de trazê-lo para a sua absoluta esfera de ação, restando aquele, a cada nova investida, defender-se, não como quem, impondo-se, encerra uma questão acerca do próprio caráter, mas **como quem adia a capitulação**, sentindo-a inevitável.

A questão vem sendo posta na doutrina e na jurisprudência, nunca demasiadamente fustigada, como se aquele enquadramento correspondesse a uma *acomodação necessária ao silêncio das discussões*, muito embora o embate permanente e **mal disfarçado** entre a Administração Pública e a Administração do SENAI evidencie a existência de um vácuo, uma equação não resolvida, um potencial vulcânico de erupção inevitável, mas temporalmente indefinido.

Propomos-nos neste trabalho a examinar o SENAI, e o faremos não olhando-o de fora, como expectador passivo, mas como parte do corpo funcional da entidade, detendo-nos numa análise ancorada no seu Regimento, **um dispositivo legal vigente**.

O que objetivamos é desincrustar o SENAI, senão da esfera paraestatal, mas totalmente da esfera pública, reafirmando e fazendo valer a sua posição orbital original em torno do Sistema Sindical da Indústria e, portanto preservando-o, até por princípio constitucional, de sofrer qualquer interferência ou intervenção do Poder Público.

1.1 O DECRETO-LEI Nº4.048 DE 22 DE JANEIRO DE 1942 NA HISTÓRIA

Sob o sol de 2008, pouco importa saber, hoje, se o surgimento do SENAI na história da industrialização brasileira deu-se, antes, por aquilo que chamaríamos pressão legal exercida pelo decreto-lei 1.238 de 02 de maio de 1939 que regulamentaria o Artigo 129 da Constituição outorgada em 1937 (Luiz Antônio Cunha, O Ensino Industrial Manufatureiro no Brasil, Revista Brasileira de Educação, 2000), ou se foi, realmente, uma iniciativa dos empresários Euvaldo Lodi e Roberto Simonsen. O fato é que, à época, a CNI e a FIESP, aceitaram assumir a formação profissional prevista pela Constituição, incluindo o seu custo financeiro, do que resultou o decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942, este contendo, para a consecução dos

objetivos colimados, uma estrutura absolutamente diversa da centralização bem própria do Estado Novo, ao conferir à CNI, como se depreende do artigo 2º do mencionado decreto-lei, obrigações constitucionais reservadas às indústrias e sindicatos econômicos:

*“O Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários será **organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria**”*

O surgimento do SENAI como a entidade que iria “organizar e administrar em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários” dá-se para isentar o empresariado industrial do cumprimento **direto** dessa obrigação, já que o citado decreto-lei 1.238 de 02 de maio de 1939 obrigava as próprias empresas, diretamente e às suas expensas, manterem cursos de aperfeiçoamento profissional para adultos e menores.

A proposta apresentada ao Governo por Euvaldo Lodi e Roberto Simonsen, longe de livrar as indústrias dessa obrigação, permitiu que os empresários a cumprissem de forma **indireta**, confiando essa atribuição a uma entidade constituída e mantida por eles próprios.

Em nenhum momento, pretendeu o Governo somar ao **Erário** qualquer tipo de contribuição, até porque consoante seu Art.4º §2º, o produto dessa arrecadação seria “*posto à disposição do Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários*”. Seu intento único, portanto com a edição do decreto-lei, era o de oferecer instrumental adequado ao empresariado industrial para que, de forma coletiva, realizasse o que a Constituição recomendava às empresas fazerem individualmente. Não fosse assim, os que já realizavam ou viessem a realizar, por si próprios, essa atribuição, estariam igualmente obrigados à contribuição prevista, tendo sido, no entanto dela isentados, conforme Art. 5º do mesmo diploma:

Estarão isentos da contribuição referida no artigo anterior os estabelecimentos que, por sua própria conta, mantiverem a aprendizagem considerada, pelo Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários, sob o ponto de vista da montagem da constituição do corpo docente e do regime escolar, adequada a seus fins.

1.2 O REGIMENTO DO SENAI – DECRETO Nº494 DE 10 DE JANEIRO DE 1962

A CNI, ao elaborar o projeto de Regimento do SENAI, projeto apresentado ao Ministério da Educação e sancionado pelo presidente da República (Artigo 8º, do decreto-lei nº4.048, de 22.01.1942), **blindou** a entidade nascente, revestindo-a de verdadeiras couraças corporativo-

sindicais. Vejamos: a) estabeleceu no Art.17 que o seu maior órgão normativo, com jurisdição em todo o país, o Conselho Nacional, seria presidido pelo mais alto dignitário do Sistema Sindical da Indústria brasileira, o presidente da CNI; b) de forma semelhante (Art.32, a), estabeleceu que os órgãos normativos em cada um dos estados, os Conselhos Regionais, fossem presididos “*pelo presidente da federação das Indústrias*”, ou seja, pelo mais destacado representante do Sistema Sindical da indústria nos estados; c) no Conselho Nacional, órgão normativo maior, estão assentados (art.17,b) 27 presidentes de federações de Indústrias, todos representantes de entidades sindicais e com direito a voto, tendo o voto de cada um **valor de mais um** para cada 200 mil operários existentes na base territorial que representam (art.18,§3º); d) ao determinar a presença de representantes das categorias econômicas dos transportes, das comunicações e da pesca no mesmo colegiado, estes inclusive designados por órgãos sindicais (Art.17,c) a CNI trouxe para si categorias tradicionalmente contribuintes da indústria, mais tarde excluídos os transportes, pela constituição do SENAT (Lei 8.706/93); e) apenas nos estados onde houver federações de indústrias (Art.31) poderão ser instalados conselhos regionais e departamentos regionais do SENAI. Na ausência daquelas (Art.19,j), apenas delegacias funcionarão sob a ingerência direta do Conselho Nacional; f) nos estados, “*além do presidente da federação das indústrias que será o seu presidente nato*” (Art.32,a) o Conselho de Representantes da própria Federação das Indústrias – órgão de maior representação do Sistema Sindical nos estados, indicará, para o Conselho Regional do SENAI, três delegados de atividades industriais, via de regra escolhidos dentre os delegados-representantes de sindicatos que compõe o colegiado (Art.32,b), dispositivo recentemente alterado pelo Decreto nº5.727 de 16 de março de 2006 que incluiu um representante dos trabalhadores e **mais um** representante da atividade industrial; g) dois por cento da receita geral do SENAI é destinada “*para a administração superior, a cargo da Confederação Nacional da Indústria*” (Art.51,d). Observe que a CNI é neste artigo nomeada responsável pela “*administração superior*” do SENAI e, sendo como é uma entidade sindical, recebe dele proventos. Da mesma forma, as federações de indústrias, maiores representações sindicais da indústria nos estados, aquinhoadas com “*até o limite de 1% da receita regional*” (Art.34,q) do SENAI.

Vê-se que a Confederação Nacional da Indústria, responsável pela elaboração do Regimento do SENAI (Artigo 8º, do decreto-lei nº4.048, de 22.01.1942) preservou a entidade de todas as investidas não corporativo-sindicais. Para isso, cuidou de estabelecer folgada maioria nos seus conselhos nacional e estaduais, dando neles assento a representantes sindicais das indústrias e de categorias contribuintes da indústria, no caso os transportes, as comunicações e a pesca.

Interrogar-se-á então: qual então a função de representantes do Ministério da Educação e do Ministério do Trabalho e Emprego (art.17 “e” e “f”) no Conselho Nacional da entidade e, da mesma forma, nos conselhos regionais, nos estados (Art.32 “e” e “f”)? Devendo funcionar como “*órgão consultivo do Governo Federal*” conforme o Artigo 2º do mesmo Regimento e tendo

por atribuição “organizar e administrar, em todo o país, **escolas** (educação) de aprendizagem para **industriários**” (força de trabalho), faz-se necessário a presença da pasta da Educação para o trato de parâmetros didáticos do ensino profissionalizante e do Trabalho e Emprego, para informes acerca da política industrial do Governo, de modo a que o SENAI conheça as demandas atuais e futuras em termos de capacitação da mão-de-obra. Sob o prisma político, a presença das duas pastas naquele colegiado teria, de alguma sorte, o condão de apaziguar definitivamente antigo “*conflito de orientações entre o Ministério da Educação e Saúde (MES) e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, designados pelo poder executivo para dar formato à questão profissional dos operários da indústria*” (Ana Cristina Dias da Rocha Bezerra, O Ensino Industrial no Estado Novo 1939/1942, UFF, Tese de Mestrado, páginas 1/2), para atender à determinação da Constituição de 1937, de cujo impasse, resultou a criação do SENAI como resultado de uma competente política de bastidores de Euvaldo Lodi e Roberto Simonsen que conquistaram a “*autonomia necessária, delegada pelo chefe do Executivo, de sugerir de acordo com seus interesses uma política educacional para a formação da força de trabalho, no âmbito da aprendizagem*” (BEZERRA, [2005]. p. 3).

1.3 “O MEIO TERMO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO”

Até aqui, no que temos de melhor em *consenso doutrinário*, o SENAI foi conceituado como espécie do gênero paraestatal (MEIRELLES, 1988. p. 315).

Citando Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007. p. 464), informa que o termo *paraestatal* “foi empregado pela primeira vez, no direito italiano, em um decreto-lei de 1924”.

Já o termo “*parafiscal*”, segundo Luiz Emygdio F.da Rosa (1995. p. 395) teria sido

empregado pela primeira vez em um documento financeiro denominado “Inventário Schuman”, na França, em 1946, para designar certas contribuições, cuja atribuição de arrecadação foi cometida pelo Estado a determinadas entidades autônomas, revertendo a seu favor o produto arrecadado

opinião histórica da qual comunga Ruy Barbosa Nogueira (1990, p. 181).

Parafiscal, também, a bem dizer, é a natureza da contribuição sindical (NASCIMENTO, 1989. p. 207) instituída pela Constituição de 1937.

Resta saber, por outro lado, se o ente beneficiário de contribuições parafiscais é, **necessariamente**, um ente paraestatal. No caso específico, os sindicatos, enquanto entidades beneficiárias de contribuições sindicais, de natureza parafiscal e também, à época da criação do SENAI, durante o Estado Novo, constituídos mediante autorização legal.

Transitando por Juristas renomados, Amauri Mascaro Nascimento, na obra citada (páginas 153/165) comenta que “*a teoria do sindicato como pessoa jurídica de direito privado é a que hoje prevalece*,”... e mais, diz: “*Se o sindicato se caracterizasse como público, estariam irremediavelmente comprometidas tanto a liberdade sindical como a autonomia privada coletiva*...” Nenhum autor, dentre os ali nomeados (Verdier, Ferrara, Barassi, Costamagna, Cioffi, Antonio de Lemos Monteiro Fernandes, Mario de La Cueva, Cesarino Junior, Orlando Gomes, Elson Gottschalk, Segadas Viana, José Martins Catharino, etc) em momento algum, segregou os sindicatos entre os entes paraestatais, pelo que, a parafiscalidade da contribuição sindical não torna os sindicatos entes paraestatais.

Assim, o que faz um ente ser classificado como paraestatal, se o ser criado por lei – e os sindicatos careciam de reconhecimento legal para a investidura sindical - e beneficiário de contribuições parafiscais não é a isso, **essencialmente**, suficiente? Dir-se-á ser necessário que “realizem atividades, obras ou serviços de interesse coletivo” ou que esteja “disposto paralelamente ao Estado, ao lado do Estado, para realizar cometimentos de interesse do Estado, mas não privativos do Estado” (MEIRELLES, 1988. p. 290).

E as inúmeras entidades privadas que embora não instituídas por lei, mas **por lei chanceladas com Reconhecimento de Utilidade Pública**, nos âmbitos municipal, estadual ou federal e, portanto realizando atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, “*impróprias do Poder Público, mas de utilidade pública*” (MEIRELLES, 1988. p. 290) e paralelas ao Estado, converter-se-iam em paraestatais?

O conceito paraestatal é, a bem da verdade, **o grande balaio dos incógnitos**, no qual se ajustam os indefinidos conceituais, enquanto não objeto de interesses capazes de fustigarem a elaboração de definições eficazes.

Assim, o exame acerca da criação do SENAI e da sua Natureza Jurídica deve, antes, ser realizado à luz do ambiente institucional do Estado Novo, período no qual dominaram a centralização política e o pensamento autoritário e conservador.

Ao ascender ao poder em 1930, Getúlio Vargas, no seu discurso de posse, menciona, entre as idéias centrais de reconstrução nacional “*a difusão intensiva do ensino público, principalmente técnico-profissional*”... (BOMFIM, 2004. p. 206); ainda no poder em 1937, busca Vargas dar

cumprimento ao artigo 129 da nova Constituição (1937) que nomeava **os atores** responsáveis pela formação profissional das classes menos favorecidas:

*O ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever do Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos estados, dos municípios ou associações particulares e profissionais. **É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos** criar na esfera de sua especialidade, escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. **A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo poder público***

Regulamentando esse artigo, estando dissolvido o Congresso, o governo baixou o decreto-lei 1.238 de 2 de maio de 1939, não sem antes submeter à apreciação das mais destacadas representações sindicais industriais da época, a CNI e a FIESP, em 1938, sem resposta no entanto, dois projetos de regulamentação daquele dispositivo elaborados pela Divisão de Ensino Industrial, do Ministério da Educação.

Naquele momento, defrontamo-nos com um Estado que busca a implementação de um modelo econômico centrado na indústria, sendo a organização do ensino industrial um esforço contemporâneo

*à implementação de uma ampla legislação trabalhista, previdenciária e **sindical** que pretendia reordenar o mercado de trabalho viabilizando a implementação de um projeto político de nação e de desenvolvimento econômico baseado na industrialização.*
(BEZERRA, [2005]. p. 1).

Ao baixar o decreto-lei 1.238 de 2 de maio de 1939, e mesmo depois o decreto-lei 4.048 de 22 de janeiro de 1942 que criou o SENAI, o Executivo **não delega**, com o primeiro, às indústrias, ou com o segundo, à CNI, a obrigação de criar “*escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados*” posto que esta era uma atribuição **já reservada** pelo artigo 129 da Constituição de 1937 **às indústrias e sindicatos econômicos**. O Executivo mais não fez que regulamentar, de maneira ampla naturalmente e atendendo ao mesmo dispositivo, a forma de cumprimento dessa atribuição constitucional **reservada aos representados pela CNI**.

Nem de longe se concebem públicas as contribuições estipuladas pelo decreto-lei 4.048 de 22 de janeiro de 1942 que criou o SENAI. Constituem-se, antes, **atividade de fomento** pela

qual o Estado, no dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007. p. 37). , “incentiva, ajuda a iniciativa privada”

Naquele momento específico, na vigência do maior conflito armamentício da história humana, a II Guerra Mundial, sob um governo forte que domina toda a nascente estrutura sindical do país e que define a linha mestra da economia, conduzindo-a à industrialização, o SENAI surge como pessoa de cooperação com a indústria.

A forma legal para a arrecadação de recursos de empresas industriais inclui-se entre as “**facilidades**” que deveriam ser proporcionadas às indústrias e sindicatos pelo poder público e previstas no citado dispositivo constitucional, para viabilizar a criação das “*escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados*”. Por “**subsídios e auxílios**” também constitucionalmente recomendados ao Estado para permitir que empresas e sindicatos a consecução daquele objetivo, ressaltado a isenção de impostos federais, previsto pelo Art. 7º do mesmo decreto-lei.

Olhando aquele momento como *um momento específico da história*, após o qual, **talvez**, não fosse mais necessário o custeio das escolas pelo empresariado industrial, o regimento elaborado pela CNI, dá margem ao entendimento, pela leitura do seu Artigo 12º, de que a própria CNI – Confederação Nacional da Indústria poderia determinar a dissolução do SENAI fazendo-o “*cessar a sua atividade*”, bastando para isso “*três quartas partes dos votos do seu Conselho de Representantes*”, para o que não necessitaria **e não necessita** de autorização legal.

Onde estaria agasalhada então a entidade nascente, recomendada por dispositivo constitucional e surgida de um **dever** atribuído a indústrias e sindicatos? Onde estaria ela agasalhada desde a sua origem até hoje, concebida que foi num momento da história de extremada prevalência do trabalhismo sindical, senão na **órbita absoluta** da mais representativa entidade sindical da indústria brasileira, a CNI, a qual, ao elaborar o seu Regimento, deu forma e perfil próprios ao ser informe e bruto, gerado pela Constituição de 1937 e por ela recomendado aos cuidados de **indústrias e sindicatos econômicos?**

Ao baixar o 4.048 de 22 de janeiro de 1942, mais não realizou o Executivo que uma ação obstetra, retirando da Carta Maior o ser que ela própria concebera, entregando-o ao empresariado da indústria, representado pela CNI, a quem também ela recomendara mantê-lo e conduzi-lo ao longo da sua existência.

Hely Lopes Meireles (1988. p. 315) ao referir-se aos serviços sociais autônomos, e citando entre eles o SENAI, afirma que têm “*estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras*”. Porém, longe de ser o SENAI uma criação “genuinamente brasileira”, é ele, antes, um ente

descharacterizador do formato sindical, então conhecido. Na verdade, o SENAI constitui-se numa peculiaridade do sindicalismo brasileiro.

Portanto, o embate entre ser o SENAI um ente *parasindical*, **como entendo que seja**, por estar na estrita e absoluta órbita sindical, ou ser um ente paraestatal, é conceituação cuja definição se impõe inadiável, por Justa que é, ante a sanha do Poder Público, hoje, em açambarcar suas receitas e, quiçá, mais tarde, o seu patrimônio.

Compreende-se que doutrinadores não tenham vislumbrado a possibilidade de uma entidade sindical ter estrutura diversa da estrutura tradicional, clássica, ainda hoje acatada e reconhecida. Daí a conceituação do SENAI entre os entes paraestatais.

Recorro, aqui, ao eminente Octávio Bueno Magano e faço minhas as suas palavras, afirmando-me igualmente “*convencido de que a simples inserção de um instituto num determinado capítulo, por si só, não faz com que ele ganhe a natureza jurídica dos demais institutos disciplinados no capítulo*” (MAGANO, 1989. p. 15).

No mesmo sentido, afirma Paulo Nader (2008. p. 207) :

qualquer que seja a teoria consagrada sobre a natureza das pessoas jurídicas, haveremos de admitir que estas constituem uma criação da Ciência Jurídica para atender determinadas necessidades da organização social

e, logo adiante, sobre o mesmo assunto, continua: “É possível que as modalidades atuais ganhem, com o tempo, novas características e acabem se transformando em outras categorias e espécies, sem que isto constitua uma heresia jurídica”.

Sob esse aspecto, diz José dos Santos Carvalho Filho, que os “*serviços sociais autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximaram do Sistema de Administração Pública descentralizada*” (2007. p. 479). Com efeito, a APEX-Brasil e a ABDI, “*conquanto tenham sido qualificadas nas respectivas leis (que as criou) como “serviços sociais autônomos” têm regime e perfil jurídicos bem diversos dos atribuídos tradicionalmente às entidade da mesma natureza*” . Em ambos, por exemplo, o Presidente é nomeado pelo presidente da República, enquanto no SENAI (daquela forma também classificado por alguns autores) o Diretor é designado pelo presidente da CNI; para aquelas, há previsão de dotações orçamentárias consignadas no Orçamento da União, enquanto o SENAI é mantido por recursos privados.

Ainda reportando-se aos recursos mantenedores do SENAI, diz José dos Santos Carvalho Filho (2007. p. 479-480):

Esses recursos não provém do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como dinheiro público. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos...

Há de se observar quanto a essa sedutora e paradoxal afirmativa, que o serviço prestado pela autarquia arrecadadora, o INSS, não é gratuito. Pelo serviço que realiza, o INSS é recompensado na base de 1% (um por cento) do total das contribuições arrecadadas (Art. 47 do Regimento do SENAI). Ademais, apenas uma categoria econômica, as indústrias, efetua essa contribuição mas o pode fazer diretamente ao SENAI, esquivada do órgão arrecadador. Emerge aqui o princípio da referibilidade, por estarem obrigados à contribuição apenas aqueles “conectados à intervenção no domínio econômico” (SANTI, 2008. p. 257); outrossim e a bem da verdade, o a que estão **originalmente obrigadas** as indústrias e os sindicatos, pelo texto da Carta de 1937, é a criação de “*escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados*” e não ao pagamento das contribuições, pelo que a compulsoriedade se esfuma com a isenção conferida às indústrias que, às suas expensas, realizem aquela obrigação (Art. 5º do decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942).

1.4 OS SISTEMA SINDICAL, O SENAI E A ORDEM ECONÔMICA NA CARTA MAGNA

Um por vez, examinemos:

a) O artigo 140 da Constituição de 1937:

“A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas da força do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, **são órgãos deste e exercem funções delegas do Poder Público**”.

b) O artigo 159 da Constituição de 1946:

“É livre a associação profissional ou **sindical**, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e **o exercício de funções delegadas pelo Poder Público**”

c) O artigo 159 da Constituição de 1967:

“É livre a associação profissional ou **sindical**; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e **o exercício das funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei**”.

d) O artigo 166 da Emenda Constitucional nº 01 de 1969,:

“É livre a associação profissional ou **sindical**; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e **o exercício das funções delegadas de poder público serão regulados por lei**”.

e) O artigo 8º da Constituição de 1988:

“É livre a associação profissional ou **sindical**, observado o seguinte:

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

Voltemo-nos agora, antes, aos perfis econômicos de cada uma das cartas constitucionais mencionadas a começar pela de 1937, na qual tem fundamento a criação do SENAI.

Nessa carta, imposta por Vargas e redigida por Francisco Campos sob a inspiração da Ação Integralista, é justificada a intervenção do Estado no domínio econômico (artigo 135) como forma de amparo à atividade econômica privada, “a fim de sustentar o próprio sistema econômico que vislumbrava-se incipiente” (SILVA, 2003. p. 32); a Carta de 1946, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte do pós guerra, conquanto estabeleça que a livre concorrência é a base da economia liberal, manteve a mesma possibilidade da intervenção do Estado no domínio econômico-social, da mesma forma a Carta de 1967 que sinaliza a liberdade de iniciativa (artigo 157), preconiza a “repressão ao abuso de poder econômico” e bem assim a Emenda Constitucional nº01 de 1969.

Todas as constituições brasileiras, de 1937 à Emenda Constitucional nº01 de 17.10.1969, celebram o Estado Intervencionista. Explícito está, em cada uma delas, **que os sindicatos exercem funções delegadas do Poder Público**. Compreensível diria, afinal, nos casos específicos, a “atuação do Estado não é nada mais nada menos do que uma tentativa de por ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo econômico” (SILVA, 2003. p. 43), e os sindicatos, como elementos cotejadores da força de produção, estão

intimamente ligados à economia. Aliás, ao referir-se ao contexto do desenvolvimentismo do nosso país, afirma Mario Gomes Schapiro:

a ação do Estado esteve centrada na construção de mecanismos institucionais, destinado à viabilização de um parque produtivo brasileiro” e mais, as diversas ações são por ele apresentadas como “elementos mais significativos do arranjo jurídico que lastreou o padrão de organização da economia brasileira no contexto da industrialização (2008. p. 282).

A Constituição de 1988 alforria o sindicalismo brasileiro. Nela o sindicato dissocia-se do Estado, **não mais exercendo funções delegadas do Poder Público**, e mais, é vedado ao Executivo a interferência e a intervenção na organização sindical.

A mesma Constituição de 1988, artigo 209, diz:

“O **ensino** é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público”

O “ensino” a que se refere a carta Magna, é típico “*serviço público não-privativo*” (GRAU, 2003. p. 252), ali também compreendido, segundo entendo, o ensino profissional realizado pelo SENAI que mereceria do mesmo autor, a meu ver, a classificação de “atividade econômica em sentido estrito”, já que prestada pelo setor privado, no caso específico, as indústrias, através do sistema sindical da indústria que o organiza, dirige e mantém às suas expensas, investimento não diretamente visando lucros, mas para, indiretamente, prover o segmento industrial do elemento capaz de lhe proporcionar melhores lucros. Aliás, como corolário dessas assertivas, volto a citar o Ministro Eros Roberto Grau, quando afirma que “*serviço público é um tipo de atividade econômica*” (GRAU, 2003. p. 249).

Ora, o SENAI, organizado, dirigido e mantido pela indústria brasileira através das suas legítimas representações sindicais, é essencial à indústria, ao sucesso da livre iniciativa e da valoração social do trabalho, enquanto elemento necessário à qualificação da mão-de-obra operária, sustentáculo da economia, fator de equilíbrio da organização social.

“O Poder Público atua **na** ordem econômica quando absorve um setor e neste atua como monopolista” (GRAU, 2003. p. 284), mas atua sobre a ordem econômica ao **induzir** ou **estimular** os particulares a empreender atividades.

Notadamente no caso brasileiro, a viabilização deste esforço de desenvolvimento econômico, cujo vetor foi a ampliação do padrão de acumulação do capital industrial, contou decididamente com o Estado, que firmou uma posição na proa do processo econômico. Para tanto valeu-se de mecanismos de ação e políticas públicas que cumularam uma intervenção **no** domínio econômico, como foi o caso das empresas estatais, que realizaram significativos investimentos públicos, com uma intervenção **sobre** o domínio econômico, com destaque para a estipulação de políticas industriais através de mecanismos fiscais e extrafiscais.

Observamos, portanto que “desde a queda da República Velha e do início do governo Vargas (1930-1945) foi se firmando no país, de maneira crescente e contínua, o entendimento de que a industrialização, apoiada nas políticas estatais, consubstanciaria estratégia adequada de desenvolvimento nacional. Com isso, a opção política governamental passou, vigorosamente, a dedicar-se à constituição de um parque produtivo nacional, o que foi apoiado por diversos o instrumento jurídico-institucionais, que combinaram medidas de **intervenção** no e sobre o domínio econômico. (SCHAPIRO, 2008. p. 284-285).

A criação do SENAI, em determinado momento da história, foi uma intervenção do Estado sobre o domínio econômico perdurando por cerca de 50 anos, ou melhor sobre sistema sindical da indústria, ao remeter à CNI a organização do ensino profissionalizante indispensável à consolidação do parque industrial do país, só abolido com a Constituição de 1988, **faltando ao ente SENAI o ter proclamado a sua independência**. Seus recursos, outrossim, longe de serem públicos, oriundos da indústria brasileira, são eminentemente privados. Do contrário, ele uma vez extinto, seu patrimônio passaria a integrar o patrimônio público. Não é isso, porém o que aconteceria. Diz o Regimento do SENAI, no seu Artigo 11 § 2º:

“Na hipótese de dissolução, o patrimônio do SENAI reverterá em favor da Confederação Nacional da Indústria”

Como conciliar o proclamado publicismo desses recursos com o claro texto regimental, se todo o patrimônio da entidade constituído mediante custeio das indústrias brasileiras através da sua mais legítima representação sindical seria absorvido, em instância última, pela CNI, o que sedimenta o estabelecimento conceitual do ente SENAI na esfera parasindical.

Concluindo, ousaria sugerir uma urgente alteração do Regimento do SENAI, iniciando pelo texto do seu Art. 3º, que trata das características civis, a saber:

*Art. 3º O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial é uma entidade de direito privado, **parasindical**, mantida às expensas do empresariado industrial brasileiro, vinculada à Confederação Nacional da Indústria a quem compete a sua organização e direção, tendo sede e foro na Capital da República.*

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Ana Cristina Dias da Rocha. **O ensino industrial no Estado Novo 1939/1942. 2005.** Tese (Mestrado)–Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, [2005].

BOMFIM, João Bosco Bezerra. **Palavra de presidente.** Brasília: LGE, 2004.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 nov. 1937.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 set. 1946.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1967.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 set. 1969.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, 1988.

_____. **Decreto-lei 4.048, de 22 de janeiro de 1942.** Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Brasília, 1942.

_____. Decreto n. 494, de 10 de janeiro de 1962. Aprova o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1962.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Lúmen & Júris, 2007.

CUNHA, Luiz Antônio. O ensino industrial manufatureiro no Brasil. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, 2000.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. **O sindicato e o processo.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: DIREITO Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

IANAMOTO, Marilda; CARVALHO, Raul de; **Relações sociais e serviço social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1982.

MAGANO, Octávio Bueno. **Anais do CONJUR**. São Paulo: FIESP, 1989. v. XV

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSA, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro & direito tributário**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

SAAD, Jose Eduardo Duarte. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. São Paulo: LTR, 2004.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Intervenção: via tributo e extrafiscalidade. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Américo Luis Martins da. **A ordem constitucional econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**2 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DOS SERVIÇOS SOCIAIS
AUTÔNOMOS E A REFORMA TRIBUTÁRIA**

**CHERYL BERNO
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

2.1 INTRODUÇÃO

Em tempos de discussão de proposta de emenda constitucional para a reforma tributária, é imprescindível analisar as alterações apresentadas com olhos para os aspectos tributários, que atingem diretamente os serviços sociais autônomos, isto porque tanto há o interesse destes na manutenção da imunidade tributária aos impostos, assegurada pelo art. 150, VI, 'c', da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF, como a necessidade de preservação das contribuições recepcionadas pelo art. 240 do Texto, que lhes são destinadas, afinal, estes direitos são indispensáveis para que estas entidades, que tem indiscutível contribuição para o desenvolvimento do Estado brasileiro, continuem prestando seus serviços.

Pode-se analisar a questão tributária do chamado "Sistema S" sob dois aspectos, um levando em consideração a imunidade tributária das entidades que o integram e outro como destinatário da contribuição, que nada mais é do que tributo como já definido pelo Supremo Tribunal Federal – STF ao classificar as espécies tributárias.

Assim, primeiramente analisaremos os serviços sociais autônomos como beneficiários da imunidade e da isenção tributária, em especial o Serviço Social da Indústria - SESI e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, depois trataremos das contribuições que lhes permitem a consecução de seus relevantes objetivos, para, ao final, trazer reflexões sobre estas entidades diante da possibilidade de uma reforma tributária.

2.2 IMUNIDADE E ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

Quanto à imunidade tributária os serviços sociais autônomos não têm um dispositivo específico na Constituição Federal que lhes atenda, mas um que garante este princípio a diversas entidades, dentre as quais as de educação e assistência social, sem fins lucrativos, categorias nas quais se enquadram o SESI e o SENAI. Dispõe o art. 150, VI, 'c' e § 4º da CF:

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;

...

§ 4º - 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.

Nos termos do referido dispositivo não podem a União, os Estados e os Municípios cobrar impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das referidas entidades, trata-se do princípio da imunidade. Segundo Luciano Amaro “o fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, ...)”, dentre as quais se encontram o Sesi e o Senai¹.

Um exemplo da utilização deste princípio é a vedação à cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, que se dá em razão da citada limitação constitucional ao poder de tributar.

É certo que muitos municípios cobram o imposto, mas, nessa hipótese cabe aos representantes das entidades prejudicadas defendê-las e para se tentar evitar a cobrança deste e de outros, é sempre importante se certificar que a entidade está cadastrada corretamente junto aos órgãos públicos, em códigos que realmente lhes garantam a imunidade e as isenções.

Verifica-se na prática que muitas pessoas que trabalham com estas entidades acreditam que o fato de constar na Constituição Federal a imunidade já é suficiente para que a cobrança não seja feita, mas não é bem assim. Procedimentos administrativos junto aos órgãos do Estado são imprescindíveis para se evitar as cobranças indevidas.

No caso específico do Sesi e do Senai, além de estarem garantidos pelo princípio da imunidade tributária podem invocar ainda outros dispositivos infraconstitucionais que lhes concedem a chamada “ampla isenção fiscal”, que vem a ser mais uma garantia para eximir-se do pagamento de tributos, afinal tendo sido criados para desenvolverem funções que inicialmente seriam do Estado, realmente não teria sentido serem obrigados a recolher tributos como qualquer empresa.

¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 149

Ao discorrer sobre as atividades dos serviços sociais autônomos, Hely Lopes Meirelles observou que “Estas entidades trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários”². Dada à relevância e importância do Sesi e do Senai, as normas que os regulamentam deixam clara a isenção fiscal.

O Decreto nº 57.375, de 02 de dezembro de 1965, ao aprovar o Regulamento do Sesi, consignou que os seus bens e serviços gozam da mais ampla isenção fiscal, conforme o art. 12, abaixo transcrito:

Art. 12. No que concerne a orçamento e prestação de contas da gestão financeira a entidade além das exigências da sua regulamentação específica esta adstrita ao disposto nos arts. 11 e 13 da Lei nº 2.613 de 23 de setembro de 1955.

Parágrafo único. Os bens e serviços do Sesi gozam da mais ampla isenção fiscal, na conformidade do que rezam os artigos 12 e 13 da lei citada.

O Decreto nº 494, de 10 de janeiro de 1962, por sua vez, ao aprovar o Regimento do Senai, deixou expresso: “Art. 9º. Os bens e serviços do Senai gozam da mais ampla isenção fiscal”.

Os dispositivos postos refletem o previsto na Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, conforme se depreende dos seus arts. 12 e 13 que seguem:

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

Art. 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (Sesi), ao Serviço Social do Comércio (Sesc), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac).

Como se vê, além do princípio constitucional da imunidade tributária que protege o patrimônio, a renda e os serviços do Sesi e do Senai, esses estão livres da tributação pela norma supracitada. Vale salientar que estes normativos continuam em pleno vigor, pois, não foram afastados³.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 338.

3 “Vige o princípio da presunção de validade da normal, pelo qual uma lei presume-se válida até prova em contrário”. BERNO, Cheryl. **Restituição de tributo inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 61.

Mister registrar que ainda existem outras leis que concedem isenções específicas de terminados tributos⁴.

Mas, o arcabouço legal existente não é suficiente para afastar a discussão sobre toda e qualquer incidência tributária. Assim, por exemplo, há estados que cobram o ICMS de mercadorias vendidas pelo Sesi e pelo SENAI, porque entendem que estas operações não estariam protegidas pela imunidade. Tanto que em determinadas unidades da federação há convênio para evitar ou dispensar a tributação e em outras longas ações judiciais⁵.

Outra situação que pode ser citada como exemplo de dúvidas quanto à tributação das entidades, é se determinadas máquinas criadas pelo SENAI, mesmo que em suas oficinas e com a participação de seus alunos, ao serem postas à venda devem ser tributadas ou se os serviços de consultoria podem sofrer a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, como entende o Município do Rio de Janeiro.

Em geral, a imunidade e a isenção da maioria dos tributos é reconhecida para estas entidades, mas há questões importantes que ainda precisam ser enfrentadas para que as mesmas não tenham os recursos indispensáveis à consecução de seus objetivos reduzidos⁶.

2.3 NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

As entidades vinculadas ao Sistema S têm como principal fonte de recursos as contribuições que a Constituição Federal lhes reservou, nos seguintes termos:

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades

4 IRPJ e CSLL - Lei 9.532/1997, art. 15, § 1º; PIS - Folha de Pagamento - MP 2.158-35/2001, art. 13, inciso VI; COFINS - Isenção - MP 2.158-35/2001, art. 14, inciso X; IRPJ, PIS, CSLL e COFINS - art. 3º, VI, da Instrução Normativa SRF nº 480/2004.

5 Convênio ICMS 93/2007 - Autoriza o Estado do Ceará a conceder remissão de débitos do ICMS do Serviço Social da Indústria - Sesi. Convênio ICMS 142/94 - relativo a débitos fiscais do ICMS de responsabilidade do Serviço Social da Indústria - Sesi. Convênio ICMS 61/95 - autoriza a dispensa de débitos fiscais de responsabilidade do Serviço Social da Indústria - Sesi. Convênio ICMS 93 - remissão de débitos do ICMS do Serviço Social da Indústria - Sesi.

6 "... somos nosotros los juristas quienes debemos estar en primera línea reclamando día a día, hora a hora, la aplicación de la Constitución a todos los ámbitos y a todos los ciudadanos y poniendo nuestros conocimientos al servicio de esta reclamación".

LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. Justiça tributária. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO - IBET, 1., 1998, São Paulo. **Anais**. São Paulo: MAX Limonad, 1998. p. 319.

privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

A norma do art. 240 da CF refere-se às contribuições compulsórias pagas pelos empregadores sobre a folha de salários e destinadas ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Serviço Social da Indústria, Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio e Serviço Social do Comércio, pois eram as existentes na ocasião.

As contribuições nada mais são do que tributo, isto porque têm todas as suas características, conforme se depreende do art. 3º do Código Tributário Nacional - 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.

Da definição legal de tributo destacam-se as seguintes características da prestação, todas presentes nas contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional: a) pecuniária; b) compulsória; c) cobrada em moeda; d) instituída em lei; e) não constitui sanção de ato ilícito; e, f) cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada⁷.

Neste diapasão, é importante lembrar que um tributo não se caracteriza pelo nome que lhe é dado, mas sim pelo seu fato gerador, conforme dispõe o art. 4º do CTN:

a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação jurídica e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em colocar as contribuições em questão na categoria dos tributos: “... E a ‘contribuição parafiscal’ possui a referida natureza jurídica porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a

⁷ A Constituição Federal prevê, em seu artigo 149, três tipos de contribuições que podem ser instituídas exclusivamente pela União: (i) contribuições sociais, (ii) contribuição de intervenção no domínio econômico e (iii) contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Essa última hipótese de incidência é que fornece o fulcro legal para a exigência de um conjunto de onze contribuições que, por motivos óbvios, convencionou-se chamar de Sistema S. As receitas arrecadadas são repassadas a entidades, na maior parte de direito privado, que devem aplicá-las conforme previsto na respectiva lei de instituição. As entidades em questão são as seguintes: (na relação consta as entidades dentre as quais o SESI e o SENAI). Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/Carga_Fiscal/1999/SistemaS.htm>

posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo, não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo⁸.

O Ministro Carlos Velloso, no voto proferido como Relator no Recurso Extraordinário 138.284-8-CE, no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, assim classificou os tributos:

As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são as seguintes:

a) os impostos (CF, arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); b) as taxas (CF, art. 145, II); c) as contribuições, que podem ser assim classificadas:

c.1. de melhoria (CF, art. 145, III);

c.2. parafiscais (CF, art. 149), que são:

c.2.1. sociais:

c.2.1.1. de seguridade social (CF, art. 195, I, II e III);

c.2.1.2. outras de seguridade social (CF, art. 195, § 4º); e

c.2.1.3. sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, CF art. 212, § 5º, contribuições para o Sesi, Senai, Senac, CF, art. 240);

c.3. especiais:

c.3.1. de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e

c.3.2. corporativas (CF, art. 149).

Constituem ainda, espécie tributária:

d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148).

Segundo Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. as contribuições parafiscais, têm as seguintes características:

⁸ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 385.

A atribuição da arrecadação é cometida pelo Estado a uma entidade dotada de autonomia administrativa e financeira; b) essa entidade deve, portanto, arrecadar diretamente a receita e administrá-la na consecução de suas finalidades; c) constitui uma receita extra-orçamentária, fora ou ao lado do orçamento estatal (CF, art. 165, § 5º); d) está sujeita à fiscalização do órgão de controle de execução orçamentária porque é arrecadada por pessoas de direito público, como o INSS, ou por pessoas de direito privado mas responsáveis por dinheiro ou outros bens públicos. As contribuições sociais têm uma finalidade correspondente à atividade estatal que, embora dirigida à coletividade, atinge grupos (sociais, profissionais ou econômicos) de pessoas, levando-lhes algum interesse⁹.

Não seria interessante desvincular a contribuição do gênero tributo, porque esta tentativa de “protegê-las” do próprio Estado poderia desobrigar o seu recolhimento. Mas, há quem defenda que as contribuições em tela não seriam tributos, mas, mesmo assim o pagamento seria obrigatório por argumentos como os que seguem:

A exação compulsória dos empregadores sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social e de formação profissional não está incluída no Sistema Tributário Nacional, porque não possui natureza tributária. Tem ela sede no título IX da Constituição Federal, que cuida das disposições constitucionais gerais. A receita que produz não se destina à União, e sim aos entes privados enumerados no citado artigo 240, para a execução de serviços de alta relevância, mas que são também de direito privado. Exações compulsórias que são, porque assim as define o dispositivo constitucional, devidas pelos empregadores, sem qualquer distinção sobre a natureza da atividade e sua expressão econômica, parece-nos de evidência que não podem ser dispensadas, seja por meio de Medida Provisória, ou lei, ordinária ou complementar, já que trata de obrigação constitucional que não se confunde e nem se identifica com aquelas inscritas no artigo 179 da Lei Maior, disposição essa que a ela não se referiu¹⁰.

Acreditamos que estes fundamentos são fracos e não tem o condão de alterar o Sistema Tributário Nacional e, portanto, não representam a melhor opção para defender a manutenção das contribuições, bem como que seguir esta linha pode levar até a extinção desta indispensável fonte de recursos do Sistema S.

Não há como sustentar no atual estágio de desenvolvimento do Direito tributário no Brasil que se não fosse tributo deveria a contribuição em debate continuar

9 ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

10 REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. São Paulo: Dialética, n. 17, [199-] p. 39.

a ser recolhida, isto porque o cidadão só está obrigado a recolher tributo, qualquer outra coisa que o Estado crie e resolva cobrar de forma obrigatória foge aos princípios constitucionais e pode ser contestada na Corte Suprema, com prováveis chances de êxito aos contribuintes. São oportunas as seguintes reflexões extraídas da obra *Justiça Tributária*:

Na realidade esse dever de que a generalidade dos cidadãos deve contribuir espontaneamente para o financiamento para o financiamento das funções governamentais não passa de um ideal inalcançável, não só porque uma grande parte deles não possui capacidade econômica para contribuir, como outra grande parte necessita ser compelida a cumprir o seu dever de cidadão, seja por falta de conhecimento ou de interesse no exercício dos seus deveres-poderes de cidadão, seja pela dificuldade em exercê-los ¹¹.

Outra alegação levantada nos debates recentes sobre o Sistema S, é que como a contribuição ao Sesi e ao Senai é cobrada das indústrias, a essas caberia definir-lhe a destinação. Esta interpretação pode ser extremamente prejudicial aos serviços sociais autônomos, pois, pode resultar na opção da empresa recolher ou não, afinal se não é tributo, o pagamento é facultativo.

As contribuições ao Sesi e ao Senai foram contestadas perante o Poder Judiciário e têm sido consideradas devidas pelos Tribunais Superiores exatamente porque se entende que são tributos. Assim, descaracterizá-las como tal não parece a melhor opção para mantê-las¹².

11 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. In *justiça tributária*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO – IBET, 1., 1998, São Paulo. **Anais**. São Paulo: MAX Limonad, 1998. p. 51.

12 “Embora a parafiscalidade não seja um tema especificamente tributário, é útil que o versemos, ainda que a lume de palha, para afastarmos a idéia – que, no passado, chegou a se materializar em Súmula do Supremo Tribunal Federal – de que as chamadas “contribuições parafiscais” refogem ao regime jurídico tributário, não precisando, assim, obedecer aos princípios que disciplinam a tributação. Para deixarmos bem realçado o absurdo desta posição ...”

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 299.

2.4 A REFORMA TRIBUTÁRIA E OS POSSÍVEIS REFLEXOS NOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Em inquestionável a importância da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a chamada Lei Geral, porém, a sua aprovação gerou uma grande perda de receita para o Sistema S e este é só um exemplo de alteração normativa que têm consequências diretas para os serviços sociais autônomos, pois, sempre aparecem novas proposições legislativas que os tem como foco, em especial as suas receitas¹³.

No Relatório Preliminar do Senado Federal, que traz a proposta de um Novo Sistema Tributário Nacional, consta a alteração do art. 3º do CTN, para que o tributo passe a ter a seguinte definição legal:

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 e cuja receita pertença a entidade de direito público.

Os tributos compreenderão impostos, taxas e contribuições.

Segundo o relator Senador Francisco Dornelles, esta alteração beneficiaria as entidades do Sistema S, pois, as contribuições às mesmas destinadas deixariam de ser consideradas tributos e poderiam ser livremente aplicadas. Mas, na hipótese desta sugestão ser implementada, o que pode ocorrer é a perda desta importante receita, haja vista que não sendo tributo não haveria mais a obrigatoriedade do pagamento. Portanto, muito temerária a idéia proposta com o suposto objetivo de liberdade de aplicação da receita pública.

Como se vê, a questão é delicada e precisa de uma análise criteriosa, para que ações que supostamente ajudariam o serviço social autônomo não se tornem o seu algoz.

¹³ "... O fim da contribuição das micro e pequenas empresas para o Sistema S, previsto no projeto da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, deve resultar em uma perda de receita da ordem de R\$ 600 milhões anuais em ao menos cinco entidades que formam esse sistema: Sesc, Senac, Sesi, Senai e Sebrae". São Paulo, sábado, 07/10/2006. Disponível em: <<http://lists.indymedia.org/pipermail/cmi-saoluis/2006-October/1115-51.html>>

"São Paulo - O Supersimples, previsto na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa que entrará em vigor no próximo dia 1º de julho, vai afetar negativamente a receita do chamado Sistema S, que é formado por instituições como o Sesc, Senac, Senai, Sesi e Sebrae. Existe inclusive a perspectiva de suspensão dos projetos de expansão atualmente em curso e previstos pelas entidades que atendem aos trabalhadores dos setores de comércio e de serviços". LIMEIRA, Amundsen. Agência Sebrae de Notícias. **Valor Econômico**, São Paulo, 7 fev. 2007.

Proposta de Emenda à Constituição nº 298, de 2004, pretendia revogar o art. 240 da Constituição Federal.

Esta “proposta” de reforma tributária apresentada no Senado Federal ao certo é uma “idéia” porque não traz ainda um texto, mas em razão do apelo por anunciar mudanças mais profundas que as apresentadas pelo Governo Federal, já ganhou a simpatia dos empresários, inclusive os industriais, que por outro lado representa exatamente o público principal do Sistema S¹⁴.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 233 de 2008, apresentada pelo Governo Federal, que trata efetivamente de uma proposta de reforma tributária concreta, tramita na Câmara dos Deputados e está sendo amplamente debatida pela sociedade, é menos ousada e não afeta diretamente o Sistema S, ao menos segundo o texto inicialmente enviado ao legislativo.

O que pode trazer conseqüências é o compromisso assumido na proposta de se reduzir as contribuições incidentes sobre a folha de pagamento, isto porque, como é sabido as fontes de receita do Sistema S incidem exatamente sobre esta base de cálculo¹⁵.

É certo que a sugestão de redução das contribuições incidentes sobre a folha seria implementada por lei complementar e assim não seria alterado o art. 240 da Constituição Federal, porém, vale lembrar que essas contribuições estão previstas em normas infraconstitucionais anteriores à Constituição Federal de 1988, o que facilitaria quaisquer modificações.

Não se pode deixar de considerar que quando se fala em reforma tributária um dos principais pontos levantados é a alta carga tributária incidente sobre a folha de salários e ao se falar em diminuição desta tributação, sempre se suscita a questão do peso das contribuições devidas aos terceiros, dentre as quais às destinadas às entidades do Sistema S¹⁶.

Em um Workshop sobre a Reforma Tributária, promovido pela Confederação Nacional das Indústrias, CNI, uma das empresas convidadas levantou que a reforma deveria começar pela extinção dos “penduricalhos” incidentes sobre a folha. Referia-se o convidado às contribuições devidas ao Sesi, Senai, Sesc, Senac e similares.

14 “Todos os indivíduos, pois, devem o imposto, mas é justo que sejam consultados sobre as espécies e o montante dos diversos impostos. Esse consentimento ao imposto só se realiza com exatidão e justiça nos regimes democráticos, onde os cidadãos votam diretamente ou por meio de representantes os recursos necessários ao Estado”. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

15 “Governo recuou no melhor da reforma tributária - As centrais sindicais pressionaram e o presidente Lula alterou a proposta de reforma tributária antes dela ser oficialmente apresentada ao país. E mudou exatamente na melhor idéia: a de desonerar a folha de pagamento das empresas. O nosso contingente de jovens é muito grande e eles estão entrando no mercado de trabalho. (...). O governo tinha pensado, por exemplo, em acabar ou reduzir o Sistema S, que é o imposto que as empresas têm que pagar para financiar o Sesi, o Senai, o Sesc, e outras entidades que qualificam os trabalhadores. Aí as confederações da indústria reclamaram e o governo recuou. Nada contra essas entidades, mas esse sistema existe há mais de 60 anos e ainda temos trabalhadores desqualificados”. JORNAL DA CBN. Miriam Leitão. Rio de Janeiro: CNB, 26 fev. 2008.

16 Vale lembrar recursos extraordinários nos quais a questão da não-recepção das contribuições do Sesi e do Senai foi levantada não chegaram a entrar no mérito. Cita-se como exemplo o RE 389.104-9-PR, no qual se deixou claro que esta matéria não seria julgado porque não foi objeto de prequestionamento.

Como estas considerações também foram objeto de matérias publicadas em diversos meios de comunicação, se torna ainda mais relevante a reflexão sobre o tema, para que no momento oportuno se saiba exatamente os argumentos para a manutenção desta fonte vital de recursos¹⁷.

Na proposta de emenda extingue-se a contribuição destinada ao salário-educação, mas, ao menos a princípio, as contribuições do art. 240 da Constituição Federal são preservadas.

Também é de conhecimento público que inúmeros projetos de lei tramitam no Congresso Nacional propondo alterações nas entidades do Sistema S e em suas contribuições, tanto que recentemente as entidades foram o centro do debate na mídia, sobre suas funções em razão de receberem receitas públicas.

Como as entidades estavam muito bem preparadas e tinham fortes argumentos quanto às suas funções, direitos e deveres, conseguiram demonstrar a sua eficiência e importância e ganharam a batalha e mais notoriedade perante a sociedade.

17 “Hoje o presidente do IPEA, Marcio Pochmann, fez uma apresentação de um estudo no Senado, com o objetivo de subsidiar a reforma tributária. ... A idéia de Pochmann é substituir alguns impostos, principalmente os indiretos, como a Cofins, pelos impostos diretos, como o IR. E poderia aproveitar também para modificar a carga tributária na folha de pagamentos. Essa sim cheia de penduricalhos.5.6.08. Blog Acerto de Contas.

“Desoneração da folha é tema discutido há muito tempo. Nas discussões que Mangabeira Unger conduziu prevaleceu a tese de que os benefícios diretos do trabalhador (férias, 13º salário e outros) devem continuar na folha de pagamentos, mas os “penduricalhos” (contribuições para o Sistema S e salário-educação) devem passar para os impostos gerais”. O Estado de São Paulo. 2.5.2008. O ministro Paulo Bernardo (Planejamento) voltou a atacar os defensores da manutenção da alíquota de contribuição ao “sistema S”, que rende cerca de R\$ 13 bilhões ao ano às entidades que são beneficiadas por essa arrecadação. Ele lembrou ainda que esses recursos não são fiscalizados pelo TCU (Tribunal de Contas da União)”. RIBEIRO, ANA PAULA. Ministro ataca entidades do “sistema S” e diz que Fiesp tem prédio luxuoso. **Jornal Folha On Line**, São Paulo, 1 nov. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u341825.shtml>>

“As principais entidades patronais do País estão se opondo à decisão do Ministério da Educação (MEC) de rever os critérios de repartição dos recursos para o chamado Sistema S, que reúne o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), o Serviço Social da Indústria (Sesi), o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) e o Serviço Social do Comércio (Sesc). Atualmente, dos 2,5% sobre a folha de pagamento que as empresas recolhem todos os meses para financiar o sistema, 1,5% é destinado a serviços sociais e 1% a serviços de aprendizagem”.

JORNAL O ESTADÃO. São Paulo: Grupo Estado, 7 maio 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080507/not_imp168524,0.php>

“Um assunto gerou discussões acaloradas nas últimas semanas entre entidades empresariais, de um lado, e governo e especialistas em educação, de outro. O pivô da contenda é a reforma do chamado Sistema S, conjunto de nove instituições voltadas para o ensino profissionalizante e para a promoção de cultura e lazer a trabalhadores dos mais diversos setores. Entre as mais conhecidas estão o Senai e o Sesi, ligadas à indústria — e as primeiras criadas pela lei que instituiu o Sistema, em 1942. O complexo todo inclui hoje 1 200 escolas, somente nas áreas da indústria e do comércio, e movimenta um orçamento anual de 11 bilhões de reais, de acordo com o Tribunal de Contas da União. É exatamente o que fazer com esse dinheiro — fruto de uma contribuição obrigatória de 2,5% sobre a folha de pagamentos das empresas — que está no centro do debate”.

REVISTA EXAME. São Paulo: Abril, 29 maio 2008.

Na reforma tributária não deverá ser diferente, quando o tema vier à tona e estiver em discussão por um grupo mais amplo, é preciso que estejam claros e fortes os argumentos para a manutenção das contribuições aos serviços sociais autônomos¹⁸.

Vale observar que com relação à contribuição devida ao SEBRAE, as considerações são um pouco diversas, pois, segundo entendeu o STF, esta não se enquadra na categoria de contribuição social, mas trata-se de contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE e neste caso o Governo até anunciou que extinguiria a espécie, porém, no texto apresentado à Câmara dos Deputados consta somente a extinção da chamada CIDE-Combustíveis, preservada, portanto, também a contribuição ao SEBRAE.

Enfim, o debate sobre a reforma tributária está posto e merece reflexão e atenção da sociedade, que decidirá que tipo e tamanho de Estado necessita para assegurar o bem comum das atuais e futuras gerações¹⁹.

2.5 CONCLUSÃO

O Estado brasileiro atribuiu ao SESI a importante missão de executar medidas que contribuam para o bem-estar dos trabalhadores, concorrendo para a melhoria do padrão geral de vida no país e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes.

Na execução dessas finalidades o SESI tem como objetivos principais a alfabetização dos trabalhadores e seus dependentes, a educação de base, a promoção da assistência e melhoria das condições de habitação, nutrição e higiene do trabalhador, pesquisas sócio-econômicas, atividades educativas e culturais, tudo visando à valorização do homem.

18 Na análise e diagnóstico da estrutura tributária brasileira, é imprescindível explicitar a existências dessas contribuições de natureza para-fiscal que, se por um lado impõem um ônus extra ao sistema produtivo nacional, por outro buscam aumentar a qualificação profissional e melhorar o bem estar do trabalhador. A manutenção desses institutos no sistema tributário depende, basicamente, da percepção de toda a sociedade dos benefícios resultantes da aplicação de suas receitas em relação com o custo suportado para obtê-las. Receita Federal do Brasil Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/Carga_Fiscal/1999/SistemaS.htm>

19 “O Estado, por meio de seus diversos serviços de governo e de administração, faz reinar a paz e a justiça, procura coordenar as atividades particulares e auxiliar as iniciativas privadas. Todos esses benefícios, que formam o bem público, são oferecidos a todos e não a indivíduos determinados, são distribuídos entre os membros da coletividade política. O Estado, pois, produz e distribui os benefícios do bem público, mas essa distribuição não deve ser arbitrária, ao bel-prazer e capricho dos titulares do poder. Deve estar subordinada a uma regra obrigatória, que será uma regra de justiça distributiva. Não só os benefícios sociais; será uma regra de justiça distributiva. Não só os benefícios, como também os encargos, devem obedecer uma norma de justiça distributiva, que assim, compreende a admissão aos empregos, o gozo de serviços, os impostos etc.” AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado* 27. Ed. Rio de Janeiro: Globo, 1998. p. 384-385.

Ao SENAI, por seu turno, em vista de sua condição de entidade de ensino profissional, o Estado delegou a formação dos trabalhadores das indústrias e atividades assemelhadas, a partir da aprendizagem industrial, por meio da assistência na elaboração e execução de programas de treinamento de pessoal nas empresas, bem como a cooperação no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas.

Desenvolver estes amplos e nobres objetivos não é tão fácil e tem um custo. Assim, a questão tributária é crucial para estas entidades, seja do ponto de vista das imunidades e isenções, seja no que se refere à fonte vital de recurso dos mesmos, as contribuições.

Portanto, ao se falar em reforma tributária não se deve descuidar destes aspectos para que os serviços sociais autônomos possam prosseguir em sua missões, que há décadas colaboram para o Brasil se tornar um país melhor e mais desenvolvido²⁰.

20 “Sem luta não há direito” (IHERING, 1996), mas é preciso estar atento a cada movimento de reforma e acompanhá-la com muito critério para que não resulte no clássico “A Revolução dos Bichos”, de George Orwell, que conta a história de uma revolução que os animais fizeram para trazer-lhes a paz, a justiça e a igualdade e acabou resultando no princípio de que “todos os animais são iguais, mas, alguns são mais iguais do que os outros”.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMEAÇAS ao Sistema S. **Estadão**, São Paulo, 7 maio de 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080507/not_imp168524,0.php>
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**, 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 1998.
- BERNO, Cheryl. **Restituição de tributo inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- JORNAL DA CBN. Miriam Leitão. Rio de Janeiro: CBN, 26 fev. 2008.
- JORNAL O ESTADÃO. São Paulo: Grupo Estado, 7 maio 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080507/not_imp168524,0.php>
- JORNAL O ESTADÃO. São Paulo: Grupo Estado, 2 maio 2008.
- LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. Justiça tributária. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO – IBET, 1., 1998, São Paulo. **Anais**. São Paulo: MAX Limonad, 1998.
- LIMEIRA, Amundsen. Agência Sebrae de Notícias. **Valor Econômico**, São Paulo, 7 fev. 2007.
- MANTEGA, Guido. **Proposta de emenda constitucional nº 233, de 2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/540729.pdf>>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MOREIRA, Edmar. **Proposta de emenda à constituição nº 298, de 2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/479826.pdf>>.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 2005.

_____. **Estudo sobre a carga fiscal do Sistema S**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/Arrecadacao/Carga_Fiscal/1999/SistemaS.htm>.

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. São Paulo: Dialética, n. 17, [199-].

REVISTA EXAME. São Paulo: Abril, 29 maio 2008.

RIBEIRO, ANA PAULA. Ministro ataca entidades do “sistema S” e diz que Fiesp tem prédio luxuoso. **Jornal Folha On Line**, São Paulo, 1 nov. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u341825.shtml>>

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. In justiça tributária. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO – IBET, 1., 1998, São Paulo. **Anais**. São Paulo: MAX Limonad, 1998.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



3 ASPECTOS DA EXECUÇÃO FISCAL

ELIANE BARBOSA MATIAS DA SILVA
NELSON JOSÉ ALMEIDA DE BRITO (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

O presente artigo, apresentado ao concurso intitulado PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO – 2008, objetiva suscitar, entre os operadores do direito do Sistema “S”, o debate em torno de alguns aspectos da Lei 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal e sua repercussão processual.

3.1 FAZENDA PÚBLICA

Para Samuel Monteiro,

o conceito de Fazenda Pública alcança e abrange apenas as entidades públicas (autarquias, Estados, União Federal, Distrito Federal e Municípios), que arrecadam diretamente, com autonomia administrativa e financeira própria, ou recebem tributos e contribuições criados por leis tributárias ou previdenciárias, observada a competência impositiva constante expressamente da própria Constituição Federal.²¹

No Direito Processual Civil, quando o Estado, de alguma forma vem a juízo por qualquer de suas entidades autárquicas ou estatais, ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, este recebe a titulação de Fazenda Pública²², apesar de que *in stricto sensu* devesse significar apenas o Estado em juízo litigando no âmbito financeiro.²³

Dinamarco, ao dispor sobre a matéria, afirma que a Fazenda Pública é a personificação do Estado no que lhe tange as obrigações patrimoniais as quais se vincula juridicamente. Afirma ainda que em âmbito administrativo a expressão em estudo significa a administração financeira do Estado, e finaliza concluindo que no direito processual civil esta equivale ao Estado em juízo.²⁴

Já Ferraz , denomina como Fazenda Pública

um conjunto de órgãos que, segundo alguns, se apresenta exatamente como a vivência dinâmica do Estado em juízo; segundo outros, como a personificação

21 MONTEIRO, Samuel. **Dos crimes fazendários**. São Paulo: Hemus, 1998. p. 10.

22 ROCHA SOBRINHO, Délio José. **Prerrogativas da fazenda pública em juízo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 28.

23 GRINOVER, 1979. p. 18 *apud* NERY JÚNIOR, 1997. p. 50.

24 DINAMARCO, 1986. p.138 *apud* FEDERIGUI, 1996. p. 6.

fiscal do Estado; segundo outros mais, como sinônimo de Estado; mas, de qualquer maneira, sempre será uma conjugação de aparatos de ordem estatal.²⁵

Para Silva, o conceito Fazenda Pública restringe-se apenas às pessoas jurídicas de direito público interno da Administração Pública, já que as pessoas jurídicas de direito privado não detêm a prerrogativa da impenhorabilidade de seus bens.²⁶

Para Viana, o conceito de Fazenda Pública, inclui, em seus limites, as Autarquias e Fundações Públicas por também constituírem pessoas jurídicas de direito público interno, já que exercem o papel de *longa manus* do ente estatal.²⁷

Na definição de Cunha,

A expressão *Fazenda Pública* identifica-se tradicionalmente como a área da administração pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo erário, representando o aspecto financeiro do ente público. Não é por acaso a utilização, com frequência, da terminologia *Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda*, para designar, respectivamente, o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo governo.²⁸

Diante dos vários conceitos pode-se concluir que Fazenda Pública é pessoa jurídica dotada de personalidade pública, que possua indisponibilidade de seus bens assim estabelecida por determinação legal.

3.2 EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL: HISTÓRICO

A preocupação com a recuperação dos valores devidos e não pagos ao Estado não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Tanto isso é verdade que a matéria é tratada desde o tempo de Império.

25 FERRAZ *apud* MELO FILHO, 1995.

26 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 11.

27 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 15.

28 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 2. Ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: 2005, p. 13.

Vários foram os dispositivos legais que disciplinaram a execução dos chamados créditos fiscais; pode-se destacar, dentre outros, a chamada Consolidação de Ribas, referendada pela Resolução, de 28 de dezembro de 1876, e a Lei nº 3.272, de outubro de 1885, regulamentada pelo Decreto nº 9.549, de 23 de janeiro de 1886.

Todavia, o primeiro dispositivo a efetivamente tratar da matéria de forma independente foi o Decreto nº 9.885, de 29 de janeiro de 1888. O referido dispositivo mantinha a exigência de um processo de conhecimento prévio à execução dos créditos; todavia, alterava algumas questões preliminares ligadas à formação da execução e às características das dívidas.²⁹

Com o advento da proclamação da República e a outorga, pela Constituição de 1934, da competência privativa para a União para legislar sobre processo, foi editado o Decreto-Lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, que unificou o executivo fiscal para todos os entes e disciplinou os créditos que poderiam ser por eles cobrados.³⁰

Cláudia Rodrigues afirma que

O Decreto-lei nº 960 antecipou a técnica vigente no CPC no tocante aos títulos executivos extrajudiciais: o executado se defendia por meio de embargos, sem quaisquer restrições à amplitude de defesa. Como dívida ativa cobrável pelo procedimento específico e nele disciplinado conceituou a proveniente de impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza, foros, laudêmios, aluguéis, alcance dos responsáveis e reposições e, determinou que somente houvesse estipulação expressa pelo pacto executivo poderiam os contratos ser cobrados por esta via

A matéria sofreu profundas alterações com a entrada em vigor do CPC de 1973, que revogou o Decreto-Lei nº 960/38 e passou a disciplinar a agora chamada “ação de execução fiscal”.

A Execução Fiscal é o processo destinado à cobrança judicial da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e suas autarquias.

Américo Luís Martins da Silva anota que: “[...] a execução fiscal ou a ação de execução fiscal é o processo judicial mediante o qual se cobra forçadamente a dívida ativa da Fazenda Pública”³¹

29 REGO, Alexandre. **Processo de execução fiscal**: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23.

30 RODRIGUES, Cláudia. O título executivo na execução da dívida ativa da fazenda pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002. p. 83.

31 SILVA, Américo L. Martins da. A execução da dívida ativa da fazenda pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2001. p. 153.

De plano, uma questão já deve ser trazida para análise: as Fundações Públicas, que usufruem dos benefícios atribuídos às pessoas jurídicas de direito público, podem se valer do processo de Execução Fiscal?

A resposta parece positiva. Muito embora a Lei de Execuções Fiscais não tenha incluído expressamente as Fundações Públicas no rol de legitimados a utilizar o processo de Execução Fiscal, parece que a equiparação entre elas e as Autarquias acabou por incluí-la implicitamente naquele rol.

Neste sentido são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Uma vez que as fundações públicas são pessoas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto, como concernentes às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente.³²

Especificamente sobre o tema, Américo Luiz Martins da Silva anota que:

[...] apesar de não ter sido incluída expressamente no art. 1º da lei nº 6.830, de 22/09/1980, tratando-se de Fazenda Pública, a nosso ver, a execução judicial para a cobrança da dívida ativa da fundação pública, também é regida por esta lei especial e, subsidiariamente pelo CPC. A inscrição da dívida ativa e a execução fiscal são privilégios reservados para as entidades de direito público interno, sendo a fundação pública uma entidade de direito público interno, é indiscutível o direito de gozar de tais privilégios.³³

A partir do momento que a Fundação Pública passa a gozar dos mesmos benefícios outorgados às Autarquias, impõem-se também a legitimação para utilização do processo de Execução Fiscal.

Várias são as peculiaridades que tornam a Execução Fiscal um procedimento especial. Normalmente elas são voltadas à atribuição de vantagens e privilégios ao Fisco, sendo algumas de constitucionalidade duvidosa.

A primeira delas, sem dúvida, é a presença de um dos entes tributantes ou suas Autarquias no pólo ativo da Execução Fiscal. A regulação pela lei nº 6.830/80 e a aplicação somente subsidiária do CPC também individualizam este procedimento.

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 84.

33 SILVA, op. cit, p. 42.

Outra característica importante é a presunção de liquidez, certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA. Não obstante a exigência de liquidez, certeza e exigibilidade para a Execução de qualquer título (CPC, art. 586), sem dúvida, é atípica esta presunção nos títulos executivos fiscais de um modo geral por disposição legal especial.

Podem-se destacar, ainda, outras características exclusivas da Execução disciplinada pela lei nº 6.830/80, como a suspensão da prescrição por 180 dias após a inscrição em dívida ativa (art. 2º, § 3º), a possibilidade de substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa (art. 2º, § 8º), o prazo para pagamento ou garantias do juízo (art. 8º), ordem de preferência da penhora (art. 11), forma de contagem e prazo para Embargos (art. 16, inciso III), necessidade de intimação pessoal do representante da Fazenda Pública (art. 25), extinção sem ônus no caso de cancelamento (art. 26), não sujeição a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento, ressalvada a hipótese de concurso entre pessoas de direito público (art. 29), isenção de custas processuais e emolumentos (art. 39), suspensão da prescrição (art. 40), entre outras.

Algumas destas peculiaridades para a dívida ativa de natureza tributária como a suspensão da prescrição (artigos 2º, § 3º e 40), a necessidade de intimação pessoal do representante da Fazenda Pública (art. 25), a extinção sem ônus no caso de cancelamento (art. 26), são de inconstitucionalidade manifesta, pois atentam contra os princípios informadores do processo civil.

As peculiaridades da Execução Fiscal, todavia, não alteram o núcleo, tornando a incidência dos princípios constitucionais praticamente idênticas ao processo de execução regulado exclusivamente pelo CPC.

3.3 A LEI 6.830/80

A Lei 6830, de 22.9.80, foi fruto de anteprojeto elaborado na Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional, com representantes do Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, da Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional e da Procuradoria - Geral da República, ouvindo-se vários setores da sociedade nesta fase, com o que se nutriu de valiosos subsídios e contribuições para a elaboração final do texto, que viria a converter-se na Lei 6.830

Este diploma legal visou: Simplificar o processo; dar maior rapidez e dotar o Estado de instrumental ágil, moderno e enxuto que, porém, depende de muitas outras providências, para a simplificação

institucional, v.g., desemperramento do Poder Judiciário, com a criação de órgãos judiciais especiais, queima de etapas, complementando a LEF, a penhora administrativa.

Desta forma em 22 de setembro de 1980, promulgou-se a lei nº 6.830 que, até os dias atuais, disciplina o processo de Execução Fiscal, com a ressalva de que neste período entrou em vigor a Constituição Federal de 1988 que, em sintonia com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, instituiu uma rede de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Nestes termos, pode-se afirmar com segurança que atualmente o processo de Execução Fiscal é regulado pela Lei de Execuções Fiscais, pelo CPC, e vinculado aos princípios e regras que protegem o contribuinte, presentes na Constituição Federal de 1988.

Segundo Américo Luiz Martins da Silva:

A atual lei de execuções fiscais (lei nº 6.830/80, de 22.09.1980) repete a mesma tendência já verificada no passado: a) a descodificação do procedimento de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, a exclusão do seu procedimento do CPC para regulamentá-lo mediante lei especial; e b) a institucionalização de vários privilégios para a Fazenda Pública, que chegam, não raras vezes, a ser exagerados e injustificáveis.³⁴

3.4 CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA

A Certidão de Dívida Ativa - CDA, documento extraído do livro de registro em dívida ativa, é o título executivo legalmente previsto para embasar a Execução Fiscal. O conceito de dívida ativa vem previsto no art. 2º, da lei nº 6.830, de 22 de setembro 1980, abaixo transcrito:

Art, 2º. Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal;

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

³⁴ SILVA, Américo L. Martins da. A execução da dívida ativa da fazenda pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001. p. 17.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

De acordo com o dispositivo legal supra, a dívida ativa é composta de créditos de natureza tributária e não-tributária, abrangendo atualização monetária, juros, multa de mora e demais encargos previstos em lei ou em contrato.

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.

Como bem ensina Vicente Greco Filho:

Na execução fiscal o título executivo é a Certidão da Dívida Ativa inscrita na forma da lei, a qual tem a peculiaridade de ser o único título extrajudicial que pode ser formado exclusivamente pela atividade do credor. Justifica essa possibilidade a presunção de legalidade dos atos administrativos e a chamada potestade administrativa, que é a manifestação da soberania interna consistente no desequilíbrio jurídico em favor da administração em face dos administrados.³⁵

O direito de exigir o crédito nasce com a inadimplência enquanto que o procedimento de cobrança da dívida ativa tem início com a inscrição do débito, que se constitui em ato de controle administrativo de legalidade, e será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e a certeza do crédito, nos termos do § 3º da lei nº 6.830/80.

Concluído o processo de inscrição do débito em dívida ativa no livro de registro, é extraída a certidão que servirá de base para o ajuizamento da futura Execução Fiscal.

Não obstante o fato de a Lei nº 6.830/80 estar em vigor a mais de duas décadas, ela ainda possui muitos aspectos jurídicos relevantes pouco examinados. Não são raros os dispositivos constantes da lei que são de constitucionalidade duvidosa à luz da Constituição Federal de 1988 e dos valores protegidos pelo chamado Estado Democrático de Direito.

Entretanto, um assunto deve ser destacado: o parágrafo 8º, do art. 2º da lei de Execução Fiscal. Ao referir a certidão da dívida ativa dispõe, *in verbis*:

35 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 101. v. 3,

“Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração de controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Parágrafos 1º ao 7º *omissis*

Parágrafo 8º Até a decisão de primeira instância a Certidão da Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurado ao executado a devolução do prazo para embargos.

O Código Tributário Nacional, no art. 203, assim como a Lei de Execução Fiscal, no art. 2º, § 8º, consagram uma prerrogativa especial para a Fazenda Pública que consiste, conforme acima exposto, na possibilidade de substituição da Certidão da Dívida Ativa no curso do processo de Execução Fiscal. A substituição da certidão objetiva a correção de erros ou o suprimento de omissões identificadas depois de sua expedição.

A substituição da Certidão de Dívida Ativa impõe a devolução do prazo de defesa para adaptação desta a nova realidade existente nos autos da Execução Fiscal. Temos, a rigor, três hipóteses e suas respectivas soluções. Na primeira, quando não houver ainda interposição de Embargos à Execução, intimar-se-á o executado da ocorrência e o prazo para Embargos será computado normalmente. Numa segunda hipótese, quando o prazo para embargar a Execução estiver em curso, a substituição da Certidão de Dívida Ativa interrompe o prazo, contando-se novos trinta dias para a oposição de Embargos, a partir de nova intimação do executado. Na última situação, quando já apresentados Embargos à Execução, impõe-se a intimação do embargante para, no prazo de trinta dias, aditar os Embargos já opostos e pendentos de julgamento ou interpor novos Embargos.

Fazendo o confronto entre a parte final do art. 203 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, § 8º da Lei de Execução Fiscal temos:

Registra-se a existência de uma controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de convivência entre a parte final do art. 203 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, § 8º da Lei nº 6.830, de 1980.

Uma forte corrente de juristas sustenta que a devolução do prazo para Embargos opostos à Execução de crédito tributário somente poderá versar sobre a parte modificada do título. Este

raciocínio está baseado na superioridade do Código Tributário Nacional sobre a lei ordinária posterior.

Outra posição doutrinária advoga a derrogação pela Lei nº 6.830, de 1980, da parte final do art. 203 do Código Tributário Nacional. Esta conclusão parte da premissa que o Código Tributário Nacional regulou, no particular, matéria processual, não reservada à lei complementar. Assim, a lei ordinária posterior alterou validamente regra ordinária anterior, apesar de prevista em Diploma Legal Complementar. Portanto, não mais subsiste limitação à defesa na hipótese de devolução do prazo por substituição da certidão de dívida ativa.

O contido no dispositivo legal acima transcrito e comentado leva-nos, operadores do direito, a ousarmos algumas observações que tem o seu nascedouro na aplicação prática da lei, senão vejamos:

A Certidão da Dívida Ativa no processo de Execução Fiscal deve ser considerada requisito para interposição da ação, até porque deve trazer no seu bojo a norma legal infringida que viabilizará a defesa do executado, posto que impossível se defender sem saber o que lhe está sendo imputado;

Ao dispor que a CDA poderá ser emendada ou substituída até decisão final de primeira instância, o legislador dispensou à Fazenda um privilegio que não guarda nenhuma ou qualquer sintonia com os princípios constitucionais processuais que objetivam, sobretudo, a existência de um contraditório albergado pelos princípios constitucionais processuais da igualdade entre as partes e da segurança jurídica, dentre outros;

Ao não definir o número de vezes que a Certidão da Dívida Ativa poderá vir a ser emendada ou substituída criou o legislador uma imprecisão técnica que, na prática cotidiana, gera insegurança jurídica e desconforto na relação processual;

As condições que justificam ser a Certidão da Dívida Ativa emendada ou substituída também não foram contempladas, de forma clara, pelo legislador. A doutrina e a jurisprudência, por outro lado, tentando suprir a referida lacuna vêm se pronunciando nesse sentido, havendo correntes divergentes no tocante ao erro que ensejaria a utilização do privilegio contido no anterior parágrafo 8º. Uma das correntes doutrinárias entende que há de ser detectado erro material. Outra corrente entende que o erro deve ser formal. Ocorre que, na prática, essa discussão não tem ocupado espaço, prevalecendo sobre o contribuindo, via de regra, a norma posta com suas imprecisões que, ao final, só respaldam o poderio da Fazenda no exercício de privilégios de constitucionalidade duvidosa, criados a partir de circunstâncias que escapam ao conhecimento do contribuinte executado, em face, sobretudo, da sua hipossuficiência.

A discussão sobre haver sido ou não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, é fato que leva a lei 6.830/80 a sofrer questionamento no tocante a constitucionalidade de alguns artigos que a compõem. O resultado leva-nos, no tocante ao §8º, do art. 2º da lei 6830/80, a identificar lacunas deixadas pelo legislador que poderiam vir a ser preenchidas mediante alteração legislativa.

O legislador deveria definir que a substituição ou emenda da Certidão da Dívida Ativa seria permitida apenas e tão somente por duas vezes sem qualquer ônus para a Fazenda;

A substituição ou emenda a partir da terceira vez importaria na multa no valor de 5% (cinco) por cento do valor da causa objetivando coibir os atos de substituição que tornariam o processo *ad infinito*;

Ao ser substituída ou emendada deveria permanecer nos autos uma cópia xerografada da Certidão da Dívida Ativa alterada;

A substituição ou emenda ao ser requerida deverá informar no petítório o que será emendado ou o motivo da substituição;

Em caso de substituição que venha a diminuir o valor anteriormente declarado na inicial a Fazenda sofreria a condenação, em honorários, da parte diminuída.

EMBARGOS NA EXECUÇÃO FISCAL

A manifestação plena do contraditório somente ocorre nos Embargos à Execução Fiscal, neles sendo permitido ao executado, então embargante, deduzir toda a matéria relativa à defesa, inclusive a produção de todas as provas em direito admitidas. Muito embora os Embargos tenham natureza de ação autônoma, são incidentais ao processo de Execução e a ela vinculados. Em dizer, uma vez extinta a Execução, os Embargos deverão ter a mesma sorte.

Para Antônio Cláudio da Costa Machado,

Os embargos do devedor [...] são uma ação de conhecimento incidente ao processo de execução (ou processo incidente) pela qual o devedor se defende contra a execução ajuizada, buscando o proferimento de uma sentença que a extinga.³⁶

36 MACHADO, 2004, p. 1104

Já Vicente Greco Filho assevera que os Embargos do devedor são o meio de defesa do devedor, com a natureza jurídica de uma ação incidente que tem por objeto desconstituir o título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência.³⁷

Importante frisar que nos Embargos à Execução Fiscal o contraditório não é tão amplo como nos processos regulados pelo CPC. Muito embora a lei nº 6.830/80 preveja a aplicação subsidiária do CPC, os Embargos naquele procedimento seguem regramento próprio, previsto no art. 16 da Lei de Execuções Fiscais:

Art. 16 – O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução;

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

O dispositivo legal em tela traz as peculiaridades inerentes aos Embargos no caso de execuções fiscais.

A primeira peculiaridade é as três formas de contagem do prazo para a oposição de Embargos: do depósito do crédito tributário, lembrando que somente o depósito integral suspende a exigibilidade do crédito (CTN, art. 151, II), da juntada aos autos da prova de fiança bancária e, por fim, da intimação da penhora, que por força da jurisprudência pacificada de nossas cortes deverá ser pessoal, ressalvada a hipótese em que o devedor não é encontrado.

37 GRECO.FILHO, 1996, v., p. 106.

De outra parte, a garantia do juízo é condição intransponível para que o devedor possa opor Embargos à Execução. Tanto no processo regulado pelo CPC, quanto no regulado pela lei nº 6.830/80, somente são admitidos os Embargos após a efetivação da garantia. Trata-se da exigência que acaba por viabilizar a utilização da exceção de pré-executividade, tendo em conta que nem sempre o título que embasa a Execução, ou o próprio processo de Execução, possui os requisitos essenciais de validade e, nessas hipóteses, a ocorrência da penhora causa graves e injustos prejuízos ao executado.

A previsão contida no § 2º do dispositivo sob enfoque traz outra peculiaridade dos Embargos à Execução Fiscal, qual seja a incidência do princípio da eventualidade da defesa. Vale dizer, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas no prazo para exercício da defesa. A incidência do princípio da eventualidade afasta a aplicabilidade do procedimento ordinário comum que permite a especificação de provas em um segundo momento e impõe aos Embargos à Execução Fiscal a natureza de procedimento especial.

Por fim, a última regra deste dispositivo impõe restrições às matérias de defesas e à apresentação de exceções dentro dos Embargos à Execução. Dentre elas merece especial consideração à impossibilidade da alegação de compensação, porquanto a análise superficial do instituto poderia induzir a erro. A evidência, não pretendeu o legislador impedir que o embargante alegasse dentro dos Embargos que efetivou a compensação do crédito exigido, porquanto a compensação é uma das formas de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, II, do CTN.

Assim, temos na jurisprudência o seguinte acórdão:

Embargos à execução improcedentes. Interposição de apelação. O caráter definitivo da execução fiscal não é modificada pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos. Tal definitividade abrange todos os atos, podendo realizar-se praça para a alienação do bem penhorado com a expedição da respectiva carta de arrematação” (REsp. nº 144.127/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 1.02.99).

A lei ainda traz algumas questões relevantes:

Nos termos do art. 20 da lei nº 6.830/80, no caso da Execução por carta os Embargos deverão ser opostos no juízo deprecado que os remeterá ao juízo deprecante para instrução e julgamento, com exceção apenas dos casos em que os Embargos tiverem por objeto vícios ou irregularidades de atos do próprio Juízo deprecado, hipótese em que lhe caberá unicamente o julgamento dessa matéria.

Quanto aos recursos, da sentença proferida em processo de valor inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, caberão Embargos infringentes e de declaração (lei nº 6.830/80, art. 34).

Na hipótese de recurso de apelação para valores superiores ao mínimo legal, ela será recebida nos efeitos devolutivos e suspensivos, ressalvados os casos de rejeição liminar dos Embargos ou improcedência, nos termos do art. 520 do CPC:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

[...]

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

Enfim, ressalvadas estas peculiaridades e outras já referidas quando da análise do processo de Execução Fiscal, os Embargos do devedor serão disciplinados pelas regras constantes do CPC.

Da outra parte, ou seja, quando é o contribuinte que aciona a Fazenda Pública, temos diversas considerações.

A preocupação com a efetividade do processo tem sido constante na nossa doutrina. Nesse contexto o processo de Execução tem relevante destaque, ou seja, o de materializar a tutela cognitiva das pretensões condenatórias.

A contra a Fazenda Pública é o ponto culminante para a realização das pretensões condenatórias contra o Estado; é inegável sua vinculação com o Estado de Direito, princípio fundamental e essencial à organização de uma sociedade justa.

O conceito de Fazenda Pública do art. 100, caput, da Constituição Federal de 1988, alcança as entidades estatais e suas respectivas autarquias, muito embora seja duvidosa a Execução forçada e irrestrita contra as entidades privadas delegadas de serviço público essencial.

As considerações referidas neste texto, somadas as propostas de reforma da Lei 6830/80, confrontadas com os princípios processuais constitucionais deixa claro, a importância da contribuição do operador do direito na criação e reforma das normas.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **A Fazenda Pública em juízo**. 2. Ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Rt, 1986. p.138

FEDERIGUI, Wanderley José. **A execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 75, p. 180, abr./jun. 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Benefício de prazo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 5, n 19, p. 13-24, jul./set. 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios de processo civil na Constituição Federal. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTEIRO, Samuel. **Dos crimes fazendários**. São Paulo: Hemus, 1998.

REGO, Alexandre. **Processo de execução fiscal**: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROCHA SOBRINHO, Délio José. **Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

RODRIGUES, Cláudia. O título executivo na execução da dívida ativa da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002.

SILVA, Américo L. Martins da. A execução da dívida ativa da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



4 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DAS PROPOSTAS NO PREGÃO (SEU MOMENTO E CONTEÚDO)

**GUSTAVO TEIXEIRA MORIS
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA**

Algumas questões acerca do pregão continuam sendo bastante debatidas nos dias de hoje, dentre elas a que se refere ao momento apropriado para análise das especificações do objeto proposto pelo licitante e as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (edital).

Entendia-se que as empresas somente teriam direito a apresentar proposta de preço se antes se submetessem a uma fase prévia de habilitação onde, neste momento, era verificado por parte da comissão de licitação o cumprimento ou não das condições de habilitação exigidas no edital.

Nesta fase preliminar os licitantes tinham seus documentos de habilitação esquadrihados por todos os participantes, assim:

LICITANTES	ENVELOPE DE HABILITAÇÃO	ENVELOPE DE PREÇO
	ENVELOPE ABERTO	ENVELOPE FECHADO
A	EM ANÁLISE	? = R\$ 100.000,00
B	EM ANÁLISE	? = R\$ 105.000,00
C	EM ANÁLISE	? = R\$ 107.000,00
D	EM ANÁLISE	? = R\$ 108.000,00
E	EM ANÁLISE	? = R\$ 109.000,00
F	EM ANÁLISE	? = R\$ 109.500,00
G	EM ANÁLISE	? = R\$ 110.000,00
H	EM ANÁLISE	? = R\$ 110.200,00
I	EM ANÁLISE	? = R\$ 112.000,00
J	EM ANÁLISE	? = R\$ 113.000,00
L	EM ANÁLISE	? = R\$ 114.000,00

No exemplo acima, doze empresas participam de um procedimento licitatório objetivando a assinatura de um contrato para fornecimento de um objeto qualquer. A fase de habilitação precede a fase da abertura dos envelopes de preço.

Estar habilitado significa o direito de alcançar a próxima etapa. Desta forma, as empresas fazem de tudo para eliminar seus concorrentes nesta fase, pois assim terão menos concorrentes na fase subsequente.

Este procedimento **obriga a comissão de licitação a analisar a documentação de habilitação de todos os licitantes**, e não só isso, induz os licitantes a comportamento extremamente exaustivo, a também analisar a documentação de habilitação de todos os seus concorrentes. Tal procedimento pode demorar horas, tornando esta fase uma espécie de gincana. Deste modo, os licitantes se insurgem contra pequenos defeitos na documentação de habilitação de

seus concorrentes, impugnam carimbo fixado em local diferente do determinado no edital, exigem a inabilitação do licitante que não tiver apresentado a documentação numerada no canto superior direito, qualquer rasura de menor importância é motivo de consignação em ata, dentre outras inúmeras situações excessivamente formais.

Os adeptos deste tipo de procedimento sustentam que deste modo estar-se-á preservado o princípio da Isonomia, entendem que a comissão de licitação, sem conhecer os preços dos licitantes, pode fazer uma análise mais imparcial sem beneficiar um ou prejudicar outro durante a fase da habilitação.

Assim, têm-se uma análise altamente isonômica, mas sem eficiência alguma, pois os procedimentos licitatórios são demasiadamente demorados, os recursos e registros em ata incontáveis, os mandados de segurança são impetrados reiteradamente como última saída para garantir a suspensão do certame até julgamento final acerca da sua habilitação.

Neste contexto, foi necessário implementar algumas mudanças no procedimento para torná-lo mais apto a uma eficiente contratação, já que o procedimento necessitava ter mais agilidade.

Alguns doutrinadores já apontavam a inversão das fases – primeiro preço, depois habilitação – como mecanismo ótimo para a adequada satisfação da eficiência nos procedimentos licitatórios.

A experiência do Banco Mundial³⁸ já apontava neste sentido.

Destas experiências surgiu o pregão, que se fundamenta em duas premissas:

Primeira premissa: É desnecessária a análise preliminar da habilitação, sem antes conhecer o menor preço. Primeiro, deve-se conhecer o menor preço, para então partir para análise da documentação de habilitação deste licitante, pois só assim poderá ser feita uma análise mais racional desta documentação, por um motivo evidente. Se já consigo identificar o menor preço, somente preciso analisar os seus documentos de habilitação, pois é com este licitante que pretendo contratar.

Proceder à análise da documentação de habilitação dos demais licitantes é atividade sem sentido, vez que, mesmo habilitados, não serão contratados.

Segunda premissa: Deve ser examinada a adequação da proposta comercial (objeto), somente do licitante com menor preço, pelos idênticos motivos expostos acima. Assim, se devo contratar

³⁸ Organismo internacional multilateral. As regras de licitação são muito mais sintéticas e estabelecem uma única fase com um único envelope para a documentação de habilitação e preço.

o menor preço, somente me interessa saber se o seu objeto está adequado às exigências do edital, e somente o seu. Proceder à análise da adequação dos objetos ofertados pelos outros licitantes acaba sendo uma grande perda de tempo, haja vista que não serão contratados, pois apresentaram preços superiores àquele.

Isto posto, tentarei, da forma mais didática possível, demonstrar a aplicação prática destas premissas no pregão, definindo qual o momento adequado para análise da conformidade entre a proposta escrita e as exigências estabelecidas no edital (especificação da proposta x especificação exigida no edital).

Inicialmente, utilizarei o mesmo exemplo acima. Imaginemos que em uma licitação na modalidade pregão tenham sido os seguintes preços ofertados:

LICITANTES	ENVELOPE DE HABILITAÇÃO	ENVELOPE DE PREÇO
	ENVELOPE FECHADO	ENVELOPE ABERTO
A	?	R\$ 100.000,00
B	?	R\$ 105.000,00
C	?	R\$ 107.000,00
D	?	R\$ 108.000,00
E	?	R\$ 109.000,00
F	?	R\$ 109.500,00
G	?	R\$ 110.000,00
H	?	R\$ 110.200,00
I	?	R\$ 112.000,00
J	?	R\$ 113.000,00
L	?	R\$ 114.000,00

Observe que neste caso, por tratar-se de pregão, os preços são apresentados preliminarmente, e somente depois de encerrada a etapa competitiva de lances e definido o menor preço e sua aceitabilidade é que será aberta e analisada a documentação de habilitação deste licitante, única e exclusivamente deste, pois é quem se pretende contratar.

Fora implantado, no pregão, a primeira premissa. Tornou-se somente necessária a verificação da documentação de habilitação do licitante com menor preço, pois é quem será a princípio contratado, restando agora saber se o licitante com menor preço atende as exigências estabelecidas como indispensáveis para sua habilitação. Estando habilitado, será declarado vencedor.

A pergunta que faço agora é: Será que poderemos aplicar a segunda premissa ao pregão? Devo analisar a adequação de todas as propostas apresentadas inicialmente ou devo esperar a definição do licitante vencedor para só então fazer a verificação de seu objeto?

A questão é complexa³⁹, para isto utilizarei novamente o mesmo exemplo.

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00			
B	R\$ 105.000,00			
C	R\$ 107.000,00			
D	R\$ 108.000,00			
E	R\$ 109.000,00			
F	R\$ 109.500,00			
G	R\$ 110.000,00			
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

Posto o exemplo, gostaria, antes, de trazer a legislação que o pregoeiro deve manejar neste momento, e na oportunidade adequada farei a comparação com o regulamento do Sesi e SENAI:

³⁹ “O tema envolve a mais séria controvérsia jurídica proporcionada pela sistemática do pregão” JUSTEN, Mônica Spezia. Ainda a propósito da questão de amostras. **ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 79, set. 2000. p. 112.

LEGISLAÇÃO	
LEI 10.520/02	DECRETO FEDERAL 3.555/00
Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:	Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
<p>VII - <i>aberta a sessão, os interessados ou seus representantes apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;</i></p> <p>X - <i>para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;</i></p>	<p>V - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes legais entregarão ao pregoeiro, em envelopes separados, a proposta de preços e a documentação de habilitação;</p> <p>VI - o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aquelas que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço;</p>
<p>XI - <i>examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;</i></p> <p>XVI - <i>se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequêntes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;</i></p>	<p>XII - <i>declarada encerrada a etapa competitiva e ordenada as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;</i></p> <p>XV - <i>se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequêntes, verificando a sua aceitabilidade e procedendo a habilitação do proponente, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor e a ele adjudicado o objeto do certame;</i></p>

Na legislação que deve ser aplicada ao caso, pode-se observar que a Lei 10.520/02 fixa que o momento do exame da conformidade das propostas deve ser imediatamente após a abertura das mesmas. Todavia a lei, mais adiante, indica no inciso XI que, “após a fase de lance, deve ser verificada a conformidade da proposta vencedora ao exigido no edital”.

Considerando que o objeto proposto pelo licitante não pode ser alterado durante a fase de lances, uma análise anterior tornaria dispensável uma nova análise. Isto é verificável pelo fato de ser permitido, aos licitantes, somente a redução do preço (oferta), em hipótese alguma a alteração do objeto. O objeto deve ser o constante da proposta escrita apresentada, não sendo permitidas modificações que acompanhem a redução do preço inicialmente apresentado.

Analisando-se no início, não é necessário analisar no final, se a análise é feita no final, não é preciso analisar no início.

O decreto 3.555/00, por sua vez, indica que unicamente após o encerramento da fase da etapa competitiva é que o pregoeiro deve analisar a aceitabilidade **da primeira classificada quanto ao objeto** e valor. Solução que parece desenhar exatamente a segunda premissa fixada antes.

Passemos ao exemplo prático:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00	Sem lance	-	-
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	vencedor
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

No quadro acima, caso o pregoeiro resolva aplicar o que determina o inciso VII, da Lei 10.520/02, terá que examinar a adequação de todas as propostas abertas, antes do início da fase de lances, procedimento que, de logo, percebe-se inapropriado, pois implica no exame de propostas que nem foram selecionadas para a fase de lances, caso das propostas H, I, J e L.

Imagine-se o tempo que não se gastaria examinando-se todas as propostas e motivando os fundamentos de suas eventuais desclassificações. Ocorreria, ao final da sessão, uma avalanche de recursos, das empresas desclassificadas que não foram sequer selecionadas para a fase de lance, cujo julgamento tornaria, qualquer que fosse a decisão final (classificação ou manutenção da desclassificação) sem efeito prático algum, pois não seriam, em última análise, as propostas potencialmente aptas à contratação, pois antes delas existem várias propostas com preços mais baixos.

Diante deste exemplo, parece que não é difícil compreender que somente precisam ser analisadas as propostas que foram selecionadas para a fase de lance.

Mas vou mais adiante.

Entendo que se deva selecionar, para a fase de lance, todas as propostas apresentadas até dez por cento, em relação ao menor preço, e somente após o término da fase de lance, definido o fornecedor com menor preço, deva ser feito o exame da adequação de sua proposta, e somente da sua, às condições estabelecidas no instrumento convocatório, obedecendo ao disposto nos incisos XI da Lei 10.520/02 e XII do Decreto Federal 3.555/00.

Na prática, a questão ficaria assim:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00	Sem lance	-	-
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	vencedor
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

Após o término da fase de lance, o pregoeiro examinaria a adequação da proposta B (vencedor), caso sua proposta fosse considerada inadequada por razões como prazo de entrega, especificação técnica ou inadequação a qualquer outra exigência estabelecida no edital, seria

desclassificado e convocar-se-ia o segundo colocado, empresa F, na forma dos incisos XI e XVI da Lei 10.520/02 e XVII e XV do Decreto Federal 3.555/00, procedendo-se seu respectivo exame.

De outro modo, se o licitante vencedor, empresa B, tivesse sua proposta examinada e considerada adequada pelo pregoeiro, ela teria seu envelope de habilitação aberto e, se habilitada, declarada vencedora.

Passemos a outro exemplo:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00	95.000,00	85.000,00	vencedor
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	Sem lance
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

Neste caso, a mesma empresa que serviu de parâmetro⁴⁰ é a empresa vencedora. Ao final da fase de lance, duas situações podem ocorrer:

1- Se ao realizar o exame da adequação da proposta, o pregoeiro constata que a mesma atende aos requisitos estabelecidos no edital, a solução é fácil. Procede a abertura do seu envelope de habilitação a fim de declará-la vencedora.

2- De outro modo, se o pregoeiro, ao proceder o exame da sua proposta, constatar que a mesma deve ser desclassificada por uma inadequação qualquer do seu objeto, a consequência não deve ser a convocação do segundo colocado, pelo seguinte motivo:

⁴⁰ Proposta que é utilizada como base para a fixação do valor mínimo que servirá de referência para a determinação dos até 10% estabelecidos na Lei ou 15% no caso do Regulamento Sesi ou SENAI.

A proposta parâmetro também foi vencedora ao final da fase de lances, a sua desclassificação importaria em uma reclassificação das demais propostas, tomando-se como base agora o segundo colocado para efeitos de fixação do limite de dez por cento ou quinze por cento no caso do regulamento SESI e SENAI.

A desclassificação da proposta parâmetro implica no dever de se proceder à nova seleção de propostas, tomando-se como base, agora, a segunda colocada, assim:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE			
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA	
A	R\$ 100.000,00	95.000,00	85.000,00	desclassificado	
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	Sem lance	Nova seleção
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-	Nova seleção
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-	Nova seleção
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-	Nova seleção
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance	Nova seleção
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-	Nova seleção
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado			Nova seleção
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado			
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado			
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado			

As vantagens deste procedimento parecem ser apropriadas para atender ao princípio da eficiência e celeridade do procedimento do pregão, pelas seguintes razões:

Economizar-se-ia tempo, pois o exame de todas as propostas selecionadas para a fase de lance é demorado e desnecessário, tendo em vista que somente uma empresa será contratada.

É eficiente, pois se evita recursos de empresas desclassificadas que não teriam preço para competir e ganhar, mas que sob o pretexto de sua desclassificação, manifestariam a intenção de recorrer, atrasando todo o procedimento licitatório.

É transparente, uma vez que estabelece uma relação direta entre os licitantes e a Administração. As empresas que cotaram seus objetos em conformidade com o edital teriam que reduzir os seus preços até os seus reais limites, sem querer desclassificar licitantes concorrentes, para poderem ficar na disputa sozinhas ou isoladas, diminuindo as chances da entidade realizar

uma contratação com preço justo. Os licitantes devem travar, no procedimento licitatório, uma relação direta com a Administração e não entre si.

Os licitantes devem ofertar seus melhores preços na disputa, independentemente se seus concorrentes atendem ou não o objeto licitado. Esta é a postura adequada. Se o licitante tem certeza que a proposta de seu concorrente não atende ao edital, deve abster-se de ofertar lance e aguardar, ao final, o pronunciamento da entidade. Se a empresa que se suspeitava for desclassificada, outra será convocada na ordem de classificação e terá sua proposta analisada.

Qual o efeito prático do exame de todas as propostas que foram selecionadas para a fase de lances, quanto ao objeto, se somente será contratado um fornecedor? Alguns argumentam que este procedimento atenderia ao princípio da Isonomia, pois, caso contrário, examinando-se somente a proposta do vencedor, se estaria permitindo que empresas que cotaram objetos em desconformidade ao edital participassem em igual condição às empresas que apresentaram propostas adequadas, induzindo as últimas a uma redução sem necessidades.

Máxima data vênua, o princípio da Isonomia não pode ser interpretado nestes termos. Aplicar o princípio da Isonomia não significa tratar todos aritmeticamente de forma igual. É preciso considerar as diferenças existentes entre os licitantes no caso concreto, que se evidencia a todos os olhos na diferença dos preços apresentados.

Não é preciso tratar todos igualmente, analisando todas as propostas apresentadas, porque, como dito, não serão contratadas todas as propostas apresentadas. Ao contrário, será contratada apenas a primeira classificada, assim, somente ela merece ser analisada.

Não se diga que a participação de empresas inadequadas na fase de lance causaria violação ao princípio da Isonomia, por colocar numa mesma fase empresas em situações distintas. No caso em tela, o critério para a seleção ou não das empresas para a fase de lance é o preço (até 15% acima do menor preço apresentado). A empresa inadequada que tiver participado da fase de lance e eventualmente vier a ser vencedora desta fase, no momento da análise da sua proposta, receberá tratamento adequado à sua situação, a desclassificação.

A posição do Tribunal de Contas da União acerca da questão:

O TCU teve que, em no mínimo duas oportunidades, enfrentar o tema, e fixou entendimentos antagônicos nas duas oportunidades.

Na ocasião do julgamento da representação que resultou no acórdão 1598/2006, o TCU se posicionou favoravelmente à tese aqui defendida, embora com fundamentação diversa, e que, registre-se, não concordamos.

O julgamento, entretanto, foi vazado por uma manifestação incisiva do Procurador da República, que em seu parecer se posicionou nos seguintes termos:

Já no pregão presencial, caso sob análise, a classificação indevida de proposta escrita, inicialmente de menor preço, ou, ainda, das propostas com preços imediatamente superiores, ou seja, de propostas que após avaliação da amostra do produto ofertado venha revelar desatendimento à condição do edital, afasta, sim, licitantes da competição face à regra contida nos incisos VIII e IX do art. 4º da Lei n. 10.520/2002 e nos incisos VI e VII do art. 11 do Anexo I do Decreto n. 3.555/2000, que assim dispõem...

A possibilidade de somente classificar para a fase de lances verbais a proposta de menor preço e aquelas superiores até 10% (dez por cento), senão os três menores preços, demanda do administrador, condutor do certame, um exame minucioso, precedente à fase de lances verbais, do cumprimento dos parâmetros mínimos estabelecidos no ato convocatório, essencialmente os aspectos técnicos, para, a partir daí, considerar os elementos valorativos das ofertas.

Se assim não fosse, licitantes se beneficiariam indevidamente com a classificação de suas propostas, confiando no fato de que nos pregões a oferta do menor preço já influenciaria o julgamento do pregoeiro ou, ainda, contrapesaria algum defeito ou ausência de atributo no bem ou serviço oferecido.

De fato, permitir que empresas ofertantes de propostas dissonantes dos padrões impostos nos editais concorram com outras que oferecem bens ou serviços que atendem plenamente o interesse buscado pelo órgão contratante distorce o resultado do certame em desfavor, principalmente, da própria Administração..

Mas ao final, o parecer do procurador não foi acolhido, prevalecendo em síntese o seguinte entendimento:

26. Basicamente, a preocupação, por demais louvável, do representante do parquet reside na possibilidade de uma determinada empresa, que ofertou proposta desconforme às exigências editalícias, competir, na fase de lances verbais, com outras que ofertaram bens e serviços que atendem ao interesse buscado pela

Administração, afastando, por via de consequência, outros licitantes que não passaram à fase de lances verbais, em virtude das disposições contidas no art. 4º, incisos XVIII e IX da Lei n. 10.520/2002.

27. De fato, a situação descrita pode ocorrer, pois basta que o licitante apresente menor preço, passando, dessa maneira, a competir na disputa oral, sem que atenda às condições editalícias.

28. Entretanto, devo observar que, ainda que uma dada empresa, que tenha apresentado amostra e que tenha tido a aprovação desta pela Administração, passe a competir na fase de lances verbais, na forma dos incisos XVII e IX do art. 4 da Lei nº 10.520/2002, não há garantias reais de que esta empresa seria a que entabularia o respectivo contrato com o Poder Público, pois, após o exame da documentação relativa à habilitação, esta poderia ser inabilitada.

29. A idéia subjacente a tal raciocínio é simples: no pregão, a análise da habilitação é posterior à avaliação de preços.

30. O objetivo da União Federal, ao criar o pregão como modalidade de licitação, foi conferir maior agilidade às licitações; não por outro motivo, foi prevista a inversão de fases, ou seja, primeiro verifica-se a proposta de preço, para, em um segundo momento, serem avaliadas as condições relativas à habilitação, procedimento este que agiliza a condução do certame.

31. Em assim sendo, penso que não há sentido em se instituir uma espécie de pré-qualificação dos participantes, exigindo dos licitantes que apresentem e tenham homologadas amostras por parte da Administração, como condição para prosseguirem no certame, isto é, para que possam participar da fase de lances verbais.

32. Tal sistemática, além de contrariar o princípio da agilidade que deve nortear o instituto do pregão, não está prevista na lei regeadora da matéria, configurando dessa maneira imposição de restrição onde a lei não o fez.

33. Com efeito, se a Administração possui necessidade inafastável de checar o cumprimento das condições editalícias, antes de passar à avaliação das propostas de preços, deve se utilizar das modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, que prevêem tal sistemática.

34. Todavia, se deseja se valer do pregão, em função da agilidade e simplicidade do instituto, não pode postular, como condição de participação da fase de lances verbais, que o licitante apresente e tenha amostra do produto aprovada pelo órgão, haja vista a ausência de previsão legal neste sentido.

35. Ressalto que o risco de um licitante passar à fase de lances verbais, sem possuir condições efetivas de adimplemento dos requisitos editalícios, é inerente ao pregão, restando clara a opção do legislador em privilegiar a agilidade do instituto.

37. Assim, a conclusão que se imporia é a de que, caso a Administração reputasse necessária a exigência de amostras, somente impusesse tal obrigação ao licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar, pois, como vimos, agir de modo diverso, poderia encarecer o custo de participação no certame, ocasionando, dessa maneira, restrição ao caráter competitivo que deve nortear as licitações.

38. Contudo, a exigência de amostras do licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar também subverte a característica essencial do pregão, isto é, a agilidade.

44. Por todas essas considerações, deixo de acompanhar o ilustre representante do parquet especializado, considerando, contudo, de extrema importância a preocupação manifestada por Sua Excelência.

Em que pese a questão tratar do momento de verificação de amostras, o debate de fundo é o mesmo, ou seja, em que momento deve ser analisada a compatibilidade da proposta com os requisitos estabelecidos no edital. Debater o momento de análise das amostras é debater a verificação das propostas aos requisitos estabelecidos no edital. A amostra é exigência de edital e é elemento complementar a proposta escrita. Amostra que é incompatível ao exigido no edital implica na desclassificação da proposta, por vício no seu elemento “objeto”.

A Modificação do entendimento do TCU na ocasião do acórdão 2390/2007.

Em 2007, a questão voltou a ser examinada pelo TCU que, desta vez, adotou posição contrária ao entendimento anteriormente fixado, adotando a seguinte tese:

Em relação às ocorrências descritas no item “a”, verifico que realmente não andou bem o Pregão Eletrônico nº 240/2003 no tocante à observância do rito

estabelecido na norma de regência, especialmente a seqüência prevista para a fase externa do pregão.

É que, após o recebimento das propostas das licitantes, num total de 7 (sete) empresas, passou-se à etapa de lances, sem que fosse precedida da verificação da conformidade a que se refere o art. 4º, inciso VII, da Lei nº 10.520, de 2002, bem assim a aceitabilidade das propostas, conforme determinava o próprio edital de licitação em seu item 12.1:

Com efeito, a seqüência natural do procedimento seria, após aberta a sessão do pregão, o exame prévio da conformidade de todas as propostas das licitantes aos requisitos do edital, em especial àqueles estabelecidos no Anexo I (fls. 10/12), que discriminam as especificações técnicas dos rádios VHF/FM, portáteis e fixos.

Por conseguinte, e diante da desclassificação da STT Ltda., foi convocada a empresa Tec Tel Ltda., classificada em segundo lugar, com a proposta no valor de R\$ 1.303.400,00, o qual, após negociação junto à Sesp/PR, foi reduzido para R\$ 1.162.000,00, sendo, finalmente, o objeto adjudicado a essa licitante.

Bem de ver que, em razão do baixo valor apresentado pela STT Ltda., comparativamente às outras propostas, sequer houve no sistema eletrônico uma efetiva realização de lances, visto que as demais licitantes passaram desde logo a questionar a proposta inicialmente vencedora, situação essa que poderia ter sido remediada com a retomada dessa etapa após a desclassificação da referida empresa, o que, de fato, não ocorreu.

Penso, assim, restar comprovada a violação do rito estabelecido para o pregão eletrônico, consoante dispõe o art. 4º, inciso VII, da Lei nº 10.520, de 2002, e o próprio edital da licitação (item 12.1), resultando, principalmente, no encerramento prematuro da etapa de lances.

Com todo respeito à corte de contas, o fundamento fixado no segundo acórdão não encontra base de sustentação pelas seguintes questões:

Primeiro, ficou demonstrado durante a exposição que a análise da proposta ao final do pregão não causa nenhum prejuízo aos licitantes, ao contrário, dá celeridade e eficiência ao procedimento.

Segundo, o fundamento invocado pelo TCU não se justifica, uma vez que todas as propostas competem na fase de lances, não há seleção parcial de empresas nesta fase, sendo todas participantes.

Não há, também, no pregão eletrônico, a necessidade de que os lances sejam menores que o menor lance registrado. No pregão eletrônico, o licitante pode ofertar um lance menor que o dele mesmo, não restando prejudicado o seu direito de ofertar lances, uma vez que o parâmetro é o próprio preço do licitante.

4.1 CONCLUSÕES

Indiscutivelmente o regulamento do SESI E SENAI que “cria” a modalidade pregão foi inspirado na Lei 10.520/02. A princípio, todo o desenvolvimento exposto tem aplicação prática nas licitações realizadas pelo SESI e SENAI.

As licitações realizadas na modalidade pregão, se adotado o entendimento defendido neste artigo, gerarão para todo o sistema SESI e SENAI uma excepcional celeridade nos procedimentos licitatórios, implicando em maior transparência, maior eficiência, menor prazo entre o dia da sessão e a efetiva contratação do licitante, diminuição considerável dos recursos e diminuição das demandas judiciais que visem discutir eventual desclassificação de licitantes.

Contudo, os regulamentos do SESI e SENAI são categóricos ao dispor sobre o momento da análise das propostas no pregão, dispondo, ambos em seus artigos 20, inciso I, que:

Art. 20 - I - abertura dos envelopes contendo as propostas de preço dos licitantes, dentro dos quais devem constar a prova de sua representação ou instrumento de procuração que autorize seu preposto a participar do pregão, desclassificando-se aquelas que não atendam as demais condições definidas no instrumento convocatório;

A regra esculpida no inciso em vista não deixa margem de dúvidas acerca do momento da análise das propostas. Deve ser feita logo que abertas as propostas de preço e antes do início da fase de lances.

Para que a questão possa ser resolvida, a recomendação que concluímos é que a expressão em **negrito** deve ser retirada do inciso I e inserida redação similar no inciso X ou XI do artigo 20 de ambos os regulamentos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1985.

_____. **Curso de direito administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERLOFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BESSONE, Darcy. **Do contrato teoria geral**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

BORGES, Alice Gonzáles. **O Pregão criado pela medida provisória nº 2.026/2006: breves reflexões e aspectos polêmicos: informativo de licitações e contratos**. Curitiba: Zênite, 2002.

BUENO, Eduardo. **A coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. (terra brasilis v. 4)

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CALDAS AULETE, **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER JR. Fredie. **Pressupostos processuais e condição da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRERA NETO, Francisco Damasceno. A fase externa do pregão: convocação e credenciamento. **Revista de Direito e Administração Pública**, Porto Alegre, n. 62, ago. 2003.

JUSTEN, Mônica Spezia. Ainda a propósito da questão de amostras. **ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 79, set. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. Ed. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7. Ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MENDES, Renato Geraldo. A nova modalidade de licitação: o pregão de acordo com a mp n^o 2.026/00. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, maio 2000.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, 2. ed.

MOTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Pregão**: teoria e prática. São Paulo: NDJ, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004.

_____. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Pregão, a sexta modalidade de licitação**. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, ago. 2000.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão: uma nova modalidade de licitação**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**5 A POSSIBILIDADE DO SESI ATUAR COMO
PROPONENTE DE PROJETOS INCENTIVADOS COM
BASE NAS LEIS DE INCENTIVO À CULTURA**

**GUSTAVO KELLY ALENCAR
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

5.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade do SESI atuar como proponente de projetos incentivados pela Lei Federal de Incentivo à Cultura – Lei Rouanet, bem como pelas leis Estaduais que versam sobre o mesmo tema.

O mesmo se justifica por essencialmente duas razões: a natureza do SESI, que tem a cultura como um de seus objetivos institucionais, e a necessidade de se fomentar a cultura para terceiros, também parte das finalidades essenciais da entidade.

As Leis de Incentivos Fiscais tornaram-se importante mecanismo de fomento de áreas em que antes eram escassas as oportunidades de obtenção de investimentos do setor privado. Potenciais investidores não acreditavam no retorno financeiro oriundo de projetos em determinadas áreas, mas, com o advento dos incentivos fiscais (e da renúncia fiscal) por parte do Estado, as vantagens são desde logo auferidas, independentemente do retorno financeiro do Projeto (na verdade, a desvinculação é expressa e em alguns casos, inclusive, é vedada qualquer participação nos resultados). Assim, setores como a cultura, o esporte, a proteção à infância e adolescência, o setor audiovisual e outros passaram a apresentar um crescimento nunca antes visto no País, pois o particular – em alguns casos até a pessoa física – pôde utilizar parcela dos tributos que deve para aplicar nos setores incentivados.

Neste diapasão, e tendo em vista a expertise do SESI no setor de assistência social e bem estar do trabalhador (que obviamente tem a cultura nele inserida), dada a importância da responsabilidade social das empresas, solicitou a Diretoria de Operações do Departamento Regional do Rio de Janeiro do SESI a análise jurídica do tema, sendo a questão submetida à Assessoria Jurídica do Sistema Firjan⁴¹, resultando no Parecer Jurídico AJUR 2004/1002, pela possibilidade.

O referido Parecer foi enviado ao Departamento Nacional do SESI, que solicitou parecer de sua Unidade Jurídica, o que foi feito⁴², concluindo este no mesmo sentido do Parecer do DRRJ, pelos mesmos fundamentos.

Os referidos Pareceres, devidamente aprovados pelo SESI DN e juntados por anexação, serviram de arcabouço jurídico para o desenvolvimento de diversos projetos na área de cultura

41FIRJAN. Parecer Jurídico AJUR nº 2004/1002. Rio de Janeiro, 10 maio 2004.

42 CNI. Parecer CNI SESI Unidade Jurídica nº 1204/05. Brasília, 08 dez. 2005.

pelo Sesi, tais como o Projeto Tecnologia Sesi de Investimento Cultural⁴³, o Guia Sesi de Investimento Cultural⁴⁴ e outros.

Além disso, os prefalados Pareceres foram divulgados aos demais Departamentos Regionais do Sesi e hoje já são mais de 200(duzentos) os Projetos propostos ao Ministério da Cultura, pelos diversos Departamentos Regionais do Sesi, só pela Lei Rouanet – Lei 8.313/91, sendo alto também o número de Projetos submetidos às Leis de Incentivo Estaduais e Municipais.

Assim, o presente estudo analisa, além da questão da possibilidade mencionada no título, outros aspectos, pois há pelo menos seis questões relevantes que merecem discussão: os objetivos da entidade; a adequação da entidade aos ditames das Leis de incentivo; a adequação dos projetos aos objetivos da entidade; a destinação de seus recursos; a forma de contratação a ser utilizada e a possibilidade de se recuperar os custos incorridos na consecução do Projeto. Vejamos um a um.

5.2 DAS LEIS DE INCENTIVO

A Lei nº 8.313/91, mais conhecida como Lei Rouanet, instituiu o **Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC)**, cuja finalidade é captar e canalizar recursos para o desenvolvimento do setor cultural, sob diversas formas, devidamente elencadas em seu artigo 1º, tais como a facilitação do acesso às fontes de cultura, promoção do desenvolvimento da produção cultural e artística brasileira, preservação do patrimônio cultural do país e outros.

O PRONAC se utiliza de três mecanismos para atingir seu objetivo:

Fundo Nacional de Cultura (FNC) – através de doações para este fundo o Ministério da Cultura pode realizar uma série de ações, tais como: concessão de prêmios; apoio para a realização de intercâmbios culturais e outros;

Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) - mecanismo até o momento não implementado; e que consiste na constituição de Fundos de Investimento Cultural e Artístico, sob a forma de condomínio, sem personalidade jurídica, caracterizando comunhão de recursos

43 Disponível em: <<http://www.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumChannelId=8A9015D01831764201184268CDE93674>>. Acesso em: 16 ago. 2008.

44 Disponível em: <<http://www.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumChannelId=8A90153D14DB3C990114DBC61F8F325D>>. Acesso em: 16 ago. 08

destinados à aplicação em projetos culturais e artísticos, com a participação dos investidores nos eventuais lucros..

Incentivo a projetos culturais – por este mecanismo pessoas físicas e jurídicas de natureza cultural podem apresentar, ao Ministério da Cultura, projetos ligados à cultura, podendo buscar apoio junto a contribuintes do Imposto de Renda, notadamente pessoas físicas e empresas tributadas com base no lucro real, que por sua vez terão benefícios fiscais sobre o valor do incentivo;

Dos três mecanismos, nos interessa o terceiro. Diz o artigo 18 da Lei Rouanet e seu regulamento⁴⁵:

Lei 8.313/91

Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no **apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural**, como através de contribuições ao FNC, nos termos do artigo 5º, inciso II desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no artigo 1º desta Lei.

Decreto 5.761/06

Art. 4º Para os efeitos deste Decreto, entende-se por:

I - proponente: as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, **com atuação na área cultural**, que proponham programas, projetos e ações culturais ao Ministério da Cultura;

II - beneficiário: o proponente de programa, projeto ou ação cultural favorecido pelo PRONAC;

(...)

45 À época da elaboração do Parecer AJUR 2004/1002, que deu origem ao presente trabalho, bem como do Parecer UJ CNI SESI 1204/05 estava em vigor o Decreto 1.494, de 17 de maio de 1995, que regulamentava a Lei 8.313/91. Este Decreto foi revogado pelo Decreto 5.761/2006, que hoje regulamenta a Lei 8.313/91.

VI - pessoa jurídica de natureza cultural: pessoa jurídica, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, cujo ato constitutivo disponha expressamente sobre sua finalidade cultural; e

(grifos nossos)

Assim, em estreita síntese, pessoas físicas ou jurídicas que tenham em seu objeto social a cultura poderão apresentar ao Ministério da Cultura projetos culturais, que contemplem os temas previstos na lei, e, caso aprovado, poderão captar recursos de terceiros para o apoio ao projeto, que, como contrapartida, terão benefícios de ordem tributária (deduções do imposto sobre a renda). A Lei 8.313/91, seu Regulamento, contido no Decreto 5.761/06 e a Portaria MINC 46/98 regulam o tema.

O sucesso da referida Lei fez surgir, em diversos Estados e Municípios, leis semelhantes, concedendo benefícios fiscais nos tributos de sua competência.

A questão então é saber se o SESI possui natureza cultural capaz de propor projetos culturais no Ministério da Cultura, e em que circunstâncias isto pode ser feito.

5.3 DOS OBJETIVOS DA ENTIDADE

As entidades que compõem o assim chamado Sistema “S” são entidades sem fins lucrativos, todas com objetivos bem definidos, ligados ao fomento à indústria, à melhoria da qualidade de vida do trabalhador da indústria, promovendo a aprendizagem do trabalhador industrial e outros, abrangendo diversos aspectos: social, político, jurídico etc.

Este objetivo e seus aspectos podem ser melhor visualizados no próprio Regulamento do SESI, artigos 1º e 4º:

Artigo 1º - O Serviço Social da Indústria (SESI), criado pela confederação Nacional da Indústria, a 1º de julho de 1946, consoante o decreto-lei nº 9403, de 25 de junho do mesmo ano, tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem estar social dos trabalhadores na indústria e atividade assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes

§1º Na execução dessas finalidades, o Serviço Social da Indústria terá em vista, especialmente, providências no sentido da defesa dos salários reais do trabalhador (melhoria das condições de habitação, nutrição e higiene), a assistência em relação aos problemas domésticos decorrentes das dificuldades da vida, as pesquisas sócio-econômicas e **atividades educativas e culturais**, visando a valorização do homem e aos incentivos à atividade produtora.

Artigo 4º - Constitui finalidade geral do SESI auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos de existência (saúde, alimentação, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política).

E especificamente o artigo 8º nos dá as atividades singularizadas que deverão ser utilizadas na consecução deste fim, dentre as quais podemos identificar, principalmente na alínea “i”, a utilização de recursos audiovisuais e instrumentos de formação de opinião pública para interpretar e realizar sua obra educativa e divulgar os princípios, métodos e técnicas de serviço social:

Art. 8º - Para a consecução dos seus fins, incumbe ao SESI:

(..)

b) utilizar os recursos educativos e assistenciais existentes, tanto públicos, como particulares;

i) servir-se dos recursos audiovisuais e dos instrumentos de formação de opinião pública, para interpretar e realizar a sua obra educativa e divulgar os princípios, métodos e técnicas de serviço social.

Assim, vemos que o fomento à cultura encontra-se dentro dos objetivos da entidade, haja vista inclusive ser esta uma questão essencial da vida de todos, tanto que recebe proteção estatal específica, como vemos no artigo 215 da Constituição da República:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Inclusive mencionamos que no “Planejamento Estratégico 2000-2004” do SESI, vigente à época da elaboração do Parecer do qual se origina o presente trabalho, o Departamento Nacional do SESI atribui à cultura papel de destaque, face à sua ligação com o lazer e, por conseguinte, com o bem estar do trabalhador em geral.

O SESI possui como objetivo precípua o fortalecimento da indústria de um modo geral, e na consecução deste objetivo, segundo o próprio Departamento Nacional afirma, o SESI procura “fortalecer a indústria, a responsabilidade social, o desenvolvimento sustentável, tendo em vista a qualidade de vida dos trabalhadores da indústria por meio da prestação de serviços integrados de Educação, Saúde e Lazer”. Assim, repita-se, não obstante a previsão expressa em seu Regulamento, resta inequívoca a afeição da cultura com as finalidades institucionais da entidade.

Outrossim, cabe analisar os demais itens de relevância.

5.4 A ADEQUAÇÃO DA ENTIDADE AOS DITAMES DAS LEIS DE INCENTIVO; A ADEQUAÇÃO DOS PROJETOS AOS OBJETIVOS DA ENTIDADE E A UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS PRÓPRIOS DO SESI

Resta comprovada a adequação do SESI às disposições das leis de incentivo, eis que se trata de pessoa jurídica de natureza cultural. Assim, verificada a legitimidade em abstrato da entidade para propor enquadramento de seus projetos nas leis de incentivo, cada projeto deve ser individualmente considerado, a fim de comprovar de forma inequívoca sua ligação aos objetivos sociais da entidade, inclusive com Parecer favorável das áreas técnicas e jurídica, e aprovação dos órgãos competentes.

Mas não é só. Dentro do mesmo escopo, a proposição de um projeto cultural implica em dispêndio financeiro, pois nem todo o Projeto é financiado por terceiros. Assim, verificamos que, mesmo sendo perfeitamente possível que o SESI (bem como as demais entidades que compõem o Sistema CNI), proponha ou patrocine determinado Projeto, este tem necessariamente que possuir pertinência com os objetivos sociais da entidade, como inclusive podemos ver, a título ilustrativo, no artigo 54 do Regulamento do SESI:

Art. 54 – **Nenhum recurso do SESI**, quer na administração nacional, quer nas administrações regionais, **será aplicado, seja qual for o título,**

senão em prol das finalidades da instituição, de seus beneficiários, ou de seus servidores.

(grifos nossos)

O que nos leva à contratação de atividades, serviços e produtos pela entidade.

5.5 DA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DE TERCEIROS PELO SESI

Como sabido, as entidades SESI e SENAI somente podem contratar através de procedimento licitatório. Outrossim, no caso aqui tratado, é certo que os recursos captados, muito embora passem a ser de titularidade do proponente, no caso, o SESI, estão por óbvio vinculados ao Projeto para o qual houve o aporte, sendo depositados em conta única aberta para este fim, movimentada sob supervisão do Ministério da Cultura, e, deverá haver prestação de contas após o dispêndio. Vejamos os dispositivos legais:

Decreto 5.761/06

Art. 36. As transferências financeiras dos incentivadores para os respectivos beneficiários serão efetuadas, direta e obrigatoriamente, em conta bancária específica, aberta em instituição financeira oficial, de abrangência nacional, credenciada pelo Ministério da Cultura.

Portaria MINC 46/98

Art. 28. A liberação dos recursos dar-se-á somente após a devida publicação do extrato do instrumento adotado na forma do art. 26, e serão transferidos ao proponente do projeto nos termos previstos na Instrução Normativa STN nº 1/97.

Parágrafo Único. O nome do banco, o número da agência e da conta corrente deverão ser informados por escrito pelo proponente.

Art. 29. A transferência dos recursos financeiros obedecerá ao Plano de Trabalho aprovado, tendo por base o cronograma de desembolso.

Parágrafo Único. Quando a liberação dos recursos ocorrer em 3 (três) ou mais parcelas, a terceira ficará condicionada à apresentação da prestação de contas parcial referente a primeira parcela liberada e assim sucessivamente.

Art. 31. Os recursos financeiros oriundos de doações ou patrocínios serão depositados em conta corrente específica e única para o projeto, aberta em estabelecimento bancário de livre escolha.

§ 1º Para os investimentos na produção cinematográfica, oriundos da comercialização de quotas representativas de direito de comercialização, bem como da conversão de títulos representativos da dívida externa serão, obrigatoriamente, depositados em conta de aplicação financeira especial no Banco do Brasil S/A.

§ 2º Aplica-se em ambos os casos, o disposto no parágrafo único do art. 28.

Por tal, entendemos que tais valores, muito embora estejam vinculados ao Sesi, não são caracterizados como receita da entidade, no conceito contabilmente aceito, pois não há disponibilidade econômica do Sesi sobre os mesmos. Assim, não devem ocorrer as restrições previstas no Regulamento de licitações e Contratos da entidade, sendo certo entretanto que a economicidade, razoabilidade e proporcionalidade devem sempre pautar o dispêndio financeiro realizado, mesmo por que já terá sido apresentado um orçamento bem como um cronograma físico-financeiro ao MINC, devidamente apostilados no Plano de trabalho anexado quando da propositura do Projeto.

Se trata de entrada, é certo, mas não de receita, como já visto. A doutrina contábil e tributária, bem como as normas de contabilidade aceitas dispõem no mesmo sentido:

Marco Aurélio Greco acertadamente afirma que

...não é a maneira pela qual vier a ser contabilizada determinada figura que irá determinar sua natureza jurídica para fins de incidência. A contabilidade retrata a realidade, mas não cria realidades jurídicas novas, desatreladas da substância subjacente⁴⁶

Com efeito, na transferência de capital de terceiros (empréstimos, doações do poder público, etc), por exemplo, a sociedade adquire apenas o poder de usar o capital. Não se trata, no caso,

46 GRECO, Marco Aurélio. Cofins na Lei 9.718/98: variações cambiais e regime de alíquota acrescida. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 50.

de ingresso de receitas advindas da atividade empresarial. Daí porque Bulhões Pedreira, após asseverar que “receita é o valor financeiro cuja propriedade é adquirida por efeito do funcionamento da sociedade empresária”, agudamente arremata:

As quantidades de valor financeiro que entram no patrimônio da sociedade em razão de seu financiamento e capitalização não são receitas: na transferência de capital de terceiros a sociedade adquire apenas o poder de usar o capital, na de capital próprio adquire a propriedade de capital destinado a aumentar seu capital estabelecido⁴⁷

Observe-se também a conceituação (que se alinha perfeitamente à doutrina apresentada) dada pelo Instituto Brasileiro de Contabilidade - IBRACON, por meio das disposições contidas no Pronunciamento VIII - “Receitas e Despesas / Resultado”:

Receita corresponde a acréscimos nos ativos ou decréscimos nos passivos, reconhecidos e medidos em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, resultantes dos diversos tipos de atividades e que possam alterar o patrimônio líquido.

Após esse necessário apanhado de legislação e doutrina, resta claro que os recursos não constituem receitas ou recursos próprios do SESI, sequer entrando em seus cofres, razão pela qual descabe a realização de procedimento licitatório na execução do Projeto.

Outrossim, surge uma pergunta: e se os recursos captados forem oriundos de pessoas também sujeitas a procedimento licitatório em suas contratações?

No Parecer que deu origem ao presente estudo nos manifestamos pela necessidade, nesta hipótese, de realização de certame licitatório. Entretanto, lançamos uma nova teoria, no sentido de que se as regras, inclusive segundo entendimento dos Tribunais de Contas, para a realização de patrocínios pelos entes sujeitos à jurisdição daqueles órgãos, é no sentido de que basta a vinculação do projeto com a finalidade de quem o apóia, juntamente com a expectativa de retorno pela realização do patrocínio, aliados à economicidade e razoabilidade do valor do mesmo são suficientes para viabilizar o aporte, sem a necessidade de licitação (mesmo por que, em alguns casos, seria simplesmente impossível), neste caso a licitação seria desnecessária.

Ainda mais quando vemos que o próprio Ministério da Cultura analisa os orçamentos antes de aprovar qualquer projeto a ele submetido.

47 PEDREIRA, Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro. Forense, 1989

Citamos inclusive o exemplo da indústria cinematográfica, que freqüentemente recebe o apoio de entidades públicas e outras, sujeitas à licitação, e nestes casos inócorre licitação na compra de bens, prestação de serviços e outros.

Por via das dúvidas, é recomendável que haja, pelo menos, tomada de preços visando a economicidade na utilização dos recursos.

5.6 DA POSSIBILIDADE DE SE RECUPERAR OS CUSTOS

Muito embora esta não seja a principal razão da utilização do instrumento aqui discutido, ainda há a possibilidade de se recuperar os custos do Projeto, a cargo do Proponente/Beneficiário, pois a legislação que rege o tema prevê a possibilidade do proponente receber, a título de despesas administrativas, percentual não superior a 15% do total do orçamento. Assim, o custo será compensado.

Art. 26. As despesas administrativas relacionadas aos programas, projetos e ações culturais que visem à utilização do mecanismo previsto neste Capítulo ficarão limitadas a quinze por cento do orçamento total do respectivo programa, projeto ou ação cultural.

Parágrafo único. Para efeito deste Decreto, entende-se por despesas administrativas aquelas executadas na atividade-meio dos programas, projetos e ações culturais, excluídos os gastos com pagamento de pessoal indispensável à execução das atividades-fim e seus respectivos encargos sociais, desde que previstas na planilha de custos.

5.7 CONCLUSÃO

Analisadas sas hipóteses, concluimos que:

- 1- A lei estabelece que podem propor projetos culturais as pessoas jurídicas de natureza cultural, assim consideradas aquelas que expressamente têm a cultura em seu objeto social;
- 2- O SESI possui natureza cultural, tanto por expressa previsão regulamentar como pela sua própria natureza institucional;

3- Os projetos propostos pelo SESI devem necessariamente ter pertinência com suas finalidades institucionais, como também devem estar vinculados à estas todo e qualquer dispêndio de seus recursos;

4- Os recursos que ingressem na conta aberta para o Projeto, muito embora estejam vinculados ao SESI, estão também vinculados ao Projeto aprovado, não entrando no caixa único da entidade, e sobre estes o SESI não possui disponibilidade econômica, razão pela qual não constituem receita do SESI, não estando portanto sujeitos às limitações do Regulamento de Licitações e Contratos da entidade;

5- Os recursos de terceiros, quando oriundos de entes sujeitos à licitação, também não precisam ser objeto de licitação, uma vez que, segundo entendimento dos Tribunais de Contas, a concessão de patrocínio já obedece a disposições específicas, tais como a observância da economicidade no aporte, a afeição aos objetivos finalísticos de quem faz o aporte e a especificação da contrapartida esperada. A prática inclusive mostra que a licitação não ocorre na espécie;

6- O SESI sempre deve ao menos realizar tomada de preços e atender à economicidade nos gastos, mesmo por que o orçamento e o cronograma físico financeiro já são submetidos e analisados pelo Ministério da Cultura previamente à aprovação do projeto.

7- O SESI pode recuperar os custos incorridos com a consecução do projeto, em percentual nunca superior a 15% do orçamento apresentado.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Gustavo Kelly. **Proposição de projetos culturais pelo Sesi**: Possibilidade. Parecer AJUR nº 2004/1002. Brasília, de 10 de maio de 2004. Não publicado.

GRECO, Marco Aurélio. Cofins na Lei 9.718/98: variações cambiais e regime de alíquota acrescida. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 50.

PEDREIRA, Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro. Forense, 1989

SESI. **Guia Sesi de Investimento Cultural**. Disponível em: <<http://www.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumChannelId=8A9015D01831764201184268CDE93674>>

_____. Projeto tecnologia sesi de investimento cultural. Disponível em: <<http://www.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumChannelId=8A9015D01831764201184268CDE93674>>

STEIL, Alexandre. **Possibilidade de o Sesi atuar como proponente de projetos culturais utilizando-se dos incentivos da legislação de incentivo ao setor**. Não publicado. Parecer CNI Sesi Unidade Jurídica nº 1204/05. Brasília, 08 dez. 2005.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**6 ASSINATURA DIGITAL NOS DOCUMENTOS DO SESI
SENAI**

**JEAN ALVES PEREIRA
GUSTAVO KELLY ALENCAR (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

6.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de adoção da assinatura eletrônica nos procedimentos internos do SESI e SENAI, em especial nos contratos e prestação de contas, tendo em vista a fiscalização sofrida por estas entidades pelo Tribunal de Contas da União. Aqui serão analisadas a possibilidade de utilização de documentos eletrônicos bem como a responsabilidade por esta utilização.

Tal questão foi objeto de análise pela Diretoria Jurídica, através das Gerências Jurídicas Cível-Trabalhista e Empresarial-Tributária do Sistema FIRJAN⁴⁸, por conta de duas situações: necessidade de aprimoramento quanto à celeridade e economia dos processos internos, em especial, do sistema de contratos e de prestação de contas.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos questão da legalidade e aplicabilidade deste procedimento quanto aos documentos do SESI e do SENAI, passando pela seguinte análise:

- a) Da Certificação Digital;
- b) Da Assinatura Digital;
- c) Do Procedimento;
- d) Da Validade Legal;
- e) Da Possibilidade de Uso
- f) Da Responsabilidade.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar que a adoção da assinatura digital para os documentos do Sistema Indústria é a solução que melhor atende os princípios da economicidade, da segurança jurídica, bem como a realidade prática.

48 Parecer Jurídico DJ nº 2008/1819 de 06/06/2008, elaborado em conjunto pela Gerência Jurídica Cível-Trabalhista e pela Gerência Jurídica-Empresarial-Tributária, a pedido da Diretoria Geral do Sistema FIRJAN.

6.2 DA CERTIFICAÇÃO DIGITAL

Sem dúvida nenhuma o meio mais rápido e econômico atualmente existente para o envio de documentos é a internet⁴⁹, na forma de arquivos digitais, também chamados de documentos digitais, documentos eletrônicos ou até mesmo como documento informático, que, em todo caso, é o documento produzido por meio do uso do computador.

Entretanto, no meio virtual há que se assegurar a privacidade, a identidade de autoria, a inalterabilidade de conteúdo, enfim, a segurança na celebração de contratos e na prática de atos por meio eletrônico. Com este objetivo surgiu a criptografia, que nada mais é do que a codificação de informações de forma apta a impedir a interceptação e a alteração não desejadas, por meio de convenções secretas às partes envolvidas na prática do(s) ato(s)⁵⁰.

Em estreita síntese, eis os pontos principais a serem preservados quando do uso de documentos digitais:

SIGILO – destinatário aparente x destinatário real.

INTEGRIDADE – conteúdo aparente x conteúdo real.

AUTENTICIDADE – remetente aparente x remetente real.

TEMPESTIVIDADE – instante aparente x instante real.

EFICÁCIA PROBATÓRIA – documento e processo.

Assim, visando a preservação da segurança, e assegurando a autenticidade e a originalidade dos documentos dois institutos baseados na criptografia são utilizados: a certificação digital e a assinatura digital.

49 “Uma rede de comunicação concebida no início da década de 60 pelos estrategistas militares norte-americanos com o objetivo de proteger informações no caso de um conflito com a União Soviética – em pleno período da Guerra Fria – expandiu-se pelo meio acadêmico na década de 70 e explodiu comercialmente no início dos anos 90”, Cf. de OLÍVIO, Luís Carlos Canceller. **Direito e internet**: a regulamentação do ciberespaço. 2. Ed. Florianópolis: UFSC, 1999. p.9-10.

50 A criptografia (escrita oculta, do grego), consiste na técnica de embaralhamento, com códigos simétricos e assimétricos, de dados confidenciais, que poderão ser identificados apenas por fonte segura. “O mecanismo funciona pela aplicação de um padrão secreto de substituição dos caracteres, de maneira que a mensagem se torne ininteligível para quem não conheça o padrão criptográfico utilizado.”, Cf. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO. **Direito & internet bauru**, São Paulo : Edipro, 2001. p. 277.

O Certificado Digital é um arquivo digital que contém um conjunto de informações (nome, email, CPF/MF, url, ...) que identificam um agente, mais um par de chaves criptográficas. Em estreita síntese, um certificado digital serve para, na Internet ou em uma rede local, verificarmos se uma pessoa é quem ela realmente diz ser. Podemos dizer que um certificado digital é uma carteira de identidade virtual. Em um certificado digital há informações pessoais da pessoa, mas a principal informação presente em um certificado é a sua chave pública.

A criptografia usada na Internet se baseia no sistema de chaves. O algoritmo usado na criptografia faz com que sejam geradas duas chaves, uma pública e outra privada (também chamada de secreta). A chave pública, que está presente no certificado digital, é usada para criptografar dados a serem enviados ao dono do certificado. Já a chave privada, que só o dono do certificado conhece, serve para descriptografar a informação que foi criptografada com a sua chave pública. É importante notar que não é possível descriptografar a informação sem ter a chave privada e não há meios de, através da chave pública, deduzir a chave privada.

6.3 DA ASSINATURA DIGITAL

Em criptografia, a **assinatura digital** é um método de autenticação de informação digital tipicamente tratada como análoga à assinatura física em papel, e tem por função precípua dar garantia de integridade e autenticidade a arquivos eletrônicos. A assinatura digital prova que a mensagem ou arquivo não foi alterado e que foi assinado pela entidade ou pessoa que possui a chave privada e o certificado digital correspondente, utilizados na assinatura.

Comparando, temos:

Assinatura convencional = Conteúdo + sinal do Autor.

Assinatura Digital = Resumo + chave do Autor.

Documento em Papel

Assinatura – reconhecimento com fé pública; reconhecimento dentro do ICP-Brasil.

Reprodução – Autenticação com fé pública; Autenticação dentro do ICP-Brasil.

Em ambas = garantia de integridade e de autenticidade.

Não há que se confundir assinatura digital com assinatura eletrônica. O termo **assinatura eletrônica** se refere a qualquer mecanismo, não necessariamente criptográfico, usado para identificar o remetente de uma mensagem eletrônica. A utilização da **assinatura digital** caracteriza a prova inegável de que uma mensagem veio do emissor. Para verificar este requisito, uma assinatura digital deve ter as seguintes propriedades:

a) autenticidade - o receptor deve poder confirmar que a assinatura foi feita pelo emissor;

b) integridade - qualquer alteração da mensagem faz com que a assinatura não corresponda mais ao documento;

c) não repúdio ou **irretratabilidade** - o emissor não pode negar a autenticidade da mensagem.

Essas características fazem a assinatura digital ser fundamentalmente diferente da assinatura manuscrita.

Mas como funciona o processo de assinatura digital?

Em um primeiro momento é gerado um resumo criptográfico da mensagem através de algoritmos complexos que reduzem qualquer mensagem sempre a um resumo de mesmo tamanho. Para assinar digitalmente um arquivo, aplica-se inicialmente uma função matemática ao conteúdo do arquivo, obtendo-se um resumo criptográfico (hash) desse arquivo. A função hash garante a integridade de um documento na medida em que qualquer alteração no conteúdo desse documento altera o resultado da função hash aplicada sobre o mesmo.

Após gerar o hash, ele deve ser criptografado através de um sistema de chave pública, para garantir a autenticação e o não-repúdio. O autor da mensagem deve usar sua chave privada para assinar a mensagem e armazenar o hash criptografado junto a mensagem original. Para verificar a autenticidade do documento, deve ser gerado um novo resumo a partir da mensagem que está armazenada, e este novo resumo deve ser comparado com a assinatura digital. Para isso, é necessário descriptografar a assinatura obtendo o hash original. Se ele for igual ao hash recém gerado, a mensagem está íntegra. Além da assinatura existe o selo cronológico que atesta a referência de tempo à assinatura.

As técnicas de assinatura feitas por meio da Criptografia consistem numa mistura de dados ininteligíveis onde é necessário o uso de duas chaves, a pública e a privada, para que ele possa se tornar legível. É como se fosse um cofre forte que somente para quem tem o seu segredo é acessível.

Assim, ele em nada se assemelha à assinatura com a qual estamos acostumados, pois na verdade a assinatura eletrônica é um emaranhado de números que somente poderá ser codificado para quem possua a chave privada e sua descodificação então deverá ser feita por meio de uma chave pública.

Em resumo, a chave pública será capaz de descriptografar apenas as mensagens que foram criptografadas pela chave privada a ela associada. A cada chave privada de criptografia, portanto, existe uma única chave pública correspondente, que estará associada a um único usuário ou proprietário.

Desta forma, a certeza quanto à titularidade da assinatura digital é sustentada por meio de um certificado emitido pela autoridade certificadora legalmente competente, que emitirá os pares de chaves criptográficas.

6.4 DO PROCEDIMENTO

Como já expusemos nesse trabalho, a garantia quanto à autenticidade do documento depende da certificação digital, por tecnologia padrão para a circulação de documentos em meio eletrônico. Segue abaixo, o procedimento a ser observado, para a certificação:

- 1- Escolher uma Autoridade Certificadora (AC) da Infra-Estrutura de Chaves Públicas–Brasil (ICP-Brasil);
- 2- Por telefone ou no site da AC escolhida há a possibilidade de solicitar a emissão de certificado digital de pessoa jurídica (exemplo: e-CNPJ), do tipo A1 (validade de um ano – armazenado no computador) ou A3 (validade de três anos – cartão ou token), que são os mais comercializados. A AC também pode informar sobre aplicações, custos, formas de pagamento, equipamentos, documentos necessários e demais exigências;
- 3- Depois da solicitação, a AC vai confirmar o pedido, em geral via e-mail, e encaminhará os contatos da Autoridade de Registro (AR), mais próxima do cliente, para que seja agendada uma visita presencial, para onde o interessado levará os documentos. Quem escolher o certificado tipo A3 receberá o cartão ou token na própria AR;
- 4- Aguardar uma notificação da AC para baixar o certificado.

6.5 DA VALIDADE LEGAL

Conforme dispõe a Medida Provisória 2.200-2, de 2001, a lei brasileira determina que qualquer documento⁵¹ digital para ter validade legal deve ser certificado pela ICP-Brasil – Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (a ICP oficial brasileira), podendo ser certificado por outra ICP se as partes interessadas concordarem.

A ICP-Brasil é a raiz certificadora do País, que padroniza a emissão desses certificados e garante autenticidade, integridade e a validade jurídica a documentos em forma eletrônica.

Desta forma, quer assinar documentos digitalmente deve obter um certificado digital.

A emissão da Certificação Digital só pode ser feita presencialmente. O interessado deve procurar uma AC (Autoridade Certificadora), preencher um formulário com seus dados e pagar uma taxa que varia de acordo com o modelo do documento. Depois, o interessado deve se apresentar em uma AR (Autoridade de Registro), levando documentos como Carteira de Identidade, CPF, Título de Eleitor, comprovante de residência e número do PIS/PASEP. Pessoas jurídicas devem apresentar registro comercial, no caso de empresa individual, ato constitutivo, estatuto ou contrato social, CNPJ e documentos pessoais da pessoa física responsável.

6.6 DA POSSIBILIDADE DE USO

Desde 2005 diversos órgãos públicos já vêm usando o meio eletrônico para a troca de informações oficiais. O SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados viabilizou para a Secretaria da Receita Federal o e-CPF, permitindo que declarações sejam apresentadas, consultas formuladas e tributos sejam pagos por este meio.

Além disso, a Nota Fiscal Eletrônica é uma realidade, as empresas emitem documento fiscal digital, emitido e armazenado eletronicamente. Outro exemplo é o projeto Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), que efetivamente transformará a Contabilidade em papel para a Contabilidade Digital. A própria Emenda Constitucional nº 42, aprovada em 19 de dezembro de 2003, introduziu o Inciso XXII ao art. 37 da Constituição Federal, determinando às administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a atuar de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais. Com isso, surgiu o SPED.

⁵¹ “Documento é toda coisa capaz de representar um fato.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p.337.

O projeto se propõe a reduzir de custos para o armazenamento de documentos e a diminuição de custo com o cumprimento das obrigações acessórias. O Sistema Público é uma solução pioneira de alta tecnologia patrocinada pelas administrações tributárias federal, estadual e municipal. Como produto vislumbra obter a oficialização das escriturações fiscal e contábil e que esta se dará por meio da transposição do que é gerado diariamente, nos sistemas empresariais para um arquivo digital pré-definido por um formato técnico específico e apropriado, para que ocorra a transmissão eletrônica dos dados das empresas para os órgãos de registro e, posteriormente, para os fiscos das diversas esferas.

A legislação também vem se modificando. Dentro das Normas Brasileiras de Contabilidade, ressalta-se a Resolução CFC nº 1.020/05 que aprovou a NBCT 2.8 - Das Formalidades da Escrituração Contábil em Forma Eletrônica e a sua recente alteração na Resolução CFC nº 1.063/05. Ademais, ainda previu em agosto de 2006 a Resolução CFC nº 1.078 de 25.08.2006, que estabelece o Leiaute Brasileiro de Contabilidade Digital para fins de escrituração, geração e armazenamento de informações contábeis em meio digital.

Eis alguns dispositivos legais que cuidam do tema:

LEI Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

“Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerado originais para todos os efeitos legais.”

.....

Medida Provisória no. 2.200-2, de 24/08/2001:

“Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1o As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 Código Civil.”

É de nossa opinião então que nos casos em que o ato a ser praticado não dependa de forma específica (ou prescrita) em lei⁵², a utilização do meio eletrônico pode ocorrer sem problemas. O cuidado que se deve ter é na preservação do sigilo, da autenticidade, da segurança e dos demais parâmetros necessários para se preservar a integridade da comunicação.

Há, inclusive, diversos cases de sucesso sobre o tema no País:

- Bancos: Sistema de Pagamentos Brasileiro
- Cartórios: autenticação cópias eletrônicas;
- Iniciativas do Poder Judiciário ;
- Serviços para o contribuinte pela SRF;
- Uso no Governo Federal desde janeiro de 2001 para trâmite de documentos entre a Presidência da República e Ministérios.

6.7 RESPONSABILIDADE

Outra questão fundamental que desponta na linha de frente das preocupações com a celebração dos contratos eletrônicos diz respeito à integridade dos documentos e das mensagens. Como certificar-se de que o conteúdo do documento não foi alterado entre o emitente e o receptor?

A integridade dos documentos eletrônicos pode ser violada não só através da falsificação dolosa do conteúdo do documento (fraude), mas também em decorrência de possíveis erros humanos (no envio e recebimento das mensagens), ou técnicos (defeitos ou interferências nas transmissões).

A solução preconizada pelos especialistas para o problema da identificação das partes contratantes e da integridade do conteúdo dos documentos eletrônicos está na adoção da assinatura digital. Esta é, na atualidade, um dos meios mais garantidos de manter o sigilo das informações seguras na rede, muito embora não seja 100% infalível.

52 “Esta norma repete o mesmo princípio que está contido no CC 107 (CC/1916 129). É válido o ato realizado no processo sem se revestir de forma especial, a menos que a lei prescreva como deva ser praticado. Ainda assim, se praticado de outro modo, vier a preencher-lhe a finalidade essencial, é válido o ato, desde que a lei comine sanção diferente de nulidade contra a preterição da forma exigida. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Para que o documento eletrônico seja utilizado com segurança, alguns pontos devem ser observados:

- a) o uso e controle da chave privada permanecer em sigilo;
- b) houver a garantia de que as chaves podem ser atribuídas a um sujeito determinado;
- c) houver a confiança nas máquinas e programas de computador utilizados, podem ser verificadas, com razoável grau de segurança, a autenticidade e integridade do documento eletrônico.

Em resumo, são estes os pontos de destaque sob o aspecto jurídico:

• **Eficácia Probatória**

Validade jurídica dos procedimentos probatórios, ou seja, nos critérios de identificação de adulteração no caso de falsidade documental, que são evidências que possam provar a falsidade no ambiente eletrônico.

• **Não Repúdio**

Não Repúdio, ou não recusa, é a garantia que o emissor de uma mensagem ou a pessoa que executou determinada transação de forma eletrônica (assinou um documento ou formulário eletrônico), não poderá posteriormente negar sua autoria.

• **Dispositivo Legal**

A instituição Brasileira que garante suporte legal a estes dois requisitos é a ICP-Brasil, criada a partir da Medida Provisória 2.2002, de 24.10.2001, que é um conjunto de AC's ordenadas em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas por um Comitê Gestor. Somente as transações realizadas com processo de certificação envolvendo certificados emitidos por autoridades credenciadas na ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, dando validade jurídica aos documentos assinados digitalmente.

- Alguns mitos, entretanto, devem ser afastados:

Mito: documento com Assinatura Digital é inalterável.

Verdade: tem apenas “imutabilidade lógica”.

Mito: documentos com temporalidade permanente tem as garantias da Certificação em todo seu ciclo de vida.

Verdade: nova Certificação pode ser necessária.

Mito: a validade jurídica é condição suficiente.

Verdade: é necessária, mas a eficácia probatória é fundamental para documentos digitais (MP 2200-2 Art. 10º §§1º e 2º).

Mito: a autenticação de cópias eletrônicas pode ser feita de forma totalmente virtual ou por amostragem.

Verdade: conferir com original palavra por palavra.

6.8 POSSIBILIDADE DE USO DA ASSINATURA DIGITAL PELO SESI E PELO SENAI

Após analisarmos tanto as questões técnicas, como as questões jurídicas inerentes à assinatura digital, concluímos ser possível a adoção deste procedimento para os documentos internos do SESI e do SENAI, em especial no sistema de contratos e de prestação de contas.

Só no caso da prestação de contas das Unidades Operacionais do SESI e SENAI do Departamento Regional do Rio de Janeiro, a adoção deste sistema acarretará uma economia de pelo menos 50.000 (cinquenta mil) folhas de papel por ano⁵³, sem considerar os demais custos inerentes à guarda desta documentação (arquivo, pessoal, equipamentos, espaço físico etc).

Tal sistema, além de manter a integridade e autenticidade da documentação, gera uma grande economia de custos, atendendo ao princípio da economicidade⁵⁴, o que é muito bem vinda, principalmente nos tempos atuais, quando se discute a utilização dos recursos compulsórios do SESI e do SENAI.

⁵³ Estudo realizado pelo grupo de otimização de processos internos do Sistema FIRJAN entre fevereiro e abril de 2008.

⁵⁴ Pressupõe a obtenção e utilização adequada dos recursos humanos, materiais e financeiros, os quais deveriam estar disponíveis nas quantidades necessários e suficientes e no momento adequado.

6.9 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos as seguintes conclusões:

- 1- Só não pode ser utilizado o sistema eletrônico para transmissão de dados quando a lei expressamente determinar sua realização por outra forma.
- 2- Caso o sistema seja utilizado, devem ser seguidos todos os parâmetros de segurança, tais como o uso de certificados digitais, assinaturas eletrônicas etc, tudo em consonância com a ICP-Brasil.
- 3-3. A documentação de suporte para o documento eletrônico enviado deve ser devidamente armazenada de acordo com a “Tabela de Temporalidade de Documentos”, disponível junto aos órgãos públicos.
- 4- É dever do usuário regular o uso e o controle da chave privada, que deve sempre permanecer em sigilo (responsabilidade *in vigilando*).
- 5- A responsabilidade do usuário permanece mesmo em caso de documento eletrônico, a uma, pelo fato da Lei não segregar; a duas, pois o mesmo tem responsabilidade *in vigilando*.
- 6- A rigor, seria isso, e, como sabemos que o INSS e a SRF já utilizam este expediente de forma useira e vezeira, como p. ex. nos Pregões Eletrônicos que costumam realizar⁵⁵, sugerimos que seja efetuada consulta formal à Secretaria de Controle Externo – SECEX, demonstrando de forma detalhada nosso interesse na utilização do meio eletrônico para a transmissão de documentos, formalização de contratos, prestação de contas e demais atos semelhantes, solicitando orientação. Desta forma, nos resguardamos de apontamentos futuros por descumprimento de ditames deste órgão de Controle.
- 7- A adoção deste sistema pelo SESI e pelo SENAI, além de garantirem a integridade e autenticidade da documentação, também atendem ao princípio da economicidade.

55 Até a data de elaboração do presente Parecer inexistem apontamentos do TCU sobre irregularidades na utilização de certificação digital e assinatura eletrônica por seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jean Alves Pereira; ALENCAR, Gustavo Kelly. **Assinatura eletrônica**: legalidade: contratos e prestação de contas. Parecer DJ nº 2008/1819. Brasília, 06 jun. 2008. Não publicado.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO. **Direito & internet bauru**, São Paulo : Edipro, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLÍVIO, Luís Carlos Cancellor. **Direito e internet**: a regulamentação do ciberespaço. 2. Ed. Florianópolis: UFSC, 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Internet**: o direito na era virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**7 TRANSPOSIÇÃO DE EMPREGADOS ENTRE AS
ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA INDÚSTRIA**

**JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

7.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de transposição de empregados do Sistema indústria (CONFEDERAÇÃO/FEDERAÇÃO – SESI - SENAI), sem a necessidade da extinção do contrato de trabalho em uma entidade e a elaboração de novo contrato com outra.

Tal questão foi objeto de análise pela Gerência Jurídica Cível-Trabalhista da Diretoria Jurídica do Sistema FIRJAN⁵⁶, por conta de duas situações: apontamento da fiscalização da Controladoria Geral da União no Estado do Rio de Janeiro quanto aos repasses efetuados pelo SESI-RJ e pelo SENAI-RJ à FIRJAN por conta dos convênios corporativos; e o pleito de pluralidade de salários, sob alegação que os funcionários do Sistema trabalham para várias entidades distintas, em sede de Reclamações Trabalhistas, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos questões tanto de Direito Administrativo, como de Direito do Trabalho, passando pela seguinte análise:

- a) Da Corporativação do Sistema;
- b) Do Apontamento da CGU;
- c) Do Grupo Econômico;
- d) Dos Princípios que norteiam a Transposição;
- e) Da Transposição como forma de Sucessão Trabalhista.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar que a proposta de transposição de empregados, mediante alteração do contrato de trabalho, com a devida interveniência do Sindicato obreiro – SENALBA é a solução que melhor atende os princípios do direito do trabalho e do direito administrativo, bem como a realidade prática.

⁵⁶FIRJAN. **Parecer Jurídico** DJ nº 2008/0041. Brasília, 10 dez. 2007. Elaborado pela Gerência Jurídica Cível-Trabalhista, a pedido da Diretoria de Recursos Humanos do Sistema FIRJAN.

7.2 CORPORATIVIZAÇÃO, O NASCIMENTO DO SISTEMA

O **SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA**, criado pela Confederação Nacional da Indústria, consoante o Decreto-lei nº 9.403/46, é uma entidade privada sob a forma de serviço social autônomo, com o encargo de prestar assistência social aos trabalhadores da indústria e atividades assemelhadas, segundo a metodologia prescrita no seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 57.375/65.

Por sua vez, o **SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL**, criado pela Confederação Nacional da Indústria, nos termos do Decreto-lei nº 4.048/42, é uma entidade privada de ensino que tem por objetivo realizar a aprendizagem industrial.

A colaboração com o Poder Público no trabalho de promoção social no país, levada a efeito pelo denominado “**Sistema S**”, que compreende, dentre outras instituições, o **SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESI-RJ** e o **SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SENAI-RJ**, por conta da autonomia no que se refere à administração de seus serviços, gestão dos seus recursos, regime de trabalho e relações empregatícias, previsto no Regulamento do SESI (Decreto nº 57.375/65) e no Regimento do SENAI (Decreto nº 494/62).

A legislação supra mencionada dispõe ainda, que serão instalados os Departamentos Regionais do SESI e do SENAI no Distrito Federal e nos Estados em que houver federação das indústrias oficialmente reconhecida e filiada ao órgão superior da classe (CNI), e que tais Departamentos Regionais serão dirigidos pelo presidente da federação das indústrias local, vide arts. 37, 38 “a” e 44 do Regulamento do SESI e arts. 31, 32 “a” e 39 do Regimento do SENAI.

Tal funcionamento integrado (SESI – SENAI - FEDERAÇÃO) requer planejamento estratégico bastante complexo, que mereceu do TCU⁵⁷, as lúcidas considerações que se seguem:

Há uma preocupação no sentido de planejar políticas de curto, médio e longo prazos, para melhorar sua capacitação e agilizar sua ação, adequando-se, então, ao crescimento tecnológico.

Enfrentar estes desafios acarreta o reposicionamento institucional nos planos externo e interno. Esta articulação deve ocorrer num contexto de parcerias e globalização. Iniciativas de tal dimensão de importância e pertinência ocorrem

57 Ministro Lincoln M. da Rocha

com o governo, empresas, instituições e universidades (em nível nacional e internacional). Provocando uma adequação do Sistema “S” com a nova situação brasileira, gerada pela abertura do país à concorrência internacional.

(...)

O maior desafio para o Sistema “S” é no aspecto financeiro, onde a fonte de receita é via contribuições compulsórias, idealizando-se uma combinação ou mesmo independência por meio de outras fontes alternativas de receitas.

(...)

Administrar a transição e acelerar a mudança do atual sistema organizacional, neste cenário de globalização e competitividade, é uma das razões deste esforço de implantação do Planejamento Estratégico

Nesse contexto, tão bem realçado pela nossa Corte de Contas, a **FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – FIRJAN**, o **SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SESI-RJ** e o **SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SENAI-RJ**, em 22 de junho de 1997, tomaram a resolução de firmar Convênio de Cooperação Institucional visando à implantação e o desenvolvimento de uma série de Projetos Corporativos de interesse comum, como instrumento gerencial necessário à consecução de seus respectivos objetivos institucionais.

Esse procedimento, diga-se de passagem, guarda respaldo no Regulamento do SESI (art. 14, § único c/c art. 45, “q”) e no Regimento SENAI (arts. 59 e 60).

Demais disto, a sua implementação veio dar ensejo a execução de uma série de Projetos Corporativos, todos formalizados em instrumentos separados, propiciando melhor coordenação administrativa das atividades e programas de interesse recíprocos, com significativa redução os custos operacionais, em benefício dos partícipes.

Dentre outros, podemos citar os seguintes:

- a) Convênio na área de informática;

- b) Convênio na área jurídica;
- c) Convênio na área de comunicação;
- d) Acordo de cooperação destinado à manutenção, atualização e preservação da biblioteca do Sistema FIRJAN.

A implementação de todos esses ajustes vieram a importar na integração das atividades meio das instituições envolvidas (SESI-RJ, SENAI-RJ e FIRJAN).

Por outro lado, os custos decorrentes da implementação dos projetos comuns, serão suportados de forma proporcional pelas citadas entidades, segundo critério de rateio de despesa previamente estipulado. Cumpre ressaltar que a Corporativação já foi objeto de análise e aprovação pela nossa Corte de Contas, que entendeu que tal procedimento atende aos princípios da legalidade e economicidade, conforme podemos concluir da decisão do TCU⁵⁸ abaixo:

Os convênios, acordos e outros instrumentos similares, visando a unificação de ações e integração de suas entidades, devem ter seus custos repartidos de forma equânime entre os partícipes.

Desta forma, os convênios de cooperação institucional prevêem a transferência indireta de recursos do SESI-RJ e SENAI-RJ à FIRJAN, tendo em vista que esta suporta o custo dos diversos projetos e serviços corporativos, em especial quanto à mão de obra vinculada a tais serviços.

7.3 DO APONTAMENTO DA CGU

A Controladoria Geral da União nos relatórios de auditoria nº 189178/2007 (SESI-RJ) e nº 189178/2007 (SENAI-RJ), que se referiam ao exercício de 2006, constatou que deveriam ser tomadas medidas mais efetivas pelo SESI-RJ, SENAI-RJ e FIRJAN com o intuito de se alcançar o equilíbrio na distribuição dos custos de manutenção do Convênio nº 453, que estabelece o rateio de despesas de manutenção da Gestão Corporativa entre as três entidades.

Deve ser ressaltado, para melhor compreensão, que o rateio das despesas é feito em função da demanda de serviço. Desta forma, como a demanda da FIRJAN é muito menor do que o

58 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 325/1999. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 jun. 1999. p.93.

número de funcionários por ela disponibilizados ao “Sistema”, quando do acerto de contas, o SESI-RJ e o SENAI-RJ devem repassar à Federação a diferença entre os serviços demandados e a folha de pagamento do pessoal disponibilizado.

Segundo entendimento da equipe da CGU, a solução⁵⁹ apresentada pelo SESI-RJ/SENAI-RJ, realiza um ajustamento a uma taxa anual irrelevante, o que por si só conduz à conclusão que mantido este ritmo, não se poderia especificar prazo para que o equilíbrio das variáveis que compõem este convênio seja alcançado. Portanto, a conclusão da auditoria realizada em 2008 recomendou que fossem tomadas providências visando alcançar este equilíbrio no curtíssimo prazo, uma vez que a transferência anual de recursos do SESI-RJ e SENAI-RJ para a FIRJAN em 2006 foi de R\$ 18.803.120,69 (dezoito milhões, oitocentos e três mil, cento e vinte reais e sessenta e nove centavos), e em 2007 totalizou R\$ 17.377.241,54 (dezessete milhões, trezentos e setenta e sete mil, duzentos e quarenta e um reais e cinqüenta e quatro centavos).

Certamente não seria demitindo, ou, melhor dizendo, não aproveitando de nosso mais valioso recurso que é a competência / experiência profissional dos funcionários que estas entidades possuíam antes da corporativação, que conseguiríamos alcançar o patamar de reconhecimento profissional que os serviços do SESI e do SENAI possuem na sociedade.

Diante do exposto, resolvemos estudar uma nova solução.

7.4 DO GRUPO ECONÔMICO

No estudo de uma nova solução, se fez necessário enfrentar a questão do grupo econômico, dentro do Direito Trabalho.

O Direito do Trabalho é o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre empregados e empregadores e de ambos com o Estado, para efeitos de proteção e tutela do trabalho, conceito este que ganha mais precisão após a Emenda Constitucional nº 45, incluindo-se à prestação de trabalho por conta alheia, em lugar da habitual subordinação.

59 “Após recomendações da equipe da CGU estamos paulatinamente contratando e preenchendo vagas de forma a equacionar esta situação. (...) Cumpre-nos informar que estamos preliminarmente não mais contratando novos empregados cujas funções são envolvidas neste convênio e admitindo como contrapartida, novos profissionais no quadro do SESI/RJ e SENAI/RJ. Adicionalmente estamos realizando estudos de forma a solucionar tal pendência ainda no decorrer do atual exercício.”

Ao tratar da figura do empregador, o Mestre maior Arnaldo Süssekind⁶⁰ doutrina que:

Empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza e dirige a prestação de serviços de um ou mais trabalhadores, numa relação jurídica em que estes ficam subordinados ao seu poder de comando, e dele recebem os correspondentes salários.

Que o Sesi e Senai são empregadores, disso não se discute, no entanto, para o estudo do grupo econômico para fins justrabalhistas, precisamos analisar o §2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, **personalidade jurídica própria**, estiverem **sob a direção, controle ou administração de outra**, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.(grifos nossos).

Seguindo esta linha, Maurício Godinho Delgado⁶¹ define que:

O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação justrabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica.

A empresa corresponde a uma universalidade de pessoas intervencionadas por várias modalidades de relações jurídicas e de bens materiais e imateriais, organizados para a realização de um empreendimento econômico. O atual Código Civil - CC dispõe que:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Desta forma, à luz da CLT e do atual CC, um primeiro elemento inafastável para a caracterização do grupo econômico é a personalidade jurídica própria, sob a direção, controle ou administração de outra. Neste ponto, repetimos o já mencionado disposto nos arts. 37, 38 “a” e 44 do Regulamento do Sesi e nos arts. 31, 32 “a” e 39 do Regimento do Senai,

60 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.191.

61 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2007.

que determinam que os Departamentos Regionais do SESI e do SENAI serão dirigidos pelo presidente da federação das indústrias local.

O outro requisito é a realização atividade econômica, ou seja, a produção organizada de bens e serviços. Seguindo este raciocínio, as entidades integrantes do “Sistema”, com suas atividades habituais nas áreas da educação, saúde, lazer, tecnologia, cultura, dentre outras, atenderiam esse requisito.

A figura justralhista do grupo econômico surgiu como veículo de ampliação da garantia dos créditos trabalhistas em favor do empregado – sendo esse seu original e mais clássico objetivo e efeito.

O claro objetivo da ordem justralhista (art. 2º, §2º da CLT e art. 3º, §2º da Lei nº 5.889/73) foi assegurar maior garantia aos créditos trabalhistas em contexto socioeconômico de crescente despersonalização do empregador e pulverização dos empreendimentos empresariais em numerosas organizações juridicamente autônomas. O instrumento para isso foi dispor sobre a solidariedade passiva entre as diversas entidades integrantes de um mesmo complexo empresarial perante o crédito oriundo da relação de emprego.

Em face da solidariedade passiva estabelecida nos dois mencionados diplomas trabalhistas, as entidades do grupo econômico respondem pelos créditos laborais oriundos de certo contrato de emprego, ainda que firmado este exclusivamente com uma única dessas entidades.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho adotou a tese da responsabilidade do empregador único. Diz a súmula 129 deste Egrégio tribunal:

A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário

No caso do funcionamento corporativo das entidades integrantes do Sistema FIRJAN, resta nítido tratar-se de um contrato de emprego, que atende mais de uma entidade (SESI-RJ, SENAI-RJ e FIRJAN) que compõe o mesmo grupo econômico.

7.5 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A TRANSPOSIÇÃO

A palavra princípio traduz, na linguagem corrente, a idéia de “começo, início”, e nessa linha, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo”⁶². Mas traz, também, consigo o sentido de “causa primeira, raiz, razão” e, nesta medida, a idéia de aquilo “que serve de base a alguma coisa”⁶³

A palavra, desse modo, carrega consigo a força do significado de proposição fundamental. Nesta linha, o professor Canotilho⁶⁴ entende que:

Os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante.

A compreensão global do Direito, e em especial do fenômeno da transposição de empregados, ora sugerida, impõe, é claro, a compreensão acerca dos princípios específicos inerentes tanto ao Direito do Trabalho, como ao Direito Administrativo. Começaremos a análise, pelos princípios do Direito do Trabalho:

a) **Do princípio da proteção**

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Maurício Godinho Delgado⁶⁵ ao tratar deste princípio entende que:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentadamente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática.

62 HOUAISS, Antônio, et all. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.2299.

63 HOUAISS, Antônio, et all. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.2299.

64 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. - Coimbra: Almedina, 1998.

65 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 198.

Na verdade, pode-se afirmar que sem a idéia protetiva, o Direito do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. Boa parte da doutrina entende este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez⁶⁶, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. O jurista argentino Alfredo J. Ruprecht⁶⁷ também defende esse posicionamento.

Na verdade, entendemos que este princípio não se desdobra em apenas em três, mas sim, em todos os demais princípios do Direito do Trabalho, sendo a própria essência deste ramo.

A proposta da transposição não expõe o empregado a nenhum risco, muito pelo contrário, já que a própria tese do grupo econômico impõe a solidariedade quanto às responsabilidades trabalhistas, o que o protege de qualquer forma.

b) Do princípio da inalterabilidade contratual lesiva

Um dos mais importantes princípios gerais do Direito que foi importado do Direito Civil pelo ramo justralhista é o da inalterabilidade dos contratos, que se expressa, no brocardo *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

Sabe-se, porém, que esse princípio jurídico geral já sofreu atenuações no próprio Direito Civil, através da fórmula *rebus sic stantibus*. Essa possibilidade retificadora surgiria caso fosse evidenciado que as condições objetivas despontadas durante o prazo contratual provocaram grave desequilíbrio contratual, inexistente e impensável no instante de formulação do contrato e fixação dos respectivos direitos e obrigações.

A noção genérica de inalterabilidade perde-se no ramo justralhista, já que este não contingencia, mas incentiva as alterações contratuais favoráveis ao empregado, conforme se depreende da leitura do disposto no art. 468 da CLT:

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

66 RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p.42-43 e 28.

67 RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 14-28.

Dentro desta ótica, a transposição só se realiza com a anuência do empregado e assistência do Sindicato dos Trabalhadores, sem que haja qualquer alteração lesiva ao mesmo, tendo em vista, que a proposta visa alterar apenas o empregador, mantendo todas as demais condições do contrato de trabalho.

c) Do princípio da continuidade da relação de emprego

Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.

O art. 443 da CLT dá concretude a este princípio no momento em que propõe como regra geral o contrato por tempo indeterminado, que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia. As exceções estão previstas no § 2º do art. 443⁶⁸, em leis especiais a certas profissões delimitadas, tais como artistas e atletas profissionais e o contrato provisório da Lei nº 9.601/98.

Vale ressaltar ainda, que o princípio da continuidade da relação de emprego confere suporte teórico (ao lado de outros princípios) a um importante instituto justrabalhista: a **sucessão de empregadores**, regulada pelos artigos 10 e 448 da CLT⁶⁹.

Para Arnaldo Süssekind⁷⁰: “A sucessão, do ponto de vista jurídico, consiste na substituição de uma pessoa por outra na mesma relação jurídica. A relação é a mesma, mas os sujeitos que dela participam alteram-se”.

68 “O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.”

69 “A CLT em seus arts. 2º (empregador é a empresa), 10 (alteração da estrutura da empresa) e 448 (mudança na propriedade) traça uma constante que caracteriza a continuidade do vínculo empregatício e da responsabilidade (solidária ou sucessiva) nos débitos. Não se exclui a exploração de qualquer atividade comercial, nem sequer a concessão de serviço público desde que se dêem os requisitos. Além do mais, a sucessão é instituto que protege o credor, o empregado, dando-lhe o direito de voltar-se contra o sucessor, não obstante ser o antecessor o inadimplente. Não é qualquer coisa como uma norma pública abstrata que libera o real devedor de livrar-se dos aborrecimentos do processo e da obrigação de responder perante seus empregados (TRT/SP, RO 22.043/85) in Carrion, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* – 33ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 296-297.

70 SÜSSEKIND, A. op. cit., p. 203.

Na presente hipótese, o que se busca com a transposição de empregados é apenas a sucessão trabalhista, ou seja, a alteração de empregador, sem que haja rompimento do vínculo empregatício, atendendo ao princípio da continuidade da relação de emprego.

d) Do princípio da Primazia da Realidade

Este princípio amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações de vontade, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal.

No Direito do Trabalho deve-se buscar a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. Os fatos prevalecem sobre o contratado.

A proposta de transposição encontra-se em consonância com este princípio, tendo em vista que na realidade, como o funcionamento do Sistema é corporativo, existe um contrato de trabalho que pode atender a mais de uma entidade, sendo viável a alteração de empregador sem prejuízo do empregado.

Quanto aos reflexos no Direito administrativo, em especial quanto à fiscalização sofrida pelo SESI e pelo SENAI pelos órgãos de controle externo, nos cabe analisar a presente proposta frente a três importantes princípios:

e) Dos princípios do controle externo

Os Serviços Sociais autônomos, como o SESI e o SENAI possuem natureza jurídica de entidade de direito privado. Entretanto, pelo fato de receberem recursos ditos parafiscais das folhas de pagamento, suas contas ficam sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. O saudoso Hely Lopes Meirelles⁷¹ enfrentou a questão dessa personalidade jurídica da seguinte forma:

Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônios próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços

71 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997. p.339.

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 subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.

No entanto, por receberem por força de lei contribuições parafiscais, os mesmos se submetem a certos princípios inerentes à fiscalização da Administração Pública. Esta, através dos seus órgãos de controle externo (Tribunal de Contas, auxiliado pela Controladoria Geral da União), sujeitam o Sesi e o Senai a chamada auditoria operacional ou de resultados, que vai analisar as transações, contas, balanço e legalidade dos atos praticados, indo além de uma mera auditoria financeira, já que aquela vai analisar se os recursos originários das contribuições compulsórias estão sendo utilizados em atividades necessárias e eficazes. Ou seja, a auditoria financeira verifica, a auditoria operacional avalia.

A auditoria operacional se orienta por três princípios:

Economicidade – Pressupõe a obtenção e utilização adequada dos recursos humanos, materiais e financeiros, os quais devem estar disponíveis nas quantidades necessários e suficientes e no momento adequado. Assim, deve-se buscar a redução de custos.

Eficiência – Pressupõe a obtenção de níveis máximos de produção com o mínimo de recursos possíveis. Em suma, deve-se buscar a máxima produtividade dos recursos disponíveis.

Eficácia – Pressupõe que os resultados obtidos sejam dentro dos objetivos propostos pela entidade. Ou seja, deve-se buscar o atingimento dos objetivos.

Em resumo, a auditoria operacional da CGU busca saber se as entidades vêm obtendo os resultados desejados, ao menor custo possível.

Diante dessa breve análise, resta claro que a transposição de empregados é a opção que melhor atende aos princípios que norteiam o controle externo, em especial o da economicidade, tendo em

vista que como não haverá a extinção do contrato de emprego, nenhuma indenização trabalhista será devida, o que impactará de forma positiva nos resultados das nossas entidades.

f) Do princípio do concurso público

Em 05/10/2007, a Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – CONAP, solicitou ao Procurador-Chefe dessa Procuradoria Regional do Trabalho a instauração de procedimento investigatório em face das entidades integrantes do denominado Sistema “S”, com vistas a verificar se estas entidades, na contratação de pessoal, vêm observando o princípio constitucional do **concurso público**.

Não é objeto do presente trabalho enfrentar a fundo esta questão, no entanto deve-se ressaltar que os Serviços Sociais Autônomos, **por expressa e intencional vontade constitucional**, não se sujeitam ao art. 37 da CR/88, muito menos ao inciso II deste dispositivo.

8- No acórdão publicado em 5/11/07, prolatado na representação TC 019.946/2005-4, o Plenário do TCU, por 6 (seis) votos a 1 (um), não conheceu da representação formulada pela Secretaria Federal de Controle contrária aos regulamentos de contratação de empregados pelas entidades integrantes do Sistema “S”.

Em razão disso, está em pleno vigor o regulamento de contratação de pessoal próprio, aprovado pelo Conselho Nacional através da **Resolução SESI nº 01/2005** e da **Resolução SENAI nº 241**, nos termos de seus estatutos (artigo 60 do Regulamento SESI e artigo 42 do Regimento SENAI).

É importante frisar que, pela proposta da transposição, não se estaria diante de um novo contrato de emprego, mas sim, da alteração de um contrato anteriormente celebrado, de acordo com as normas de recrutamento e seleção vigentes na época da primeira contratação. Ou seja, estaríamos diante de um ato jurídico perfeito, que jamais poderia ser objeto de anulação, seja por parte do Tribunal de Contas, seja por parte do Ministério Público do Trabalho.

7.6 DA TRANSPOSIÇÃO COMO FORMA DE SUCESSÃO TRABALHISTA

A transposição de empregados surge como veículo de afirmação da intangibilidade dos contratos de trabalho, sob o ponto de vista objetivo, ou seja, ainda que se altere o sujeito de direito

localizado no pólo passivo do contrato (o empregador) – alteração subjetiva, pois -, o contrato mantém-se inalterado no que tange às obrigações e direitos dele decorrentes.

Na presente hipótese, entendemos que trata-se de nova forma de sucessão trabalhista não aventada pela interpretação literal dos artigos 10 e 448 da CLT, tendo em vista que na transposição faltaria o requisito celetista da **transferência de unidade econômico-jurídica**, ou seja, a alteração na estrutura jurídico-formal da pessoa jurídica.

O Sistema “S”, por ter a natureza jurídica singular que lhe é própria, possibilita a interpretação extensiva aqui dada para reconhecer a possibilidade da transposição de empregados entre entidades integrantes do Sistema, mediante a alteração do contrato de trabalho por termo aditivo, devidamente assistida pelo Sindicato obreiro (SENALBA).

7.7 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos as seguintes conclusões:

- 1- A Transposição de empregados tem por objetivo uma alteração não lesiva ao contrato de trabalho, cujo o único objeto é a mudança de empregador, entre as entidades do Sistema Indústria (CONFEDERAÇÃO/FEDERAÇÃO - SESI - SENAI), mantendo-se todas as demais cláusulas e condições da relação de emprego.
- 2- A proposta de Transposição de empregados encontra-se em consonância com o funcionamento corporativo das entidades do Sistema Indústria, previsto no Regulamento do SESI (Decreto nº 57.375/65) e no Regimento do SENAI (Decreto nº 494/62).
- 3- O Sistema Indústria (CONFEDERAÇÃO/FEDERAÇÃO - SESI - SENAI) se enquadra no conceito de grupo econômico, tendo em vista a direção única prevista nos estatutos referidos.
- 4- A Transposição de empregados atende tanto aos princípios que informam o Direito do Trabalho, quanto aqueles de Direito Administrativo, que norteiam o controle externo, o qual estão submetidos o SESI e o SENAI.
- 5- O fenômeno da transposição de empregados caracteriza uma nova forma de sucessão trabalhista, onde há a mudança de empregador, mediante alteração do contrato de trabalho através de termo aditivo, devidamente chancelado pelo Sindicato dos Trabalhadores (SENALBA),

que estará velando para que nenhum prejuízo ocorra ao empregado quanto aos seus direitos trabalhistas.

6- A Transposição de empregados, além de atender à exigência da auditoria da Controladoria Geral da União, também facilita a gestão de pessoal dentro do funcionamento corporativo do Sistema Indústria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jean Alves Pereira. **Possibilidade de transposição de empregados entre as entidades integrantes do Sistema FIRJAN**. Parecer DJ nº 2008/0041. Brasília, 10 dez. 2007. Não publicado.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 907/1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 dez. 1997.

_____. Decisão nº 461/1998. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 ago. 1998.

_____. Decisão nº 325/1999. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 jun. 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. - Coimbra: Almedina, 1998.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2007.

HOUAISS, Antônio, et all. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. São Paulo: Ltr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**8 O COMPROMISSO DO SESI E SENAI COM A ADEQUAÇÃO
DA LEGISLAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE SOCIAL NA ÁREA AMBIENTAL**

**CARLOS JOSÉ KURTZ
CAROLINA SLOVINSKI FERRARI
DANIEL HORÁCIO DE ARAÚJO
FABRÍCIA LEMSER MARTINS
FRANCISCA JOSÉ DE MELO
LEANDRO GAYER GUBERT
RODRIGO DE PAULA STADLER
SILVIA PASSONI MATTOS CARREIRÃO (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

8.1 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Hodiernamente, o meio ambiente vem recebendo reflexões de diversas ordens. Esta primeira parte do estudo enfocará o conceito de meio ambiente sob o prisma econômico-social, destacando a responsabilidade social como forma de se prestigiar os fundamentos ambientais constantes da Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, refletir sobre o meio ambiente importa em investigar a própria vida em seus infinitos ecossistemas e correlações, em cuja totalidade insere-se a vida humana, como bem conceitua a Lei nº.6938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente⁷².

Recentemente, a ISO 14001⁷³ ao conceituar o meio ambiente, definiu-o como sendo uma: “circunvizinhança em que uma organização opera, incluindo-se ar, água, solo, recursos naturais, flora fauna, seres humanos e suas inter-relações.”

Diante desse esboço acerca do entendimento do que venha a ser o meio ambiente, verifica-se uma evolução no sentido de abranger também no seu conceito o viés social, na medida em que admite o ser humano e suas inter-relações na sua definição. Desta forma, pode-se aferir que dentro deste conceito de meio ambiente social encontram-se as atividades de entidades e instituições comprometidas com o desenvolvimento social, possuindo, portanto, responsa-

72A Lei nº.6938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, ao conceituar o meio ambiente, considerou-o como sendo o conjunto de condições, leis, influências e infra-estrutura de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

73 ISO 14001 é um padrão internacional para Sistemas de Gerenciamento Ambiental cujo o propósito é prover as organizações com um sistema de gerenciamento efetivo e ajuda-las, assim como complementar suas políticas para alcançar os objetivos ambientais e econômicos.

bilidades ditas sociais neste processo. Nesse contexto, instituições como o Sesi⁷⁴ e o Senai⁷⁵ possuem um papel fundamental, uma vez que se tratam de entidades com enorme capacidade de transformação social, aptas a auxiliar as indústrias e os trabalhadores a colocar em prática a intenção protetiva prevista nas normas. Além disso, merece destaque o papel educacional exercido por essas entidades que certamente tem um impacto direto na consciência social da comunidade industrial e da sociedade de um modo geral.

Cumprido salientar que a responsabilidade sócio-ambiental destas instituições deve ser compreendida como um verdadeiro compromisso das organizações modernas e, mais do que isso, como um comando emanado da Legislação Ambiental e, principalmente, da Constituição Federal Brasileira.

Todavia, na esfera ambiental há, em alguns casos, descompassos entre a realidade e a norma ambiental que dificultam a efetivação do compromisso sócio ambiental. Temos como exemplo o estado de Santa Catarina que, como é notório, possui sua economia fortemente alicerçada no sistema integrado de produção das agroindústrias.

Nesse sentido é que Agroindústrias Catarinenses são paradigmas nacionais e internacionais na produção de carnes e derivados, sendo que seus produtores rurais desenvolvem as atividades basicamente no oeste do estado, onde a geografia da região é caracterizada pela grande declividade do solo, sendo que a ocupação e a instalação dos meios de produção naquela região ocorrem geralmente próximas de curso d'água.

Sucedem que esses produtores estão localizados em situações que não raras vezes conflitam com os parâmetros estabelecidos pela Legislação Federal, pelo Código Ambiental e pelas Resoluções

74 Criado pelo Decreto nº.57.375/65 e possuindo como atribuição: Art. 1º - O Serviço Social da Indústria (SESI), criado pela Confederação Nacional da Indústria, a 1º de julho de 1946, consoante o Decreto-Lei nº.9403, de 25 de junho do mesmo ano, tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar-social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no país, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes.

75 Criado pelo Decreto Lei nº. 4.048, de 22/01/42 e possuindo como atribuição, conforme o art. 1º do Decreto nº. 494, de 10.01.62 (Regimento SENAI): “a) realizar, em escolas instaladas e mantidas pela instituição, ou sob forma de cooperação, a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição, nos termos de dispositivo constitucional e da legislação ordinária;b) assistir aos empregados na elaboração e execução de programas gerais de treinamento do pessoal dos diversos níveis de qualificação, e na realização de aprendizagem metódica ministrada no próprio emprego;c) proporcionar, aos trabalhadores maiores de 18 anos, a oportunidade de completar, em cursos de curta duração, a formação profissional parcialmente adquirida no local de trabalho;d) conceder bolsas de estudo e de aperfeiçoamento a pessoal de direção e a empregados de excepcional valor das empresas contribuintes, bem como a professores, instrutores, administradores e servidores do próprio SENAI;e) cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividade assemelhadas.”

editadas pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), que disciplinam a matéria referente à ocupação de topo de morro e de beira de rio.

O fato é que o art.2º do Código Florestal⁷⁶ ao estabelecer de forma única para o Brasil inteiro os parâmetros e as limitações para ocupação de Beira de Rio e Topo de Morro, desconsiderou questões fundamentais como a geografia da região, quantidade de chuva, tipo de solo, vegetação dentre outros fatores específicos que condicionam o resultado e, portanto, condenam à ilegalidade milhares de produtores.

Nesse ponto específico, fica consideravelmente difícil sensibilizar as empresas, e principalmente os produtores rurais a elas integrados, a adotar uma atitude de respeito à lei ambiental, se tal postura implica muitas vezes na inviabilização dos negócios ou na perda dos empregos.

Surge então, como compromisso de efetivação de responsabilidade sócio ambiental a necessidade da sociedade organizada, incluindo-se aí os integrantes do Sistema Industrial de fomentar estudos e ações especialmente no campo educativo, visando adequar a legislação às realidades regionais. Até porque, o cumprimento da legislação é o primeiro pressuposto da responsabilidade sócio ambiental.

Ressalta-se, nesse ínterim, que a certificação da própria ISO 14000, da qual dependem muitas empresas para sobreviver internacionalmente, fica muito dificultada em função desse quadro. Isso porque, em Santa Catarina o SENAI tem sido um grande consultor das empresas industriais para obtenção da referida norma ambiental.

Como se verifica, uma releitura da legislação com maior ênfase nas realidades regionais é de fundamental importância para que SESI e SENAI tenham pleno êxito na efetivação prática dos compromissos de responsabilidade social e ambiental.

8.2 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E O PACTO FEDERATIVO

Passemos a uma abordagem jurídico-constitucional acerca da idéia de responsabilidade sócio-ambiental à luz do Pacto Federativo, este como instrumento para que sejam respeitadas as diversas realidades regionais do Estado Brasileiro.

76 “Lei Federal 4.771 de 15 de setembro de 1965, publicado no Diário Oficial da União em 16 de setembro de 1965 (...) Art.2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...) c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50m (cinquenta metros) de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; (...)”

Primeiramente, sabe-se que para o nascimento de um Estado Federal supõe-se a preexistência de Estados soberanos que se integram com o apoio da suprema autoridade de cada um deles.⁷⁷

Parece claro, nesse diapasão, que a necessidade do federalismo no Brasil decorre da imperativa idéia de descentralização democrática das ações do Estado. Contudo, enquanto isso não vier afastado da prática consolidada de enfatizar as questões regionais e locais isoladamente, em detrimento de uma óptica nacional, como se fossem estanques, a federação brasileira será meramente formal.⁷⁸

Acerca da formação de um Estado Federal, Dalmo de Abreu Dallari ensina que as suas características fundamentais são as seguintes:

a união faz nascer um novo Estado e, concomitantemente, aqueles que aderiram à federação perdem a condição de Estados; a base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado; na federação não existe direito de secessão; só o Estado Federal tem soberania; no Estado Federal as atribuições da União e as das unidades federativas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências; a cada esfera das competências se atribui renda própria; o poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas; os cidadãos do Estado que aderem à federação adquirem a cidadania do Estado Federal e perdem a anterior.⁷⁹

O que ocorre, segundo entendimento do referido Autor, é que não existe hierarquia na organização federal, porque a cada esfera de poder corresponde uma competência determinada.⁸⁰

Dessa forma, adentrando na seara específica da predominância de interesses no que concerne ao poder de legislar sobre a matéria ambiental, importantes os ensinamentos de José Afonso da Silva no sentido de que:

o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de

77 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; MELLO, Celso D. de Albuquerque; MESTIERI, João. **Estudo das transformações da ordem política**. Rio de Janeiro: Renes, 1971. p.30.

78 COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. **Federalismo & ICMS: reflexos tributários**. Curitiba: Juruá, 2000. p.40

79 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.219.

80 Idem

predominante interesse regional, e aos Municípios conhecerem os assuntos de interesse local.⁸¹

Na mesma linha deste raciocínio, o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado é o de que:

À União compete a elaboração de normas gerais, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal cabe a especificação das condutas conforme a realidade local. A União detém a competência privativa e concorrente para legislar sobre o Meio Ambiente. A Constituição Federal previu dois tipos de competência para legislar, com referência a cada um dos membros da Federação: a União tem competência privativa e concorrente; os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente e suplementar; e os Municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual.⁸²

Nesse contexto, o entendimento de Vladimir Passos de Freitas acerca da repartição de competências entre os entes federados é no sentido de que:

Em âmbito de legislação concorrente, a União é competente para estabelecer normas gerais. Esta competência não exclui a dos Estados em caráter suplementar. No caso de inexistir normas gerais da União, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades. Ocorrendo superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende-se a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (...) **As normas gerais são estabelecidas pela União, que contém princípios fundamentais. Tais normas gerais não podem especificar situações, que, por sua natureza são reservados aos Estados. Os detalhes são objeto de lei estadual, com minúcia e adequação à realidade.**⁸³ (grifou-se).

Sabe-se que na legislação ambiental brasileira, segundo disciplina o art. 24 da Constituição Federal, a competência entre União, Estados e Distrito Federal é concorrente, sendo disciplinada basicamente por Normas Federais, que, não raro, desconsideram as realidades regionais e o comando do §1º do citado art. 24, que, ademais, limita a competência legislativa da União nessa área ao estabelecimento de normas gerais.

81 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.418.

82 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.298.

83 FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Dessa forma, tem vicejado, inclusive em decisões de tribunais, a interpretação no sentido de que as normas ambientais produzidas pelos estados devem ser mais restritivas do que as federais. Ora, essa assertiva só tem cabimento no caso do mencionado art. 4º e do art. 24 da Constituição Federal que tratam de matéria de ordem geral.

Sabe-se que a expressão “normas gerais” utilizada pelo §1º do art.24 da Constituição Federal é um conceito jurídico aberto, sendo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm encontrado dificuldade no preenchimento de seu conteúdo. Tentando elucidar a questão, Luís Pinto Ferreira pondera que:

Em tese, as normas gerais são aquelas diretrizes essenciais que deverão ser suplementadas ou especificadas pela legislação estadual ou distrital, e, caso desçam a detalhes, elas deverão ser consideradas inconstitucionais por invadirem a competência dos Estados e do Distrito Federal.⁸⁴

E, ainda, dentro da busca de um entendimento do que venha a ser normas gerais, Leonardo Greco sustenta que:

Normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios ou critérios a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contrapõem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o País uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados. Normas gerais são normas uniformes, isonômicas, aplicáveis a todos os cidadãos e a todos os Estados.⁸⁵

E não se pode perder de vista a sempre lúcida lição de Paulo Affonso Leme Machado no sentido de que “*normas gerais são aquelas que pela sua natureza podem ser aplicadas a todo território brasileiro.*”⁸⁶ E o Autor vai além quando defende que:

não se suplementa a legislação que não exista. E não se suplementa simplesmente pela vontade dos Estados inovarem diante da legislação federal (...) a suplementariedade está condicionada à necessidade de **aperfeiçoar a legis-**

84 FERREIRA, Luís Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990, v.2, p.96.

85 GRECO, Leonardo. **Competências constitucionais em matéria ambiental**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.687, 2003, p.23/29.

86 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

lação federal ou diante da constatação de lacunas da norma geral federal”.
(grifou-se)

E, nesse ponto, aperfeiçoar a legislação federal não significa adotar uma interpretação mais restritiva sobre a matéria, e sim prestigiar o Princípio Constitucional Federativo, tendo como objetivos fundamentais o desenvolvimento sustentável e o respeito as especificidades regionais, que estão protegidas tanto pelo texto constitucional como pela própria doutrina que se debruça sobre o tema ambiental.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁷ sintetizando as opiniões na doutrina sobre a definição de normas gerais, considera que àquelas cabe:

estabelecer princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (assim entendem Sahid Maluf, José Afonso da Silva, Paulo de Barros Carvalho); **não podem entrar em pormenores ou detalhes nem esgotar o assunto legislado** (esta é a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Marco Aurélio Grecco); **são regras nacionais, uniformemente aplicáveis no território** (conforme Souto Maior Borges, Paulo de Barros Carvalho e Adilson de Abreu Dallari); **devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas, sem individualiza-las** (posição de Pinto Falcão, Carvalho Pinto e Adilson de Abreu Dallari); **só cabem quando preenchem lacunas constitucionais e disponham sobre áreas de conflito** (segundo Paulo de Barros Carvalho e Geraldo Ataliba); **devem referir-se a questões fundamentais** (conforme Adilson de Abreu Dallari); **são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados** (entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Adilson de Abreu Dallari); **e não são normas de aplicação direta** (posição de Burdeau e Cláudio Pacheco).(grifou-se)

Portanto, diante do posicionamento doutrinário acima exposto, o que se vislumbra neste cenário constitucional de repartição de competências é, principalmente, a necessidade de respeito às realidades locais, tanto sob o ponto de vista social quanto econômico das diversas regiões e peculiaridades do Estado Brasileiro.

8.3 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n.100, out./dez., p.130. 1988.

Uma vez verificado a dificuldade enfrentada acerca da distribuição de competência constitucional, torna-se importante a observância de princípios fundamentais⁸⁸ que norteiam a interpretação sistemática de todo o Ordenamento Jurídico. Dentre eles destacam-se, para o presente trabalho, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade se desenvolveu no Direito anglo-saxônico, tendo como objetivo impedir a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do dito “pensamento comum”. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio é caracterizado como sendo um norte para o não excesso da lei e de atos, considerando que “um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável”.⁸⁹

Já o princípio da proporcionalidade⁹⁰ pode ser caracterizado como sendo aquele onde se busca a adequação entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo. Este princípio, tendo em vista os avanços doutrinários sobre a questão, terminou por dividi-lo em três subprincípios, sendo eles o da adequação⁹¹, necessidade⁹² e proporcionalidade em sentido estrito⁹³.

Dito isto, é possível aferir que o aludido princípio, sobretudo pelo viés da adequação e da necessidade, deve servir como parâmetro tanto para a elaboração legislativa ambiental⁹⁴ quanto para a sua correta interpretação.

88 Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p.912): “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

89 MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

90 Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, os tribunais na Europa Central (principalmente da Corte Alemã) passaram a estabelecer parâmetros às leis que limitam direitos fundamentais, desenvolvendo a idéia de que não basta a lei ser elaborada segundo os requisitos formais, sem se coadunar à primeira vista com o texto constitucional para ser “aceita” no ordenamento jurídico.

91 também chamado de pertinência que exige uma “conexão lógica” entre “meio e fim”, estabelecendo que deve haver uma coerência entre o direito fundamental a ser limitado e a finalidade que a norma deseja alcançar.

92 que requer o menor sacrifício possível de um direito fundamental para se atingir uma finalidade, ou seja, caso haja diversas maneiras para se obter um determinado “fim”, deve ser escolhida a que cause o menor sacrifício aos direitos dos cidadãos (BONAVIDES, 1999. p.360-361).

93 que tem por escopo a solução mais interessante no caso em concreto, isto é, a que projetará mais benefícios do que malefícios.

94Essa idéia muito recentemente começou a ser adotada pelo próprio Poder Executivo Federal, como se observa através do Decreto nº.6514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, bem como do processo administrativo, estabelecendo em seu art.95 que este deve ser orientado, dentre outros, pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

8.4 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E O COMPROMISSO SOCIAL E AMBIENTAL DO SESI E SENAI

Como visto anteriormente, a busca de uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida sustentavelmente, dentro de parâmetros ambientais corretos, passa pela valorização do pacto federativo e, portanto, das diversidades regionais do Estado brasileiro.

Inseridos nesse panorama, o SESI e o SENAI possuem um papel importantíssimo enquanto formadores da consciência cidadã, mas, especialmente no âmbito do Estado de Santa Catarina, na questão das agroindústrias e seus produtores, uma vez que somente teremos a efetiva concretização da responsabilidade ambiental na medida em que as legislações, como por exemplo, a que diz respeito à beira de rio e a topo de morro, sejam modificadas de modo a considerar as características específicas do estado. Isso porque, uma norma distanciada da realidade pouco efeito surte, mormente no campo social e ambiental.

Corroborando com esse posicionamento, vale ponderar que o comando constitucional inscrito no art.225 *caput*, ao tutelar o bem jurídico meio ambiente e estabelecer que ele seja defendido e preservado para as presentes e futuras gerações, aponta no sentido de que o verdadeiro destinatário da norma é o ser humano e, dentro desse prisma é que devem ser interpretadas as normas ambientais.

Nesse sentido, é importante anotar que o art. 3º da CF/88, ao instituir os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” estabeleceu nos incisos do referido artigo:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (**grifou-se**)

O que declara a Constituição Federal, ancorada nos ditames da justiça social, é que dentre seus objetivos e finalidades estão o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Verifica-se que a norma inscrita no art. 3º. Da Constituição Federal estabelece princípios gerais a serem regulamentados pela legislação infra-constitucional, bem indicando a perfeita consonância entre as finalidades institucionais tanto do Sesi quanto do Senai no que tange ao desenvolvimento nacional a partir de políticas sociais que contemplam, entre outras, o cuidado com o meio ambiente social.

Pode-se citar como exemplo a política de ação ambiental que o Sesi estabeleceu, em âmbito regional, ao desenvolver um serviço de apoio junto às empresas, de forma que elas possam gerenciar suas atividades de maneira a identificar os diversos impactos que suas atividades causam na sua interação com o meio ambiente, tornando-se empresas ambientalmente responsáveis.

Dessa maneira, vislumbra-se a importância da implementação de ações e atividades regionais através de regulamentações específicas relacionadas ao meio ambiente, como a manutenção e melhoria das condições ambientais, minimizando ações potencialmente agressivas ao meio ambiente e disseminando para outras empresas as práticas e conhecimentos adquiridos.

Na verdade, a efetivação do cumprimento da responsabilidade sócio ambiental, tanto do Sesi quanto do Senai, se materializa por intermédio da educação e de ações junto aos operadores das indústrias e da sociedade de um modo geral. Nesse ponto, importante frisar que essas entidades obterão melhores resultados práticos na medida em que haja uma maior adequação entre a realidade e a lei, respeitando-se o pacto federativo.

Portanto, uma releitura da legislação ambiental vigente, com maior destaque para as realidades específicas de cada região é medida que se impõe, utilizando-se princípios de razoabilidade e proporcionalidade na sua elaboração e interpretação. Isso porque proteger o meio ambiente é obrigação constitucional de todos. Além do que, não se pode permitir que o alardeado aquecimento global derreta o bom senso dos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.360-361.

COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. **Federalismo & ICMS: reflexos tributários**. Curitiba: Juruá, 2000. p.40.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.219.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; MELLO, Celso D. de Albuquerque; MESTIERI, João. **Estudo das transformações da ordem política**. Rio de Janeiro: Renes, 1971. p.30.

FERREIRA, Luís Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990, v.2, p.96.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 687, p.23-29, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.298.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n.100, out./dez., p.130. 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.418.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**9 A COBRANÇA JUDICIAL DOS CRÉDITOS
DEVIDOS AO SESI/SENAI DIANTE DO PEDIDO DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA DECRETAÇÃO DA
FALÊNCIA**

**LEONARDO RODRIGO SILVA TONICO
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

9.1 INTRODUÇÃO

Na cobrança judicial dos créditos das entidades do Sistema “S” é comum às empresas demandadas se utilizarem de expedientes procrastinatórios com o intuito de retardar a cobrança dos valores devidos.

Muitas vezes, tais incidentes protelatórios são acolhidos pelo judiciário em virtude do desconhecimento da natureza jurídica do Serviço Social da Indústria (SESI) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI).

Recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005, muitas empresas demandadas diretamente pelo SESI e pelo SENAI, passaram a suscitar a suspensão do feito por estarem em processo de Recuperação Judicial ou por já possuírem a sua falência decretada.

Em alguns casos o próprio julgador, de ofício, ao constatar a existência de processo de recuperação judicial ou falimentar, e por não conhecer a natureza jurídica dos valores cobrados, determina a habilitação dos créditos fundada na *vis atractiva* do juízo falimentar.

Ocorre que, conforme passamos a demonstrar, em alguns casos não restam configuradas as hipóteses de suspensão das ações individuais, previstas na nova Lei de Recuperação e Falência.

9.2 DA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Na cobrança do crédito tributário resta equivocado tal raciocínio, pois, embora o SESI e o SENAI sejam empresas privadas, são destinatários de contribuições de natureza parafiscal, que possuem rito próprio e não são obstadas pela decretação da falência, conforme dispõem o art. 76 da Lei 11.101/05, *in verbis*:

o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, **ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais** e aquelas não reguladas nesta lei.

Via de regra, as contribuições destinadas ao Sesi e ao Senai são arrecadadas através da Receita Federal do Brasil⁹⁵ e cobradas através do executivo fiscal pela Procuradoria da Fazenda Nacional⁹⁶, que normalmente não encontra nenhum óbice ao seu prosseguimento diante da sentença de quebra. No entanto, segundo facultam o Regulamento do Sesi e o Regimento do Senai, em situações especiais estas podem ser recolhidas diretamente aos cofres das entidades mediante a assinatura pelas empresas de Convênio de Arrecadação Direta e de Termo de Cooperação Técnica.

Nestes casos, embora as entidades não façam jus ao executivo fiscal para a cobrança de crédito tributário, qual seja, das Contribuições Sociais prevista no Decreto Lei nº 57.375/65 e no Decreto-lei 6.246/44, a natureza parafiscal dos mesmos lhe garante o privilégio previsto na Lei de Falências.

Nesse sentido o comentário ao art. 102 da antiga Lei de Falências, onde o nobre Fabio Ulhoa Coelho relaciona os créditos tributários que não estão sujeitos ao juízo falimentar, cuja transcrição segue abaixo:

(...) São hipóteses de créditos inscritos na dívida ativa, além dos tributos federais, estaduais e municipais, as contribuições para a Seguridade Social (Lei n. 8.212/91, art. 51), os chamados créditos parafiscais (contribuições para entidades privadas que desempenham serviço de interesse social, como o Sesc, Sesi; ou para programa social administrado por órgão do governo, como o PIS e o FGTS), as anuidades de órgãos profissionais (CRM, CREA, Ordem dos Economistas etc.) e outros, de qualquer natureza, que a Fazenda Pública delibere inscrever, na forma da Lei n. 6.830/80. (“Código Comercial e Legislação Complementar Anotado”, 3ª edição, Saraiva, pág. 664)

Compartilha também deste entendimento o nobre falencista Rubens Requião⁹⁷, ao referir que as contribuições compulsórias a favor de entidades privadas, instituídas por lei, denominadas

95 Art. 3º. Compete à União, por meio da Receita Federal do Brasil, arrecadar, fiscalizar, administrar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais competências correlatas e decorrentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo-fiscal, observado o disposto no art. 4º desta Medida Provisória. § 1º - **As competências previstas no caput estendem-se às contribuições devidas, por lei, a terceiros, na forma dos §§ 3º a 6º, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, as disposições desta Medida Provisória.** Medida Provisória 258.

96 Art. 14. Compete, privativamente, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a consultoria, a representação, judiciale extrajudicial, e a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União, relativas às contribuições sociais de que tratam o caput e o § 1º do art. 3º, nos termos dos arts. 12, incisos I, II e V, e 13 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Medida Provisória 258.

97 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

de contribuições parafiscais, atualmente gozam de iguais privilégios e regalias dos créditos tributários. Dentre estas contribuições se incluem as de natureza social, tais como as do SESC, SESI, SENAI e SENAC.

Portanto, conclui-se que as contribuições de cunho parafiscal, não estão sujeitas à habilitação no processo falimentar, pois, segundo o artigo 187 do Código Tributário Nacional, a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação na falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento, e via de consequência, não estão sujeitas à suspensão prevista no inciso V, do art. 99, da Lei 11.101/05.

Imperioso referir, ainda, que a cobrança de tais créditos há de ser feita através da ação competente a ser proposta perante o juízo eleito por ambas as partes no Convênio de Arrecadação Direta ou no Termo de Cooperação Técnica, não podendo, sob hipótese alguma, haver renúncia à cláusula contratual, a fim de ser procedida à habilitação no concurso falencial.

Assim, a teor do art. 187 do Código Tributário Nacional, bem como, utilizando-se analogicamente disposto do art. 29 da Lei nº 6830/80 (“A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”), não resta dúvida de que o crédito tributário devido ao SESI e ao SENAI não está sujeito à habilitação na falência ou no pedido de recuperação judicial, portanto dessume-se que nenhuma utilidade prática terá a suspensão do feito ou habilitação dos créditos perante o juízo falimentar, como pleiteado inúmeras vezes pelas empresas devedoras.

Nesse sentido as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que seguem *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. FALÊNCIA. SUSPENSÃO.

Os créditos fiscais independem de habilitação. Arts. 187 do CTN e 29 da Lei nº 6.830/80. Por isso, a execução fiscal não se suspende em razão da falência da parte executada.

Agravo Provido.

(Agravo de Instrumento nº 70022375463, 5ª Câmara Cível, Agravante: Serviço Social da Indústria – SESI, Agravado: Massa Falida de Calçados Orquídea Ltda., Relator: Des. Leo Lima, Julgado em 09/04/2008)

FALÊNCIA. SENAI. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRIBUIÇÃO GERAL DE NATUREZA PARAFISCAL. PEDIDO NÃO PREVISTO EM LEI.

I – Créditos de natureza parafiscal não ficam sujeitos ao concurso de credores. **O SENAI, embora não sujeito à habilitação de seu crédito em falência, pode fazê-lo por meio de ação monitória, a qual, não é obstada pela sentença de quebra.**

II – Contribuição Geral (art. 1º do Dec. Lei nº 6.246/44) é contribuição parafiscal compulsória líquida, sem constituir-se em título executivo.

III – O pedido do apelante não está previsto em Lei o que acarreta a extinção do processo, a teor do art. 267, inciso I c/c o art. 295, inciso V do CPC. *Apelação desprovida.* (TJRS, Apelação Cível nº 70004630455, Relator Antonio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 02/12/03)

APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. CARÁTER PARAFISCAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

Os chamados créditos parafiscais dentre os quais as contribuições para entidades privadas que desempenham serviço de interesse social, como o SENAI, por seu caráter sujeitos à inscrição em dívida ativa, não estão subordinados à habilitação em falência (arts. 187 do CTN e 29 da Lei nº 6830/80).

(...) PROCESSO EXTINTO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO. (FONTOURA, 2003)

Cabe referir, ainda, que a própria lei de falências prevê que as ações de execução com natureza fiscal não são suspensas pela recuperação judicial, conforme disposto no § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, transcrito abaixo:

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Mesmo depois da quebra, a ação de execução do crédito tributário tem continuidade, no entanto, o pagamento não deve ser efetuado ao exequente sem a observância do quadro geral de credores, tendo em vista que o privilégio do crédito tributário não é absoluto.

Nos casos onde houve a decretação da falência antes do ajuizamento da execução, a mesma deve ser ajuizada conta à massa, procedendo-se a sua citação na pessoa do administrador judicial e a penhora no rosto dos autos da falência.

Portanto, imperioso se faz o afastamento dos expedientes procrastinatórios nesse sentido, pois se tratando de Ação para a cobrança de crédito tributário, não há que se cogitar a suspensão prevista no art. 99, inciso V, da Lei 11.101/05.

Assim, o fato do SESI e do SENAI não fazerem jus à inscrição dos seus créditos em dívida ativa, bem como, o de não gozarem do privilégio da Lei de Execuções Fiscais para cobrança direta de seus créditos, não desvirtua a natureza tributária dos valores cobrados.

9.3 DA COBRANÇA DO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO

Existe um consenso da doutrina nacional de que as entidades do Sistema “S” são pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço de interesse público, empregando para tanto a contribuição compulsória da qual são destinatárias.

O SESI aplica tais recursos no desenvolvimento e na execução de medidas que contribuam para o bem estar social dos industriários, já o SENAI investe os mesmos na criação de escolas de aprendizagem, aperfeiçoamento e especialização dos trabalhadores da indústria.

No entanto, da inadimplência dos serviços prestados por estas entidades, surge um crédito quirografário em favor das mesmas, pois embora o mesmo seja derivado de atividades de interesse da coletividade ou da sociedade em geral, não possui mais os privilégios outorgados aos recursos públicos.

Ora, forçoso seria querer atribuir a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, prerrogativas de pessoas de direito público para a cobrança de seus créditos, embora sejam as mesmas contempladas com contribuições compulsórias criadas por lei. Como bem restou ementado na decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. AÇÃO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO RETARDATÁRIA. CONVÊNIO FIRMADO COM O SESI PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E CESTAS BÁSICAS.

*Há que se dar guarida ao pedido de habilitação de crédito quando dos autos exsurge a legitimidade formal dos títulos que deram origem à dívida. Impugnação genérica dos referidos documentos, em sede de apelação, que não afasta tal conclusão. Comprovação do negócio, ainda que o laudo pericial tenha atestado inexistir registro na contabilidade da falida. **Crédito que deve ser classificado como quirografário, porquanto oriundo de mero convênio para aquisição de medicamentos e cestas básicas. Simple fato de ente paraestatal ter firmado o negócio que não confere ao crédito natureza parafiscal. Apelação provida em parte.** (FONTOURA, 2005)*

Em resposta a consulta efetuada, ao falar sobre a natureza dos recursos destinados às entidades dos “sistemas S”, o nobre jurista Ilmar Galvão esclarece que no momento em que o produto da contribuição compulsória ingressa nos cofres do Sesi e do Senai, perde o caráter de recurso público, ou seja, passam a integrar o patrimônio de entidades de direito privado.

Portanto, se tais recursos passam a fazer parte do patrimônio de entidade privada, conseqüentemente deixam de possuir os privilégios outorgados aos créditos tributários pela de Recuperação de Empresas e Falência.

Assim, tem-se que os valores devidos em virtude do inadimplemento dos serviços prestados pelas entidades do Sistema S restam classificados como créditos quirografários, regendo-se exclusivamente pela lei civil, sujeitos ao plano de recuperação judicial aprovado em juízo ou, em caso de decretação de falência, ao rateio com os créditos representados por contrato, nota promissória, letra de câmbio, cheque ou duplicata.

Nesse sentido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, cuja ementa segue abaixo:

FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. Sesi. TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO COM A ENCOL S/A. CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO. ADMISSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TR. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ÔNUS DO HABILITANTE.

I – É passível de acolhimento o pedido de habilitação no quadro geral de credores da Massa Falida, na classe dos quirografários, o crédito oriundo de um Termo de Compromisso entabulado entre a Encol S/A e o Sesi, tendo por objeto a prestação de atendimento médico, radiológicos, laboratoriais e de internações hospitalares.

II – O índice aplicável para todos os créditos da falência após o decreto de quebra será a TR (Taxa Referencial), uma vez que ela já abarca os juros pretendidos pelo habilitante.

III – Julgamento de parcial procedência, que acolhe as impugnações apresentada pela Massa Falida e dos 2 falidos, não implica configuração de sucumbência recíproca, ainda que o pedido de habilitação mostre-se acolhido, porquanto a discussão jurídica em torno dos parâmetros contratuais evidencia nítida excessividade do valor pleiteado na inicial. APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA.(DINIZ, 2007)

Imperioso referir, no entanto, que para a cobrança dos créditos quirografários do SESI e SENAI, também existem exceções às hipóteses de suspensão previstas na Lei nº 11.101/2005, quais sejam, as ações que demandam quantias ilíquidas⁹⁸.

Assim, a demanda que pleiteia quantia ilíquida deve prosseguir até a constituição definitiva do título executivo, não havendo o que se falar em suspensão da execução antes disto.

Vale lembrar, que nas ações onde não tenham se operado as hipóteses de suspensão do processo em virtude da decretação da falência, a representação judicial da Massa Falida é efetuada pelo administrador judicial⁹⁹ nomeado pelo juiz no processo de falência, ainda que se tratem de ações autônomas que tramitam, inclusive, fora do juízo falimentar.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho¹⁰⁰, o objetivo da suspensão da execução contra o falido é justamente o fato de ser irracional a concomitância de duas medidas satisfativas voltadas ao mesmo objetivo, tendo em vista que processo de falência nada mais é do que uma execução coletiva. No entanto, o nobre mestre falencista esclarece que a suspensão das execuções individuais contra a empresa que requereu a recuperação judicial tem motivo diverso da imposta no caso de falência, qual seja, apenas garantir que as empresa tenham o fôlego necessário para reorganizarem as suas contas.

98 Art. 6º (...) § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

99 Art. 76 (...) Parágrafo único. Todas as inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

100 COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

Portanto, na execução individual para a cobrança do crédito quirografário, a suspensão em virtude do pedido de recuperação judicial deve observar apenas o prazo de 180 dias, devendo ser dado seguimento à mesma caso o plano não seja aprovado no prazo referido.

Pois, de acordo com inciso IV do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, o prazo suspensão em nenhuma hipótese excederá ou será prorrogável por mais de 180 dias.

Resta louvável o princípio da preservação da empresa adotado pela Nova Lei de Falência, visando manter a geração de riquezas e de empregos, no entanto, não podemos permitir que a falta de informação quanto à natureza jurídica dos créditos cobrados pelo Sesi e pelo SENAI, bem como, que a inobservância da legislação aplicável nos casos referidos, de margem a equívocos processuais na condução das ações.

9. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sesi e o SENAI possuem duas espécies de crédito, um privilegiado, cuja prioridade é instituída por lei, decorrente das contribuições parafiscais que lhe são devidas pelas empresas que exercem atividade industrial, e outro quirografário, sem prioridade alguma, decorrente das atividades privadas que desenvolvem para cumprir a função social para os quais foram criados.

A lei, a doutrina e a jurisprudência já consagraram, como se vê neste singelo trabalho, a condição privilegiada dos créditos parafiscais do Sesi e do SENAI, os reconhecido como créditos tributários, no mesmo nível das demais contribuições. Assim, a teor do art. 187 do CTN, a sua cobrança judicial não está sujeita a concurso de credores.

Devendo, portanto, a ação para a cobrança do crédito tributário das entidades do “sistema S” prosseguir normalmente até a alienação. No entanto, o produto deve ser disponibilizado ao juízo da falência, a fim de que seja efetuado o pagamento de acordo com ordem estabelecida no quadro de credores.

Já a cobrança do crédito quirografário deve ter continuidade apenas nos casos onde não haja liquidez dos valores, devendo posteriormente ser objeto de habilitação no juízo falimentar.

Embora a Lei nº 11.101/2005 tenha por objetivo possibilitar que as empresas que atravessam dificuldades econômicas se reestruturem e permaneçam em atividade, gerando empregos e cumprindo suas obrigações com os seus credores, não podemos admitir que a mesma seja

utilizada de forma desvirtuada, para suspender a cobrança de crédito tributário ou de crédito quirografário pendente de liquidação.

REFERÊNCIAS

- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falência**, São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Código comercial e legislação complementar anotado**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DINIZ, Fausto Moreira. **Apelação cível em processo falimentar nº 97.368-1/192**: julgado em 04 set. 2007. [s.l]: 4ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível, 2007.
- FONTOURA, Antonio Corrêa Palmeiro da. **Apelação cível nº 70004630455**: julgado em 13 ago. 2003. Rio Grande do Sul: TJRS. 1º Câmara Especial Cível, 2003.
- FONTOURA, Antonio Corrêa Palmeiro da. **Apelação cível nº 70010119741**: julgado em 22 dez. 2005. Rio Grande do Sul: TJRS. 6ª Câmara Cível, 2005.
- GALVÃO, Ilmar. Parecer elaborado a pedido do SESI e do SENAI. Brasília, 2008.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, Jose Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis civis comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder, **Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PAULSEN, Leandro, **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2008.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**10 A DEDUTIBILIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO
IRPJ DAS DOAÇÕES EFETUADAS PARA O SESI E
PARA O SENAI**

**GUSTAVO KELLY ALENCAR
PEDRO CAPANEMA THOMAZ LUNDGREN (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

10.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de dedução, da base de cálculo do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, das doações efetuadas para o SESI e para o SENAI, tornando assim mais atrativas as doações efetuadas às referidas entidades.

A justificativa deste trabalho é clara: sendo incontestável a importância das entidades do chamado Sistema “S”, como entes de cooperação com o Estado e realizadores de atividades de interesse social, e tendo em vista a necessidade de obtenção de recursos para o exercício destas atividades, independentemente da contribuição compulsória devida pelas empresas, a exploração de outras fontes de recursos, sempre de acordo com seus estatutos, é uma necessidade real.

O recebimento de doações é uma destas fontes, que pode ser melhor explorada na medida em que se torne mais atrativa por quem as faça. Além da vontade e do interesse do doador, a existência de uma contrapartida, no caso, de ordem tributária, para as doações efetuadas às entidades, por óbvio fará com que eventuais doadores fiquem muito mais propensos a realizá-las, o que resultará num aumento das mesmas, com conseqüências benéficas óbvias.

A exemplo do que já ocorre em outras áreas, como a cultura, a atividade audiovisual e a proteção à infância e adolescência, que tiveram um notável desenvolvimento com o advento da Lei de Incentivo à Cultura – Lei Rouanet, Lei do Audiovisual e a criação dos Fundos da Infância e Adolescência, que concedem incentivos fiscais a quem neles invista, as doações para as entidades do Sistema “S” podem também se beneficiar do cenário manifestamente semelhante, caso se conclua pela possibilidade.

A presente questão foi objeto de análise pela Diretoria Jurídica do Sistema Firjan¹⁰¹, através de sua Gerência Jurídica Empresarial-Tributária, por conta do questionamento diante de um caso concreto, aproveitando-se a oportunidade para se consolidar o entendimento a respeito do tema, pelas razões acima expostas, e segue estruturado em três tópicos:

I – atual cenário tributário sobre o tema;

II – o enquadramento das entidades nas disposições da lei;

III – conclusão.

101 FIRJAN. Gerência Jurídica Empresarial-Tributária da Diretoria Jurídica. **Parecer jurídico DJ nº 2008/2650 de 05 de agosto de 2008**. Rio de Janeiro, 2008.

Dentro deste contexto, o presente trabalho demonstrará a possibilidade de dedução, da base de cálculo do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, e nas condições previstas na legislação, das doações efetuadas ao Sesi e Senai.

10.2 DO ATUAL CENÁRIO TRIBUTÁRIO SOBRE O TEMA

Nosso universo se limita, como já dito, às pessoas jurídicas¹⁰² tributadas pelo lucro real¹⁰³, pois o Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000/99 – RIR/99, prevê expressamente que as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido (RIR/99, art.516) não poderão deduzir valores da base de cálculo do imposto, que é a receita bruta(RIR/99, art. 224 e § único), nem tampouco poderão se utilizar de incentivos fiscais(RIR/99, art.526). Assim, vejamos:

O RIR/99 elenca as parcelas passíveis de dedução da base de cálculo do IRPJ, estabelecendo entretanto como regra para as doações e contribuições a indedutibilidade, salvo poucas exceções, como preceitua o artigo 365 do RIR, cuja base legal é o artigo 13, VI e §2º incisos II e III da Lei 9.250/95:

Art. 365 do RIR: São vedadas as deduções decorrentes de quaisquer doações e contribuições, exceto as relacionadas a seguir (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso VI, e § 2º, incisos II e III):

I - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

102 Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:

I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º);

II - as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior (Lei nº 3.470, de 1958, art. 76, Lei nº 4.131, de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º);

III - os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no País (Lei nº 3.470, de 1958, art. 76).

103 Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).

(...)

II - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;

b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União, exceto quando se tratar de entidade que preste exclusivamente serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem.

Da leitura do referido dispositivo pode parecer que, pelo menos para o SENAI, o inciso I do art. 365 prevê a dedutibilidade. Outrossim, não é o caso.

Muito embora o SENAI seja uma instituição de ensino e tenha sido criado por lei federal¹⁰⁴, tenha finalidade não-lucrativa e aplique seus excedentes em atividade de ensino, enquadrando-se no inciso I do artigo 213 da Constituição Federal¹⁰⁵, ocorre que em caso de encerramento de atividades e/ou dissolução, o patrimônio do SENAI não será revertido a outra escola tampouco ao poder público, mas sim à Confederação Nacional da Indústria¹⁰⁶, ou seja, não resta

104 BRASIL. **Decreto-lei 4.048, de 22 de janeiro de 1942**. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Brasília, 1942.

105 Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

106 Decreto nº 494, de 10 de janeiro de 1962, artigo 12, §2º

cumprido o inciso II do prefalado artigo 213. Logo, não se aplica o inciso I do artigo 365, devendo portanto se verificar a possibilidade por outro dispositivo.

A própria Receita Federal do Brasil ratifica que devem ser cumpridas todas as disposições mencionadas, como se vê na solução de consulta abaixo transcrita:

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 109 de 31 de Julho de 2006

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

EMENTA: DOAÇÕES. DEDUTIBILIDADE. As doações realizadas às instituições privadas de ensino e pesquisa podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ se atenderem a todos os requisitos do art. 13, § 2º, inciso II, e alíneas do inciso III, da Lei nº 9.249, de 1995.

Analisemos então o disposto no inciso II do artigo 365 do RIR/99, que inclusive poderá ser aplicado também ao SESI.

São características do SESI e do SENAI:

- a) os serviços sociais autônomos são sociedades civis sem fins lucrativos, legalmente constituídas;
- b) prestam serviços gratuitos em benefício da comunidade onde atuam¹⁰⁷, sendo certo que a lei não fala que TODOS os serviços devem ser prestados em caráter gratuito, como prevê o item “c” do inciso II do artigo 365 do RIR/99;
- c) mantém escrituração fiscal regular, na forma e prazos exigidos por lei;
- d) aplica integralmente seus recursos na consecução de seu objeto social.

Os argumentos acima são incontroversos, não os discutiremos aqui. Resta somente um requisito, que é o reconhecimento do SESI e do SENAI como instituições de utilidade pública.

¹⁰⁷ Vide inclusive acordo firmado em 22/07/2008 entre o Governo Federal – ministério da Educação e Cultura e as entidades do Sistema “S”, ampliando a amplitude da gratuidade dos serviços oferecidos pelas r. entidades.

Muito embora inexista Decreto Federal(ou algum ato administrativo Federal) reconhecendo como utilidade pública o SESI e o SENAI, isto não significa que as entidades não possuam esta natureza(de ente de utilidade pública), pois eventual Decreto seria meramente declaratório e não constitutivo. O SESI e o SENAI, por sua própria natureza jurídica, têm esta índole, e exercem atividades de relevante interesse social, senão vejamos:

10.3 DO ENQUADRAMENTO DO SESI E DO SENAI NAS DISPOSIÇÕES DA LEI

Os estudos da Teoria Geral do Estado atestam o fracasso do assim chamado Estado Liberal, onde o aspecto central era o indivíduo, e a intervenção estatal era limitada à garantia da ordem, paz e segurança social¹⁰⁸, e sua substituição pelo “Estado Social”, caracterizado pelo “intervencionismo estatal na ordem econômica e social, como instrumento para promoção do bem-estar comum, através do desenvolvimento nacional e da adoção de um sistema justo de distribuição de riquezas”¹⁰⁹

De fato, o Estado se mostra incapaz de suprir as sempre crescentes demandas da sociedade, e por tal é obrigado a reformar seu próprio Sistema e deixa de executar ele próprio diversas atividades econômicas e sociais, fomentando, ao contrário, seu exercício por entidades privadas.

Então, neste novo cenário institucional, perfaz-se necessária a atuação da sociedade civil organizada, a qual colabora para a consecução dos objetivos estatais. A atuação do Estado então passa a ser subsidiária. Marcos Juruena Villela Souto afirma com propriedade:

O surgimento do Estado Regulador decorreu de uma mudança do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado e do Bem Estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade.¹¹⁰

Pelo referido princípio, um ente superior não deve atender a um interesse coletivo (metaindividual) inferior quando a própria coletividade possa satisfazê-lo de forma plena, só intervindo quando esta coletividade não mais tenha condições de fazê-lo. A referida afirmação é bem definida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

108 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 81

109 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 55

110 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. , p. 32

Este princípio aponta assim para a delegação social como forma de **devolver à sociedade organizada todas as atividades que, não obstante serem de definido interesse público**, não necessitem de tratamento político-burocrático nem exijam ordinariamente o emprego do aparelho coercitivo estatal.¹¹¹ (**grifos nossos**)

Dentro do Estado Social, passa a ser atribuição da própria coletividade a definição do que seria interesse público, interesse social e utilidade pública. São então institutos fixos em sua essência mas de valoração mutável, eis que inseridos num contexto que por si só já é mutável, de acordo com as necessidades desta coletividade.

O princípio da subsidiariedade, muito embora não esteja mais explícito na Carta Política de 1988, pode ser facilmente visualizado em diversos dispositivos da mesma, tais como: ordem econômica – arts. 1º, IV e 173; ordem política – arts. 18 e 30, I e II; ordem social – arts. 197 e 198, III(saúde), 204, I(assistência social); 205 e 206, IV; 209, 213 e 227(educação), 216, §1º (cultura) e 225(meio ambiente).

Assim, o SENAI, o SESI e outras entidades que compõem o chamado Sistema “S”, têm natureza jurídica de entidade paraestatal de Cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo-se da forma de instituição particular sem fins lucrativos, constituindo-se em eficaz instrumento de bem estar e justiça social na medida em que, no exercício de suas atividades, **desempenha serviço outorgado por lei pela Administração Pública**.

Porém, não há que se comisturar a natureza das entidades com a Administração Pública, como bem sintetiza o Parecer do Ilustre advogado fluminense Dr. Sérgio de Andréa Ferreira¹¹², que define bem o cenário:

9.4. A nova ordem constitucional, instaurada em 1988, consagrou os entes de cooperação e a Paradministração, distinguindo-os da Administração Direta, Indireta (autarquias, empresas públicas e mistas) e Fundacional (fundações públicas).

A Constituição Federal (arts. 5º, LXXIII; 22, XXVII; 37, XIX e XX; 52, VII; 71, II a IV; 163, II; 164, § 3º; 165, § 5º, I e III; e 173, § 1º) e a do Estado do Paraná (arts. 27, XVIII e XIX; 43; 75, II e III; 133, § 6º, III) evidenciam que, hodiernamente, a organização administrativa estatal, além da Administração Direta, e

111 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 153

112 FERREIRA, Sergio de Andréa. **Parecer**: natureza jurídica. Disponível em: <<http://www.paranaprevidencia.pr.gov.br/paranaprevidencia/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=17>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

das autarquias, empresas públicas e mistas e das fundações públicas, abrange outras entidades sob o controle direto ou indireto do Poder Público, de índole societária, associativa ou fundacional, com atuação econômica, ou não.

Efetivamente, a par dos órgãos e das pessoas administrativas que compõem a Administração Pública, Direta, Indireta e Fundacional, conforme referido pelo art. 37, caput, da CF (Const. PR, art. 27, caput), e que englobam as citadas autarquias, empresas públicas e mistas e fundações públicas, nomeadas no inciso XIX do mesmo dispositivo constitucional federal (art. 27, XVII, da Const. PR), existem aquelas outras entidades controladas pelo Poder Público, a que se dirige a regra do art. 37, inciso XX, 1ª parte.

A doutrina administrativista é, de fato, unânime ao diferenciar, como se vê pelo entendimento do primeiro grande sistematizador do Direito Administrativo Brasileiro, o eminente jurista e homem público Themistocles Brandão Cavalcanti¹¹³, que afirma que há entidades que escapam à estrutura geral dos órgãos administrativos: são organizações de direito privado, mas criadas por lei e que gozam de certas prerrogativas e a que se atribuem finalidades públicas. Não se confundem com a estrutura hierarquizada da administração clássica, mas estão sob a influência do Direito Administrativo.

Hely Lopes Meirelles, com proverbial propriedade, definiu, se reportando aos Serviços Sociais Autônomos e às entidades fiscalizadoras das profissões liberais:

Os Entes de Cooperação são pessoas de Direito Privado, criados ou autorizados por lei, geridos em conformidade com seus estatutos, geralmente aprovados por decreto, podendo ser subvencionados pela União ou arrecadar em seu favor contribuições parafiscais para prestar serviço de interesse social ou de utilidade pública, sem, entretanto, figurarem entre os órgãos da Administração direta ou entre as entidades da indireta. Realmente, os Entes de Cooperação, na sistemática da Lei da Reforma, não se enquadram entre os órgãos integrados na Administração direta nem entre as entidades compreendidas na Administração indireta... Todavia, existem, e em grande número, na Administração Federal, cooperando com o Governo na realização de atividades técnicas, científicas, educacionais, assistenciais e outras que refogem dos misteres burocráticos das repartições estatais centralizadas. Daí, porque preferimos agrupá-los sob a denominação genérica de Entes de Cooperação.¹¹⁴

113 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 219; 347-8.

114 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 665-666.

Segundo o Autor, os entes de cooperação fazem parte do gênero das entidades paraestatais, pessoas jurídicas de Direito Privado, cuja criação se faz mediante lei específica, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado, mas não se confundindo com as entidades estatais, nem com as autarquias ou fundações públicas. E aduz que “o paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio-termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar, como o autárquico; ou alhear-se, como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público”¹¹⁵.

A própria classificação dada pela Comissão Nacional de Classificação – CONCLA do IBGE¹¹⁶ é clara ao diferenciar:

NATUREZA JURÍDICA

Notas Explicativas - Natureza Jurídica 2003.1

(Atualizada pela Resolução CONCLA nº 1, de 28/12/2005)

307-7 Serviço Social Autônomo

Esta Natureza Jurídica compreende:

- as entidades pertencentes ao Sistema “S”: Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest, Senar, Sebrae, SESCOOP, etc.

São características dos serviços sociais autônomos:

- são criados ou autorizados por lei;
- são pessoas jurídicas de direito privado;
- são destinadas a ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais;
- são mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais;
- não têm finalidade lucrativa.

Colocada a natureza jurídica das entidades, cabe ressaltar que a doutrina mencionada está robustamente abalizada pelo próprio Estado, que apresentou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹¹⁷, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE, e direcionado a alcançar maior efetividade e eficiência nas atividades da Administração pública, e que prevê a divisão dos setores de atuação estatal em quatro, cada um com uma forma de gestão distinta, dentre eles o setor de “serviços não-exclusivos – ou competitivos – do Estado”, que abrange atividades prestadas pelo próprio Estado, pela iniciativa privada e por entidades do terceiro setor. Enquadram-se neste setor do Plano Diretor os

115 op. cit., p. 320-321

116 Disponível em: <www.ibge.gov.br/concla.htm>

117 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 02 ago. 2008.

serviços públicos sociais – assistência social, saúde, ensino, cultura e outros. Sobre o tema, Fernando Borges Mânica afirma de forma definitiva:

Serviços públicos são as atividades executadas direta ou indiretamente pela Administração Pública visando a satisfação de necessidades coletivas. Na clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público” – Curso de direito Administrativo p. 477-481. A partir de tal conceito, verificam-se três elementos que definem a existência de serviço público: (i) elemento material, referido à prestação de atividade de interesse geral, voltadas às necessidades imprescindíveis da população; (ii) elemento formal, segundo o qual o regime jurídico que regula a prestação do serviço público é o regime de direito público; e (iii) elemento subjetivo, que define o Estado como pessoa jurídica titular de serviço público. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto ao objeto, os serviços públicos classificam-se em: (i) administrativos, (ii) comerciais ou industriais e (iii) sociais. Segundo Di Pietro, serviço público social “é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social” – Direito Administrativo, p. 94-97. Para Carlos Ari SUNDFELD, os serviços sociais “são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles (dos serviços públicos) por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação(CF, arts. 205 a 208, e 210 a 214), saúde(CF, arts. 196 e ss.) e assistência social(CF, arts. 203 e 204; 227, §1o; 226, §8o), aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc” – Fundamentos de Direito Público, p. 83-84. Nesse sentido, segundo Paulo Modesto, os serviços públicos sociais são caracterizados como serviço público apenas quando prestados pelo Estado, pois nestes casos, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público. Quando prestados pelos particulares, tais atividades “não se sujeitam ao regime serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhe confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais(sic)”. Por tais motivos, prefere o autor denominar os serviços públicos sociais prestados por entes privados de serviços de interesse público

– Reforma administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil, p. 30-32.¹¹⁸

E não é só; independentemente da fonte, para qualquer lado que se olhe se verificará a natureza das atividades de educação, saúde, lazer, cultura, meio ambiente e outros como tendo utilidade pública e sendo de interesse social. Vejamos alguns exemplos:

A Lei Federal nº 8.443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, ente que fiscaliza as entidades do Sistema “S”¹¹⁹, dentre elas o Sesi e o Senai, é muito clara ao estipular a abrangência de sua jurisdição:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

(...)

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

Temos também o Manual de entidades sociais do Ministério da Justiça¹²⁰, que estabelece os critérios para a caracterização, pelas atividades exercidas e pela natureza de quem a exerce, do que se entende por utilidade pública:

Para obter o TÍTULO DE UTILIDADE PÚBLICA é preciso comprovar que a entidade oferece serviços de forma desinteressada à coletividade e esteve em efetivo funcionamento nos 3 (três) anos anteriores ao pedido. Entende-se como “utilidade pública” os serviços oferecidos de forma indiscriminada a toda sociedade. Portanto não se pode considerar de utilidade pública associações de auxílio

mútuo ou que defendem os direitos apenas de seus próprios associados ou que distribuem entre eles certas vantagens alcançadas através da mobilização coletiva. Isso não significa, é claro, que determinadas associações de comunidades

118 MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro setor e imunidade tributária**: teoria e prática, Minas Gerais: Fórum, 2005. p. 47, nota de rodapé 88

119 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nºTC 011.777/96-6**. Brasília, 1996.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 907/1997**. Brasília, 1997.

120 ROMÃO, José Eduardo Elias. **Manual de entidades sociais do Ministério da Justiça**. Brasília : Secretaria Nacional de Justiça, 2007. p. 23.

específicas, como associações de bairro ou comunidades rurais, não possam obter o título: podem, desde que demonstrem que os benefícios e direitos alcançados também beneficiam a sociedade de forma difusa e que sua atuação contribui com o bem-estar não apenas de seus associados, mas também da comunidade em que estão inseridas.

Temos, ainda, o “Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social”¹²¹, elaborado pelo Conselho Federal de Contabilidade e pelo Ministério Público do DF, que assim prevê:

Como já visto no capítulo precedente, as entidades de fins sociais contemplam uma ampla variedade de instituições privadas que atuam nas mais diversas áreas de interesse público, tais como promoção da assistência social, educação, saúde, defesa do meio ambiente e pesquisas científicas, entre outras e, para a consecução das finalidades a que se propõem, essas entidades adotam a forma jurídica de associação ou de fundação, ambas previstas pelo Código Civil Brasileiro.

Postas estas colocações, resta inequívoco que as atividades exercidas pelo SESI e pelo SENAI, em cooperação com o Estado e pela aplicação plena do princípio da subsidiariedade, tais como a educação, a saúde, o lazer, a cultura, a assistência social e as demais acima mencionadas, são caracterizadas como atividades de interesse social e de utilidade pública.

Logo, ainda que inexista dispositivo que expressamente diga que o SESI e/ou o SENAI são entes de utilidade pública – a bem da verdade, inexistente dispositivo que sequer estabeleça o que seria, de fato, “utilidade pública”, sendo este conceito obtido através da análise dos conceitos aqui discutidos – há outros que dizem que suas atividades têm interesse público e/ou social, o que entendemos suprir o requisito do artigo 365, II do RIR/99, tornando inclusive despendida a declaração através de dispositivo específico ou similar.

Por outro lado, verificamos também a possibilidade do SESI e do SENAI estarem aptos a serem reconhecida, por ato oficial, sua natureza de entes de utilidade pública, pois os requisitos legais e infralegais são integralmente cumpridos.

Caso se consulte a Receita Federal do Brasil, temos por certa a resposta pela negativa, eis que o entendimento deste órgão sempre será no sentido da interpretação literal da legislação. Outrossim, há jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da

121 CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social**. Brasília, 2003. p. 23.

Fazenda, órgão julgador de 2ª Instância administrativa, no sentido oposto¹²², de que, uma vez cumpridos os requisitos legais para a fruição de benefícios tributários, não será a falta de certificados meramente declaratórios que obstarão a obtenção dos mesmos, como por exemplo o artigo 55 da Lei 8.212/91, que prevê a isenção das contribuições previstas nos artigos 22 e 23 do mesmo diploma legal, que é afastado, sendo aplicado o artigo 14 do Código Tributário Nacional.

Por tudo, entendemos pelo cumprimento de todos os requisitos legais para que as doações efetuadas para o Sesi e para o Senai sejam dedutíveis da base de cálculo do IRPJ, e isto decorre da melhor exegese do artigo 365, II e suas alíneas, como aqui demonstrado.

10.4 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos as seguintes conclusões:

- 1- Para efeito de dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não se aplicam, para as doações efetuadas para o Senai, as disposições do inciso I do artigo 365 do RIR/99, por força do inciso II do artigo 213 da CRFB, que não é cumprido pela entidade;
- 2- Tanto o Sesi como o Senai, entes de cooperação com o Poder Público, exercem atividade de interesse social e de utilidade pública, tendo natureza de entes de utilidade pública;
- 3- Os requisitos do inciso II do artigo 365 do RIR/99 são cumpridos pelo Sesi e pelo Senai, eis que estas são entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos; que prestam serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, respectivos dependentes, bem como em benefício da comunidade onde atuam; aplicam integralmente seus recursos na realização de seus objetivos sociais; não distribuem lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto; ainda que não haja reconhecimento formal de utilidade pública, a natureza se faz presente;
- 4- A gratuidade dos serviços não deve compor a integralidade dos mesmos, é o que decorre da combinação do inciso II, in fine com sua alínea “c”, ambos do artigo 365 do RIR/99;

122 RV 107.662, Recorrente: Sesi; e outros.

5- O SESI e o SENAI fazem jus ao reconhecimento formal de utilidade pública, podendo ser efetuado o competente requerimento ao órgão competente;

6- As doações efetuadas para o SESI e para o SENAI pelas pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, com base no artigo 365, II do RIR/99.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Gustavo Kelly. **Possibilidade de dedução da base de cálculo do imposto de renda das doações efetuadas para o Sesi e SENAI**: parecer DJ nº 2008/2650, de 05 de agosto de 2008. Brasília, 2008. Não publicado.

BRASIL. **Decreto-lei 4.048, de 22 de janeiro de 1942**. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Brasília, 1942.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 02 ago. 2008

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nºTC 011.777/96-6. Brasília, 1996.

_____. **Decisão 907/1997**. Brasília, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social**. Brasília, 2003.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

FERREIRA, Sergio de Andréa. **Parecer**: natureza jurídica. Disponível em: <<http://www.paranaprevidencia.pr.gov.br/paranaprevidencia/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=17>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

FIRJAN. Gerência Jurídica Empresarial-Tributária da Diretoria Jurídica. **Parecer jurídico DJ nº 2008/2650 de 05 de agosto de 2008**. Rio de Janeiro, 2008.

IBGE. **Comissão Nacional de Classificação – CONCLA**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/concla.htm>.

MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro setor e imunidade tributária: teoria e prática**, Minas Gerais: Fórum, 2005.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. São Paulo: Manole, 2004.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **Manual de entidades sociais do Ministério da Justiça**. Brasília : Secretaria Nacional de Justiça, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**11 ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL PELO
DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E A SÚMULA 83/STJ**

**RODRIGO SIMÕES FREJAT
DEPARTAMENTO NACIONAL**

11.1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo verificar o alcance do dissídio jurisprudencial, para ensejar a subida de recurso especial, superando a Súmula nº 83, do Superior Tribunal de Justiça. Muitas das ações movidas em face do SESI e SENAI, especialmente pelas empresas de construção civil e de transportes, já passaram pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, com julgamentos favoráveis às nossas entidades, gerando farta jurisprudência nesse sentido. Entretanto, diversas empresas insistem em ver a matéria analisada pelo STJ e, na maior parte das vezes, interpõem o recurso especial, sob a alegação de que houve dissídio ou divergência jurisprudencial.

11.2 DO RECURSO ESPECIAL E SEUS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O julgamento do recurso especial, considerado um recurso excepcional, é competência do STJ, conforme fundamentado na Carta Magna, em seu artigo 105, III, enquanto a divergência ou dissídio consta da alínea “c”, *verbis*:

Art. 105 Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

(...)

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Os recursos só serão analisados pelo órgão julgador *ad quem*, se satisfeitos determinados requisitos fixados em lei, denominados pressupostos de admissibilidade, que consistem nas exigências legais a serem satisfeitas para que o órgão julgador possa ingressar no juízo de mérito do recurso.

As condições e os pressupostos recursais antecedem o exame do mérito do recurso. É necessário analisar a existência das condições e dos requisitos da atividade recursal, para que, então, se

possa alcançar o mérito do recurso. Tal verificação ocorre quando do juízo de admissibilidade do recurso, que normalmente é duplo, ou seja, é feito pelo órgão *a quo* e pelo órgão *ad quem*.¹²³

As questões de admissibilidade do recurso, dizem respeito à possibilidade de conhecimento do recurso pelo órgão competente, em função das condições impostas pela lei e dos pressupostos específicos, relativos ao cabimento de cada espécie recursal.

Nesta esteira, não se está analisando o mérito da questão ao se falar em conhecimento ou não conhecimento do recurso, mas apenas se é possível ou não ter seu mérito julgado pelo órgão competente, em razão de estarem presentes as suas condições de admissibilidade.

Os doutrinadores classificam os pressupostos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos. No entender de Ovídio Baptista¹²⁴, enquanto os primeiros estão relacionados à existência ou não do direito de recorrer, os últimos estão ligados ao exercício daquele direito, ou seja, a forma pela qual se exerce o direito de recorrer.

Os pressupostos intrínsecos são o cabimento do recurso, ou seja, a existência de um provimento judicial que possa ser atacado por meio de recurso; a legitimidade; o interesse em recorrer e a inexistência de fato extintivo ou impeditivo de recorrer.

Já os pressupostos extrínsecos são a tempestividade; o preparo e a regularidade formal.

Estes últimos são entendidos por Barbosa Moreira¹²⁵ como requisitos de aplicação geral a todo tipo de recurso interposto, guardada a devida importância, devendo ser preenchidos para um juízo positivo de admissibilidade, caso contrário, impedirá o prosseguimento do recurso, sem o julgamento da questão de mérito.

Para alguns tipos de espécies recursais utilizadas, a lei estabelece requisitos de regularidade formal específica. Esta regra se encontra presente tanto nos recursos excepcionais, como no recurso especial, quanto para os demais, como o agravo de instrumento.

O disciplinamento da regularidade formal do recurso especial encontra-se, no nosso Código de Processo Civil, nos artigos 540 e 541, enquanto o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ – trata da matéria nos artigos 133, 134 e 255.

123 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

124 SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 416.

125 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Assim, no recurso especial, o recorrente precisa indicar precisamente o permissivo constitucional em que se funda o recurso, demonstrando o cabimento do recurso, de acordo com o artigo 541 do Código de Processo Civil.

Quanto ao recurso especial, mesmo que admitido no juízo de admissibilidade *a quo*, realizado pelos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, ao passar pelo crivo do STJ, por inúmeras vezes a tese de contra-razões das entidades é acolhida, no sentido de que o conhecimento do recurso esbarra no óbice da Súmula nº 83, do STJ, que tem o seguinte teor:

“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Isso porque a jurisprudência do egrégio STJ já se firmou no sentido de que, caso o recorrente não obedeça aos ditames do art. 541, do CPC e art. 255, do RISTJ, o recurso não será conhecido.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, se o recorrente limitar-se a transcrever excertos dos julgados paradigma, sem proceder à análise dos textos para demonstrar a divergência, entrará em vigor a aplicação da Súmula nº 83, pois a mera transcrição de ementas, sem o necessário cotejo analítico entre os julgados confrontados e demonstração da similitude fática entre os arestos confrontados, inviabiliza o conhecimento da alegada divergência.

11.3 DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E SUA COMPROVAÇÃO

Para a demonstração do dissídio jurisprudencial deve-se avaliar se as soluções encontradas pelo *decisum* recorrido e os paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias, segundo prega o Superior Tribunal de Justiça.

Percebe-se, com isso, que, quando o recorrente não logra êxito em obedecer todos os procedimentos para cumprimento das formalidades legais, impostas ao processamento do recurso especial fundamentado no art. 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal, o STJ parte do pressuposto que não existe divergência e aplica a Súmula nº 83.

Assim, para comprovar o dissídio jurisprudencial, o recorrente deverá obter um julgado, sobre a mesma matéria, cujo resultado é oposto ao que obteve na prestação jurisdicional.

Além disso, deverá o recorrente obedecer aos ditames do Código de Processo Civil, do Regimento Interno do STJ, bem assim da sua jurisprudência.

Em outras palavras, o recorrente deve seguir os passos adiante elencados, para que seu recurso especial seja conhecido e tenha o mérito analisado pela Corte Superior.

Segundo o art. 541, parágrafo único, do CPC, basta fazer a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

De acordo com o art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do STJ, a comprovação da divergência se dá por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal ou pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. E, em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Destarte, afora os pressupostos básicos de admissibilidade recursal, o recorrente deve obedecer aos trâmites seguintes, sob pena de não ter seu recurso especial conhecido, quando interposto com fundamento no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal.

Primeiro, o julgado divergente deve ser trazido aos autos, pelo recorrente, seja por meio de certidões ou cópias autenticadas – ou declaradas autênticas pelo advogado – do acórdão apontado como divergente, seja pela citação do repositório de jurisprudência.

Dentre os repositórios oficiais de jurisprudência estão a Coleção Especial de Jurisprudência do STJ – Publicação eletrônica; Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça; Revista do Superior Tribunal de Justiça; Revista do Tribunal Federal de Recursos; Revista Eletrônica da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Publicação eletrônica do Superior Tribunal de Justiça, dentre outras constantes da Instrução Normativa nº 1, de 11.02.2008, do STJ, publicada no DJ de 22.02.2008.

Afora isso, é necessário transcrever os trechos dos julgados que são divergentes, fazendo uma comparação entre os dois ou mais julgados, analisando e esclarecendo a divergência apontada.

De outro lado, se a matéria que o recorrente pretende submeter ao julgamento do STJ já foi analisada pela Corte Superior e o entendimento é contrário às razões de recurso, este não será conhecido, de acordo com a Súmula nº 83, bem assim, se não obedecidas as formalidades legais do recurso especial.

11.4 FINALIZAÇÃO

Como se percebe, obter sucesso no conhecimento de um recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, é tarefa árdua. E não só para o recorrente, mas também para o recorrido, que deve analisar a documentação juntada ao recurso especial para, quando da elaboração de suas contra-razões, poder alegar o descumprimento de um dos pressupostos de regularidade formal do recurso, para obstar a análise do mesmo.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – **Código de Processo Civil**.

_____. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 144. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; GARCIA MEDINA, José Miguel. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57-58.

_____. O Superior Tribunal de Justiça e o acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 287.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Art. 105, III, a, b e c. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça / organizado pelo Gabinete do Ministro-Diretor da Revista – Brasília: STJ**.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. **Admissibilidade do recurso especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 76.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antônia Magalhães; FERNANDES, Antônio Scaranse. **Recursos no Processo Civil**. São Paulo: RT, 1996. p. 281.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos cíveis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**12 POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICA
DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DO
SENAI**

**DANUSA COSTA LIMA
MARIANNA PEDREIRA DE SOUZA
SILVANA SAPUCAIA (CO-AUTORIA)
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA**

12.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo deste trabalho é realizar uma análise jurídica a respeito da viabilidade de implantação de uma Política de Propriedade Intelectual para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, com a possibilidade de patentear invenções, auferir *royalties* e distribuir o resultado com os membros de suas equipes técnicas.

A dúvida quanto à viabilidade da “Política” reside no fato do SENAI, embora entidade de direito privado, sem fins lucrativos, receber contribuições compulsórias como fonte de receita e ter suas contas auditadas pelo Tribunal de Contas da União.

Este estudo também abordará a legitimidade, constitucionalidade e titularidade da propriedade intelectual, a participação dos integrantes de equipes técnicas nos resultados da exploração comercial das criações intelectuais, contratações e respectivos procedimentos.

12.2 PROPRIEDADE INTELECTUAL – BREVES COMENTÁRIOS

A **Propriedade Intelectual** é o conjunto de direitos que incidem sobre as criações do intelecto humano nos campos industrial, científico, literário e artístico. É composta por dois institutos jurídicos: (i) **Direitos de Propriedade Industrial** e (ii) **Direitos de Autor**.

(i) A **Propriedade Industrial** é definida como o conjunto de direitos e obrigações relacionados com as atividades industriais e/ou comerciais do indivíduo ou da empresa.

A Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;

II - concessão de registro de desenho industrial;

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal.

A proteção à propriedade industrial busca dar ao criador/inventor um direito exclusivo sobre a utilização de sua obra por um prazo determinado.

O Brasil é um dos países signatários de convenção internacional referente à propriedade industrial - a Convenção de Paris. Em função disto, vigoram no direito brasileiro os princípios e normas consagrados pela referida convenção, também conhecida como União de Paris.

Já a Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso XXIX:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, 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

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC, tem por finalidade executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

No rol de proteção aos direitos relativos à propriedade industrial destacamos:

Marca - todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de procedência diversa, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações, sendo necessário fazer o pedido de registro junto ao INPI. O registro da marca é federal, o que garante seu uso exclusivo em todo território nacional, em seu ramo de atividade econômica, gerando direitos ao titular que a explora.

Desenho Industrial - toda forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação. A proteção se dá através do registro no INPI com vigência de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 03 (três) períodos sucessivos de 05 (cinco) anos cada.

Indicação Geográfica – se refere à indicação de procedência ou a denominação de origem, visando proteger o público de práticas enganosas, quando produtos

não originários de uma determinada região recebam menção a ela, e possibilita a adoção como sinal distintivo dos produtos de um conjunto de produtores ou de empresas localizadas na região geográfica a que se refira a indicação.

Patente - é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente.

O titular da patente tem a exclusividade de exploração, impedindo que terceiros, sem o seu consentimento, possam produzir, colocar à venda, usar, importar a invenção, modelo de utilidade, desenho industrial ou o produto/processo, objeto do registro ou da patente.

A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

O prazo de validade de uma patente depende da modalidade a ser requerida, sendo de 20 (vinte) anos para Patente de Invenção e de 15 (quinze) anos para Modelo de Utilidade.

(ii) **O Direito Autoral** cuida da propriedade literária, científica e artística, protegendo os interesses do autor e sucessores em relação às obras criadas. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, direitos transmissíveis aos herdeiros.

É sabido que a Constituição de 1988

assegura a todos os cidadãos, o direito à liberdade de expressão, quanto ao exercício de atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, independentemente de prévia censura e licença.

Trata-se do Princípio da Liberdade de Expressão, que se encontra consagrado no inciso IX, do artigo 5º e é a base essencial da proteção do direito autoral no sistema jurídico brasileiro.

A proteção aos direitos do autor e dos titulares de criação intelectual é também conferida pela Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 a qual, em seu artigo 7º, *caput*, dispõe que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

12.3 LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO ÂMBITO DO SENAI

Entendemos como “Política” o substantivo que designa

um sistema de regras respeitantes à direção dos negócios; um conjunto de objetivos que enformam determinado programa de ação institucional e condicionam a sua execução; um conjunto de ações da instituição destinadas a influir nas decisões das pessoas, visando à consecução de determinados objetivos

conceituação esta adaptada do verbete disponível no “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa” (FERREIRA, 2004).

Temos que a Política de Propriedade Intelectual encontra respaldo na Constituição Federal Brasileira de 1988, que estabelece:

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

[...]

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

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

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.

Concluimos que a pesquisa e a capacitação tecnológica são itens estratégicos para o desenvolvimento do país na medida em que auxilia o setor produtivo e amplia as possibilidades de crescimento econômico.

Conforme artigo 1º, “e”, do Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, aprovado pelo Decreto nº. 494, de 10 de janeiro de 1962, a cooperação para o desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria foi expressamente prevista como um dos seus objetivos.

Portanto, do ponto de vista da norma fundamental do País e do seu Regimento, entendemos que a implantação de Política de Propriedade Intelectual no âmbito do SENAI está revestida de constitucionalidade e legitimidade.

12.4 DA APLICABILIDADE DA LEI Nº. 10.973, DE 02 DE DEZEMBRO DE 2004

Pelas peculiaridades dos Serviços Sociais Autônomos, notadamente quanto a sua natureza jurídica e a dos recursos a eles destinados, os referenciais normativos observados na gestão desses entes têm como fundamentos básicos os princípios estabelecidos na Constituição e na legislação infraconstitucional pertinente, com significativa influência das regras do direito administrativo e financeiro.

Muito embora a Lei de Incentivo à Inovação tenha sua aplicação voltada para as instituições científicas e tecnológicas (ICT's) – órgãos ou entidades da Administração Pública de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico –, suas disposições também servem de baliza para a institucionalização das políticas e normas internas das organizações de direito privado, como é o caso do SENAI.

Isto porque, em seu artigo 3º, a citada Lei indica que a Administração Pública, incluindo as respectivas agências de fomento, poderá estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação. São empreendimentos que podem envolver empresas nacionais, ICT's e *organizações de direito privado sem fins lucrativos*, voltadas para

atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.

Como já mencionado, o SENAI recebe contribuições compulsórias como fonte de receita e sofre fortes influências das regras do direito administrativo, sendo necessário respaldar a sua Política de Propriedade Intelectual na Lei de Incentivo à Inovação, a qual disciplina, entre outras questões, a possibilidade de celebração de acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo com instituições públicas e privadas, além da forma de distribuição e aplicação dos ganhos auferidos com a comercialização da propriedade intelectual.

Assim, a Lei nº. 10.973, de 02 de dezembro de 2004, constitui-se importante referência legal para subsidiar o estabelecimento de Política de Propriedade Intelectual no âmbito do SENAI, em especial no tocante aos artigos 9º, 13 e 18.

12.5 TITULARIDADE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Outra questão relevante que deve ser observada na implantação de Política do SENAI é acerca da titularidade da propriedade intelectual quando o objeto da proteção for criado no seu âmbito.

As leis da propriedade intelectual indicam que a titularidade dos resultados de contratos de prestação de serviços intelectuais que envolvem criação é do contratante, salvo se houver acordo dispondo o contrário, senão vejamos.

A Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, artigo 6º, § 2º, dispõe que a patente poderá ser requerida por aquele a quem o contrato de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade. No silêncio, aplica-se o capítulo que trata da invenção e do modelo de utilidade realizado por prestador de serviços, artigo 92, combinado com o artigo 88, que diz pertencer ao contratante.

A Lei nº. 9.456, de 25 de abril de 1997, ao tratar da obtenção de cultivar ocorrida na vigência do contrato de prestação de serviços, dispõe, no mesmo sentido da Lei de Direito Industrial, nos artigos 38 e 39, §§ 1º e 2º.

A Lei nº. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, prevê no artigo 4º, §§ 1º e 2º, que, salvo estipulação em contrário,

pertencerão exclusivamente ao contratante de serviços os direitos relativos ao programa de computador.

A Lei nº. 11.484, de 31 de maio de 2007, sobre proteção de Propriedade Intelectual das Topografias de Circuitos Integrados, segue a orientação comum dos direitos de propriedade intelectual, conforme artigo 28, §§ 1º e 2º.

Podemos observar, também, que a Administração Pública prevê que a titularidade dos direitos autorais seja da Administração, segundo a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos:

Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se à obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

Conforme demonstrado acima, na patente, o inventor/criador é a pessoa que teve a idéia inicial da invenção e/ou participou na sua execução e desenvolvimento. O titular é o dono ou proprietário da invenção, isto é, aquele em nome do qual a patente é concedida. Neste caso, de acordo com o artigo 88 da Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, o SENAI será sempre o único proprietário da invenção criada em seu âmbito.

Entendemos que, quando o resultado da prestação de um Serviço Técnico e Tecnológico e de Serviços Educacionais, realizado com a participação do SENAI, for objeto de proteção por propriedade industrial, os seus empregados, consultores externos, professores, alunos e/ou bolsistas que participaram da criação, deverão constar como inventor(es)/criador(es) do objeto. No entanto, estes não possuirão direitos sobre a propriedade industrial.

Todavia, a propriedade em assessoria, serviço técnico especializado e serviços educacionais continuará sendo propriedade dos respectivos titulares porque não envolvem, via de regra, uma atividade criativa, inventiva ou de obtenção de um resultado, e sim, como o nome sugere, “assessoria”, “consultoria”, “serviços laboratoriais”, “serviços operacionais” ou o repasse de saber acumulado pela “educação”.

Nada impede, entretanto, que nos contratos as partes determinem de quem será a titularidade da propriedade intelectual resultante da aplicação do saber tecnológico institucional, seja na parceria, nos projetos cooperativos ou nas atividades de qualquer natureza, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento respectivo.

A titularidade, a critério do SENAI e por liberalidade, pode ser compartilhada com os demais envolvidos no processo (empregados, clientes, alunos, professores, parceiros, agências de fomento e instituições de pesquisa) mediante acordo contratual expresso.

O melhor critério para o estabelecimento da titularidade da propriedade intelectual é o da divisão na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria, bem como dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes, conforme previsão da Lei de Incentivo à Inovação, em seu artigo 9º, § 3º, aplicável ao SENAI, como já demonstrado no título anterior.

Quando não houver interesse do SENAI sobre a propriedade intelectual, cuja manifestação deve ser expressa, a titularidade pode ser decidida entre os demais envolvidos. Não se manifestando o SENAI, presumir-se-á o seu interesse na propriedade do invento, obra de utilidade, obra literária ou artigo publicado.

Cabe repetir que deverá ser expresso no contrato de quem será a titularidade, caso contrário as leis determinam que a propriedade seja do contratante.

Assim, o SENAI pode estabelecer na sua Política a **titularidade** da Propriedade Intelectual, do resultado tecnológico de pesquisa aplicada e de desenvolvimento experimental, ou de criação, organização e publicação de material didático ocorrido no seu âmbito, podendo a titularidade ser exclusiva da instituição, podendo haver co-titularidade com o contratante ou parceiros ou, ainda, ser somente do cliente.

12.6 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E POSSIBILIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE RECEITAS

Entender a natureza jurídica da propriedade intelectual tem relevância, pois, dependendo daquela que se atribua, diferente será a interpretação e a aplicação de suas normas e de seus institutos.

A Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, estabelece que: *Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.*

A Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dispõe que: *Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.*

No âmbito do SENAI, é importante conhecer a classificação da natureza jurídica da propriedade intelectual como “bem móvel”, para atentar à necessidade de autorização para a **alienação** destes bens, quer dizer, a sua **transferência ou cessão**, conforme artigo 34, “i”, do seu Regimento, que dispõe:

[...] compete a cada Conselho Regional autorizar a alienação de bens móveis patrimoniais que estejam sob a responsabilidade da administração regional.

Definida a natureza jurídica da propriedade intelectual como “bem móvel”, bem como que o titular da propriedade intelectual pode conceder aos demais envolvidos no processo (empregados, clientes, alunos, professores, parceiros, agências de fomento e instituições de pesquisa) participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração econômica, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto na Política da empresa, nos resta ainda tratar da possibilidade de implantação da distribuição de receitas para os membros das equipes técnicas do SENAI.

Numa análise superficial, o fato de que os recursos do SENAI provêm, em grande parte, de contribuições compulsórias, poderia impedi-lo de dispor dos ganhos auferidos com a comercialização da propriedade intelectual.

Contudo, as receitas que se pretendem distribuir aos envolvidos no processo a título de incentivo a atividade inventiva/inovadora não são aquelas oriundas da contribuição compulsória, mas decorrentes da comercialização da invenção, que a Lei nº. 10.973, de 02 de dezembro de 2004, classifica como “receita própria” e cuja gestão administrativa/orçamentária está prevista em seu artigo 18, autorizada, assim, a sua distribuição, inclusive para os pagamentos devidos aos criadores e eventuais colaboradores.

12.7 DISTRIBUIÇÃO DOS RESULTADOS COM A EQUIPE TÉCNICA

De tudo quanto exposto podemos constatar que a Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, tratou, com muita clareza, das questões relativas aos sujeitos do contrato de trabalho, estabelecendo que a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho “que tenha por objeto a pesquisa ou atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado”.

Ainda dispõe que “salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado”.

Assim, de acordo com a lei, o empregado somente terá direito a invenção desvinculada do contrato de trabalho e que não decorra da utilização de “recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador” (artigo 90, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996).

Deste modo, o SENAI visando estimular a atividade inventiva, pode conceder, por liberalidade, uma participação a sua equipe técnica, proveniente da receita auferida com a comercialização das respectivas invenções, que, como base no parágrafo único, artigo 89, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, não se incorpora ao salário do empregado, a qualquer título.

Por outro lado, a propriedade da invenção ou modelo de utilidade que, embora não tenha vinculação com o contrato de trabalho, decorra da utilização “de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador” (artigo 91, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996) será comum, em partes iguais, ao empregado e ao empregador.

Nesta hipótese, todavia, a lei garante ao empregador o direito exclusivo a exploração da patente, desde que este assegure ao funcionário inventor uma justa remuneração pelo invento ou modelo de utilidade.

Seguindo compasso diametralmente oposto ao diploma legal acima analisado, a Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que regulamenta os direitos autorais, não dispõe sobre a titularidade das obras ou artigos publicados em decorrência da relação de emprego havida entre os respectivos autores e à empresa a qual estejam vinculados.

Nestes casos, é preciso, efetivamente, disciplinar a cessão dos direitos de exploração das obras ou artigos publicados, bem como as formas diretas e indiretas de remuneração, através de aditivo contratual.

Preferencialmente tais ajustes devem ser inseridos em contratos específicos, assinados pelos empregados que desenvolvam tais atividades, e não no bojo do próprio contrato de trabalho, evitando futuras alegações que tais cláusulas não tenham valor, por terem sido objeto de um “contrato de adesão”.

Para gerar maior segurança à exploração, pelo SENAI, das obras ou artigos publicados por seus respectivos empregados, é recomendável a inserção de cláusulas referente à cessão dos direitos de exploração e às formas de remuneração nos Acordos ou Convenções Coletivas firmadas com o Sindicato representante da categoria profissional.

Então, é possível distribuir os resultados das invenções obtidas no âmbito da Política de Propriedade Intelectual do SENAI, contudo é recomendável adotar certos procedimentos sob a luz da legislação trabalhista para evitar possíveis demandas.

12.8 CONCLUSÃO

Assim, concluímos:

- a) que o SENAI tem legitimidade para estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa tecnológica voltadas para o ambiente produtivo, através da implantação de Política própria e da institucionalização de procedimentos internos de apropriação do capital intelectual;
- b) pela possibilidade de distribuição dos ganhos auferidos pelo SENAI com a comercialização da propriedade intelectual, de acordo com os parâmetros adotados na Lei nº. 10.973, de 02 de dezembro de 2004.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

_____. Decreto n. 494, de 10 de janeiro de 1962. Aprova o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 1962.

_____. Decreto nº. 2.366, de 05 de novembro de 1997. Regulamenta a Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, que institui a Proteção de Cultivares, dispõe sobre o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares - SNPC, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 nov. 1997.

_____. Decreto nº. 3.109, de 30 de junho de 1999. Promulga a Convenção internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais, de 2 de dezembro de 1961, revista em Genebra, em 10 de novembro de 1972 e 23 de outubro de 1978. **UPOV**, Brasília, doc.: 295(P), de 1983.

_____. Decreto Lei nº. 5452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 nov. 2001.

_____. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 maio 1996.

_____. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 fev. 1998.

_____. Lei nº. 9.609, de 19 de fevereiro 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 fev. 1998.

_____. Lei nº. 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 8 abr. 1997.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 jul. 1994.

_____. Lei nº. 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 3 dez. 2004.

_____. Decreto nº. 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 out. 2005.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. Ed. Curitiba: Positivo, 2004

LOBO, Thomás Thedim. **Introdução à nova lei de propriedade industrial**. São Paulo: Atlas, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A.V. **Lei de propriedade industrial comentada**. São Paulo: LEJUS, 1999

SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da propriedade industrial**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Newton. **Curso de propriedade industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO - 2008



**13 PROPOSTA DE PARCERIA ENTRE O GOVERNO
FEDERAL E O SISTEMA INDÚSTRIA.**

**DESPERTA BRASIL: EDUCAÇÃO, INOVAÇÃO TECNOLÓGICA,
SAÚDE & ESPORTES OLÍMPICOS.
O SESI E SENAI PODEM CONTRIBUIR MUITO MAIS PARA O
DESENVOLVIMENTO E BEM-ESTAR DO BRASIL.**

**TACITO AVELAR E SILVA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

13.1 INTRODUÇÃO

QUAIS AS VANTAGENS DA GESTÃO E INTERAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS E AS ENTIDADES DO SISTEMA INDÚSTRIA PARA ATENDER OS OBJETIVOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO TRANSFORMAR O BRASIL EM UMA NAÇÃO DESENVOLVIDA ECONÔMICO E SOCIALMENTE?

A humanidade chegou ao Terceiro Milênio. E daí?!?!

Que benefícios as gerações passadas que governaram o planeta contribuíram para a justa distribuição da Renda, para o Bem-Estar Econômico e Social??????

A história do Homem data de muito tempo atrás e até hoje Ele não conseguiu superar suas dificuldades pessoais e entender a razão única de sua passagem por esse Planeta, ou seja: LUTAR e VIVER para atingir o BEM-COMUM.

PODER PÚBLICO e INICIATIVA PRIVADA... a força para assegurar uma NAÇÃO DEMOCRÁTICA e economicamente desenvolvida.

Empresa Lucrativa x Meio Ambiente x Responsabilidade Social...

Qual é o Papel do Sistema Indústria na busca e na garantia desse equilíbrio?

Como conciliar e compartilhar os anseios da Sociedade com os princípios do Capitalismo, ou seja: a Produtividade, a Qualidade e a Competitividade?

O Papel do Estado no desenvolvimento de um país deve se restringir a editar políticas públicas e fiscalizar as ações dos parceiros privados?

No entanto, o que o Sistema Indústria, principal gerador de riquezas e bem-estar tem sentido nas últimas décadas é que as Autoridades Constituídas esqueceram de que o objetivo principal da sociedade é formar uma NAÇÃO, onde todos sejam iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos do Artigo 5º da Constituição Federal.

E, ainda mais, para se construir uma NAÇÃO, há que se respeitar a HIERARQUIA DAS LEIS, sendo que a Norma Jurídica mais importante para a convivência e formação de uma NAÇÃO é, sem dúvida, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Suas normas e disposições têm

que prevalecer sobre as legislações complementares, ordinárias e atos administrativos que visam fiscalizar as atividades empresariais para o desenvolvimento Econômico e Social de uma NAÇÃO.

A relação hierárquica das leis vigentes, após a Constituição Federal deveria ser da seguinte forma:

as Leis complementares(que regulamentam um ou mais dispositivos constitucionais);

as Leis ordinárias(propostas pela sociedade, pelos poderes Executivo, Legislativo e/ou Judiciário);

as Medidas Provisórias(emitidas pelo Poder Executivo, como forma de agilizar as decisões governamentais, em caráter de emergência); e

os Decretos, os Regulamentos, Portarias, Instruções e Ordem de Serviços, etc...

Por outro lado, muitos que participam das atividades e órgãos fiscalizadores de nossa sociedade não têm conhecimento da dimensão do que vem a ser “Gerar Riquezas”, por isso procuram através do controle burocrático normatizar atividades das quais não têm conhecimento ou experiência, atrasando assim nosso tão esperado desenvolvimento, ou seja: Brasil é Hoje... e não país do Futuro... O Futuro é Hoje.

O Sistema Indústria coordena, promove a gestão e presta serviços para as entidades, buscando desenvolver as ações estratégicas, gerenciais, promocionais, educacionais, com o objetivo de contribuir decisivamente, para o desenvolvimento sustentado e participar, como parceira ativa da construção de uma sociedade econômica, política e socialmente desenvolvida preservados os valores maiores da nacionalidade e da cidadania.

O MEC – Ministério da Educação e Cultura, como um órgão que deve fiscalizar e criar as políticas públicas para a Educação e cultura, apresentou proposta para criação do FUNTEP- Fundo Nacional de Formação Técnica e Profissional.

13.2 POR QUÊ ESSA PROPOSTA ???

Para garantir à Nação os Objetivos da sua Constituição Federal, a saber:

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

Na Teoria, essa e muitas outras propostas sempre buscaram atender aos objetivos da Constituição Federal, mas na prática a intervenção do Estado nas ações da Iniciativa Privada sempre tem resultado em frustrações para aquelas entidades responsáveis a “Gerar Riquezas” para um Brasil mais competitivo e produtivo...

ASSIM a atual proposta do MEC de intervir no Sistema S, parte do pressuposto questionável, que é o entendimento de que um só segmento da sociedade se beneficia de recursos considerados públicos, em desacordo com a política focada na universalização da Educação. Nada mais equivocado.

O Sistema Indústria é um ativo da sociedade. É o motor do crescimento do país; cria oportunidades de trabalho e gera renda e benefícios para todos os segmentos sociais, de forma direta ou indireta.

OS DESAFIOS DO BRASIL ATÉ 2010, com as estruturas educacionais hoje existentes não serão atingidos... pois as entidades do Sistema S que conseguem formar mão-de-obra especializada estarão sofrendo intervenções de órgãos governamentais burocratas, que não priorizam a formação de profissionais para uma indústria competitiva, de classe mundial...

ASSIM, POR QUÊ O GOVERNO FEDERAL, através do MEC NÃO amplia as ações educativas do Sistema S, em particular através do SESI e do SENAI, na busca do Desenvolvimento Sustentável do Brasil, fonte de crescimento e elevação da produtividade industrial ???

Tal proposta está focada em números, que não enganam: os resultados apresentados pelo SESI e SENAI, desde suas criações, comprovam que são entidades idôneas, produtivas preparadas para formar com as autoridades governamentais parcerias para atender às exigências do mercado globalizado.

Essas definições, objetivos, missão, crenças e metas projetam a ampliação das atividades do Sistema Indústria para participar de forma destacada na consecução dos objetivos para a

melhoria do padrão de vida da sociedade, em geral e a convivência pacífica e de bem-estar-social entre as classes sociais brasileiras e globais.

Toda essa engenharia estratégica, jurídica e financeira engendrada pelos executivos do Sistema Indústria visa através do Desenvolvimento Sustentável estabelecer um PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL INTEGRADO, cuja gestão é capacitar a sociedade para o desenvolvimento auto-sustentável e atender aos objetivos maiores da nossa Carta Magna.

Assim, todas as empresas no trajeto de sua existência devem enfim, trabalhar as causas mais do que os efeitos, uma vez que aquelas são as razões do crescimento e da perpetuidade dessas.

Hoje a palavra-chave do Mundo Empresarial é COMPETIÇÃO:...”To be or not to be,... that’s the question”, como já ressaltava William Shakespear.

E para manter-se nesse mundo Global Competitivo, a Empresa e os Empresários devem estar com sua atenção concentrada e voltada para seu resultado: O LUCRO SOCIAL, e, para isso, o Sistema Indústria em parceria com os órgãos governamentais pode muito antecipar esse objetivo.

A Empresa vive hoje em clima semelhante, a que viveu, mutatis mutandi, Daniel na cova dos Leões, ou seja: Cercada de perigos por todos os lados e ainda com uma enorme responsabilidade social de pessoas, que direta ou indiretamente dependem de seus resultados para sobreviverem e desenvolverem social e economicamente.

O homem é um SER eminentemente VAIDOSO, que procura contra tudo e contra todos alcançar o SUCESSO, perante si mesmo, sua família e a sociedade.

Exemplos diversos podem ser elencados e estudados, sendo que, em mais de 90%(noventa) por cento deles, podemos concluir que a normatização burocrática implementada pelo subjetivismo de Agentes Públicos tem sido fator limitativo, impeditivo na aceleração ou na recuperação da situação econômico-financeira das empresas.

Os empresários, bem como todo Ser - humano Cidadão, que possui responsabilidade junto à sociedade tem que primeiramente formar suas crenças e valores e agir de acordo com sua

coerência interna levando-o à uma disciplina intelectual que passará a ser o parâmetro de seu comportamento nas suas atividades empresariais.

Empresário, ao compreender em toda sua plenitude, que a sua missão é contribuir para a sobrevivência, o crescimento e perpetuidade de uma parcela do gênero humano, sob o qual se responsabiliza, deverá mais e mais buscar no aperfeiçoamento, a solidificação dessa postura.

Enfim, somente na aprendizagem da vida prática, incluindo, mas não se limitando à conhecimentos comprovados, práticas tradicionais e avançadas é que os técnicos e empresários, empregando sua criatividade, seu tempo e suas energias, estão convencidos de que suas atividades são geradoras de riquezas essenciais à humanidade.

O atraso para se atingir a cristalização da consciência do que é PARCERIA ENTRE GOVERNO E EMPRESÁRIO; do que é preciso para identificar as virtudes, as habilidades e os conhecimentos indispensáveis para o Homem aperfeiçoar-se enquanto empresários e enquanto Agente Público; do entendimento preciso do papel de cada um na geração de riquezas para a humanidade é atribuído à soma de circunstâncias e fatos ocorridos na vida, onde a vaidade pessoal muito contribui para atrasar essa percepção.

Para atingir esse objetivo, o homem deve se apoiar no espírito sadio dos homens (Agentes Públicos e Empresários) e na correta disposição e compreensão de que se unirem as suas forças produzirão riquezas morais e materiais.

Os fundamentos básicos de qualquer organização repousam enfim, na confiança recíproca entre homens, que integram a Nação, as Organizações e que confiam que somente por intermédio do diálogo franco, leal e honesto construirão uma Nação.

Enfim, nossas atividades empresariais têm de ser aplicadas de forma produtiva, gerando bens e serviços que possam ser medidos, faturados, pagos por clientes satisfeitos e transformados em resultados para nossa Organização e para a Sociedade.

É salutar, nesse ponto exaltar que os grandes Empresários sempre se pautaram pela virtude da Humanidade de que; por melhor que possa parecer um resultado, em nada contribui para a obtenção do êxito seguinte; ao contrário alcançar novo êxito requer um esforço e uma disciplina ainda maiores.

Assim, o Sistema Indústria precisa de assumir mais responsabilidades junto aos órgãos governamentais, visando promover uma melhor formação para as atividades do comércio globalizado.

Apesar dessa conscientização empresarial, muitos burocratas governamentais agem de forma subjetiva se engendrando pela denominada Armadilha do Sucesso, sem dúvida o pior inimigo do homem, uma vez que o êxito fácil e conjuntural depende mais de forças das circunstâncias do que da capacidade do homem.

É verdade cristalina afirmar que uma Organização somente se perpetua, enquanto cresce e que, portanto garantir o crescimento permanente é o maior desafio.

Quando o empresário acostuma-se ao êxito fácil, certamente o SUCESSO converte-se em Armadilha, levando o líder e os empresários à perda de humildade, à autocomplacência, ao egoísmo e à vaidade. O Agente Público, pelo regime de “estabilidade funcional” sempre busca condições para agir como dono da verdade, perdendo de vista os obstáculos dos problemas que o mercado e o comércio globalizado enfrentam a cada momento no dia a dia. A Inércia Administrativa não contribui para que a sociedade possa vencer os desafios da ordem internacional das ações comerciais.

O dever do empresário é o de ser um Homem, cuja missão é continuamente criar riquezas para a sociedade, para a organização, para o trabalhador e para a sua família.

Os traços fundamentais do caráter desse empresário são:

a ausência de egoísmo;

a humildade diante do êxito;

a falta de complacência para consigo mesmo;

a insatisfação permanente com os resultados obtidos; e

até a renúncia à vida mundana.

Assim, o objetivo do Sistema Indústria enfim, é juntar sua comprovada experiência às de todos os agentes públicos dos órgãos governamentais, visando ampliar os conhecimentos

gerenciais e técnicos que poderão ser utilizados em diversas áreas de atuação da Indústria Nacional, vis a vis à competitividade mundial.

13.3 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

a) **A Constituição Federal sancionada em 1988 traz diversos dispositivos em as entidades criadas para atender fins não econômicos podem participar dos programas governamentais para atingir os objetivos constitucionais indicados neste documento;**

b) Criação da Confederação Nacional da Indústria(CNI), associação sindical de grau superior, fundada em 12 de agosto de 1938, **reconhecida por Carta Ministerial de 17 de setembro de 1938, com investidura ratificada pelo Decreto Federal nº12.321 de 30 de abril de 1943**, tendo como objetivos, dentre outros os seguintes:

” I – **defender e coordenar os interesses gerais da indústria, bem como representá-la perante os poderes públicos federais, estaduais e municipais, organizações, agências e associações nacionais e internacionais, entidades privada e a coletividade em geral, contribuindo para o estudo e solução de todos os assuntos que, direta ou indiretamente, possam fomentar o fortalecimento e a expansão do setor industrial e o desenvolvimento nacional;**

II - **estudar e propor soluções para as questões e os problemas que se relacionem com a economia do País, inclusive no que diz respeito às relações do trabalho;**

III - **propor, de acordo com as necessidades da indústria, a adoção de regras e normas que visem a beneficiar e aperfeiçoar os sistemas de produção e comercialização, assim como o bem-estar físico, ocupacional e cultural dos trabalhadores; e**

IV – **TRAÇAR DIRETRIZES PARA A MELHORIA DA EDUCAÇÃO, SAÚDE, FORMAÇÃO PROFISSIONAL, DESENVOLVIMENTO CULTURAL E PROMOÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES E SUAS FAMÍLIAS...**

- c) **Dentre as prerrogativas e obrigações, o Estatuto Social da CNI estabelece no inciso II o seguinte:** “ zelar pela qualidade e melhoria das ações desenvolvidas pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e pelo Serviço Social da Indústria (SESI).
- d) Inserir nos Regulamentos do Sesi e do SENAI as disposições da Lei nº9.790 (OSCIP) de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, instituindo e disciplinando o Termo de Parceria, passando para o Sesi e o SENAI a gestão de 50% (cinquenta) por cento dos recursos orçamentários destinados à Educação.
- e) Tanto o Sesi e o SENAI estão enquadrados, dentro do princípio da universalização dos serviços, dos seguintes objetivos sociais dispostos na referida Lei, a saber:
- I - promoção da assistência social;
 - II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
 - III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
 - IV - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
 - V - promoção do voluntariado;
 - VI - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
 - VII - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
 - VIII - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
 - IX - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

A Lei ressalta as funções desenvolvidas de forma preponderante pelo SESI e pelo SENAI, ou seja: a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

f) Os Regulamentos do SESI e do SENAI destacam ainda que as normas indicadas na referida lei, em particular:

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, para aquisição de bens e serviços;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade, bem ainda para o Tribunal de Contas da União.

IV - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão no mínimo:

a) observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do Termo de Parceria, conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

- g) As condições a serem estabelecidas entre os Órgãos Governamentais e SESI e SENAI deverão, em princípio atender às condições do Termo de Parceria a ser celebrado entre as partes.
- h) A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.
- i) Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.
- j) A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.
- k) Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

1) DO AMPARO LEGAL

As atividades técnicas e procedimentos administrativos, além dos previstos dos documentos legais do Sistema Indústria podem ser aplicados ao **SESI e ao SENAI** à luz das disposições da Lei Nº. 4.390/64, regulamentada pelo Decreto Nº. 55.762/65; Lei Nº. 9.279/96; Lei Nº. 9610/98; Decreto Lei Nº. 1.418/75; Decreto Lei Nº. 2.433/88; Decreto Lei Nº. 1.041/94; Ato Normativo Nº. 120/93, obrigando-se as partes a manter sigilo absoluto quanto às informações reveladas.

O Termo jurídico é decorrente da Lei Federal Nº. 9.790/99 que instituiu e disciplinou, no âmbito da Administração Pública brasileira, o Termo de Parceria, do Decreto Federal Nº. 3.100/99 que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, como OSCIP, no âmbito Federal.

13.4 PARA QUÊ???

Para intensificar a formação educacional empreendedora e profissional das gerações futuras, pela Inovação Tecnológica na busca da Produtividade, Qualidade e Competitividade...com Saúde Física, Mental, Emocional e Espiritual.

Os regulamentos de Licitações do SESI e do SENAI decorrentes das disposições da Lei de Licitações N°8.666/93, devem deixar claro que para a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados, se aplicáveis a Licitação, que a mesma fique restringida ao Tipo Técnica e Preço, uma vez que a competitividade global não permite aquisições sem qualidade.

13.5 COMO IMPLEMENTAR ESSE DESAFIO?

Através do compartilhamento e da parceria com os Governos Federal, Estadual e Municipal da Gestão Progressiva dos Recursos Financeiros destinados à Educação e à Saúde...

13.6 QUAL ORÇAMENTO CONTEMPLARÁ ESSE PROJETO???

Os recursos provenientes dos Ministérios da Educação, da Saúde(SUS), da Ciência e Tecnologia, dos Esportes e do FAT e do FGTS...

critério de Arrecadação Direta, em caso das empresas decidirem efetuar as contribuições sociais diretamente às Entidades SESI e SENAI.

FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICO-ECONÔMICA

A EMPRESA É UM SER VIVO...

Tem sonhos;
Tem amor;
Tem determinação;
Tem necessidade de vencer;
Tem crises existenciais;
Tem vontade de vencer;
Adora o poder; e
Se realiza através do LUCRO.

Um dos grandes gurus contemporâneos dos estrategistas de Management, Peter Drucker destaca em seu Livro “Sociedade Pós-Capitalista” que a sociedade vive no limiar de uma nova época. Segundo o autor a

Era do Capitalismo e do Estado-Nação se esvai para dar lugar à Sociedade do Conhecimento e das Organizações...O saber e os grupos sociais formam a espinha dorsal da nova sociedade denominada de “Sociedade pós-capitalista” ou como querem outros “ Sociedade do Conhecimento.

No referido livro, Peter Drucker destaca as transformações que afetaram o mundo atual e que afetarão nas próximas décadas, a sociedade, a economia, as empresas e a política... focalizando ainda os maiores desafios do presente, indicando os caminhos das pedras para a reestruturação do Estado e das Corporações, a fim de que possamos construir uma Nação que atenda aos Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do Art. 3º da Constituição Federal de 1988, a saber: a-) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b-) garantir o desenvolvimento nacional; c-) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d-) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação...

A sociedade vem desde o surgimento do capitalismo enfrentando, através das diversas inovações tecnológicas, cuja difusão vêm alcançando culturas, classes, regiões e costumes, quer no ocidente, quer no oriente que transformaram o “Conhecimento”, sempre consi-

derado um Bem-Privado em um Bem-Público, ou seja: todos os membros da sociedade têm direito a usufruir dos benefícios advindos desse conhecimento.

A convergência de muitos acontecimentos tem levado a sociedade a compartilhar novas tecnologias e benefícios, e por conseqüência a conviver com o surgimento de tensões e conflitos sociais entre nações, em decorrência dessa nova ordem econômico-social.

Dentre esses fenômenos podemos ressaltar: a-) REVOLUÇÃO INDUSTRIAL; b-) REVOLUÇÃO DA PRODUTIVIDADE; e c-) REVOLUÇÃO GERENCIAL.

4ª ETAPA:

Quais são as vantagens do SESI e do SENAI incorporarem a qualificação, como OSCIP's?

Já se passaram alguns anos, desde a aprovação da Lei 9.790/99 e ela continua a suscitar debates. É verdade que a lei não solucionou todos os antigos problemas, não provocou até agora nenhuma grande revolução. Todavia, é inegável que seus grandes benefícios estão ainda por ocorrer, ou, pelo menos, por se materializar. A Lei 9.790/99 é talvez o mais importante passo em matéria legal do terceiro setor no Brasil, e, também, o primeiro movimento de certa expressão. É realmente preciso entendê-la melhor.

1ª vantagem: o título de OSCIP:

A lei se preocupa primeiro em identificar quem faz parte do terceiro setor e quem não faz. Foi um passo importante. Trata-se de uma questão de identidade e as entidades de tipo novo, as que se autodenominam ONGs, nunca se identificaram completamente com o setor filantrópico antigo. Não que houvesse alguma incompatibilidade ou vontade de se distinguir, mas porque em matéria legal desde tempos idos o poder público tem reconhecido as entidades de caráter assistencial, puramente caritativo e típico de movimentos religiosos. Digo isso genericamente. Mesmo o título anterior que mais se parecia com o de OSCIP – o de utilidade pública -falava de utilidade e não de interesse, de importância, de reconhecimento.

As entidades de estilo novo se reconhecem por atuar em campo notoriamente público, de interesse público. Representam a sociedade civil organizada, agrupada em entidades de direito privado, que somente existem para atuar no campo definido genericamente como público. O título de OSCIP, portanto, é uma vitória em si.

Diferença entre título e os outros

Antes da Lei 9.790/99 já havia outros títulos e registros no Brasil. Falar de terceiro setor é falar também dos títulos de utilidade pública, do registro no CNAS, do certificado de filantropia. São títulos bons, conhecidos e concedem certos benefícios, especialmente a permissão de abater doações no Imposto de Renda (utilidade pública) e isenção de contribuição patronal ao INSS (filantropia).

Já o título de OSCIP não concede nada por si só, e contrapõe-se aos outros porque exige, a partir de março de 2001, exclusividade. Em 23 de março de 2001 quem for OSCIP não poderá continuar a sê-lo ao mesmo tempo em que é de utilidade pública ou entidade filantrópica. Terá de optar entre a qualificação de OSCIP e as demais.

Todavia, o fato de o título de OSCIP não significar por ora nenhum benefício fiscal ou tributário não quer dizer que não se pretenda estender estes benefícios às entidades que venham a portá-lo. É fato que até agora não se conseguiu qualquer benefício fiscal, mas a luta em obtê-los continua, é por natureza longa e já se contabilizam algumas pequenas vitórias. No campo do microcrédito (ou microfinanças), por exemplo, o Banco Central já reconheceu que as ONGs que sejam OSCIP não incorrem na lei de usura. Isso é fundamental para todo aquele que pretenda praticar contratos de mútuo (empréstimo, etc.) e tem compelido as ONGs que atuam em microfinanças a se transformarem em OSCIP. O Viva-Cred, por exemplo, já obteve o título.

Outro fator fundamental de distinção entre os títulos antigos e o novo é a forma de obter este último. Os procedimentos burocratizados para obtenção dos títulos de utilidade pública e de filantropia transformaram-se na via crucis das ONGs. Ao se tentar obter o título de utilidade pública federal, por exemplo, se for negado, a ONG perde o direito de pleiteá-lo por certo período. No título de OSCIP não somente não há este entrave como, também, o processo não se baseia num interminável anexar de documentos e cumprimento de exigências. Os documentos para se obter o título são poucos, simples de se conseguir, e a divisão que concede os títulos deve se manifestar em no máximo 30 (trinta) dias, negando ou aprovando o pedido. Pretende-se o fim da via crucis.

2ª vantagem: o Termo de parceria

Falar de terceiro setor é também falar da forma como o poder público e a sociedade interagem. Nesta interação, há formas mútuas de repasse de bens, tecnologias, etc. Já faz algum tempo o poder público notou que em muitos campos, embora seja de sua obrigação constitucional, sua atuação não é satisfatória ou, ao menos, é menos eficaz do que a de outros personagens. As ONGs tem atuado com desenvoltura e extrema competência nos campos da educação, saúde, defesa da infância, ambientalismo, etc. Assim, tornou-se praxe o repasse de verbas públicas

para aplicação em programas de natureza pública a serem desenvolvidos por entidades de direito privado.

Neste sentido a Lei 9.790/99 criou uma forma de repasse, o termo de parceria, que pretende ser um veículo legítimo e adequado ao repasse de verbas públicas para entidades de direito privado.

Diferença entre o termo de parceria e os outros métodos de repasse de verbas públicas

Antes da Lei 9.790/99 a forma mais popular de interação financeira do setor público com o privado era o convênio. Dotado de regulamentação experimentada na prática, o convênio não era, contudo, inteiramente adequado para o que se pretendia.

A princípio, convênio é a forma de pacto entre pessoas de direito público. Portanto, todo convênio tem que respeitar as regras adequadas ao poder público, todas elas. Ao aplicar a metodologia de convênios ao setor privado, a lei não fez grandes concessões, e exigiu do setor privado a mesma natureza de prestação de contas que vale para o setor público. Desnecessário dizer o quão penoso se tornou manter um convênio.

Também a prestação de contas em si era somente uma prestação formal de contas, um infundável gasto de papéis que deixaria qualquer ambientalista apavorado. Há os que consideram que a mata atlântica está desaparecendo por conta dos convênios. Tornou-se consenso entre as ONGs que o tempo que se gasta com prestação de contas em convênio é contraproducente no que diz respeito à atividade conveniada. Depois, e principalmente, o convênio não prevê o concurso de projetos e, ademais, sua prestação de contas não leva em consideração os resultados obtidos.

Já o Termo de Parceria tenta evitar tudo isso com uma prestação de contas que privilegie os resultados efetivamente obtidos, menos burocratizada, e possibilita o concurso de projetos com a escolha da entidade mais capaz.

3ª vantagem: a remuneração de dirigentes/

O artigo 4º, VI da Lei 9.790/99 institui a possibilidade de se remunerar dirigentes. Pode parecer contraditório, mas antes da lei já era possível remunerar dirigentes. O que mudou não foi a possibilidade de remunerar dirigentes, mas o conceito de finalidade não lucrativa.

Já dissemos várias vezes em outros artigos que a remuneração de dirigentes, em si, não faz com que uma entidade passe a ter ou não finalidade não lucrativa. A finalidade não lucrativa é um conceito jurídico doutrinário, não legal, que se baseia no fato de a organização não distribuir o resultado positivo de suas operações (lucro) entre os sócios. Ou seja, a finalidade

não lucrativa não depende da remuneração, mas da não distribuição de lucros. Remuneração é contrapartida a trabalho, lucro é contrapartida a participação societária, responsabilidade e risco. São conceitos distintos.

Contudo, se seguir esta orientação, a organização que remunerar seus dirigentes passará a ter problemas... como veremos a seguir.

Diferença do conceito de não lucratividade anterior

Antes da Lei 9.790/99 a legislação brasileira, embora não definisse o que venha a ser “finalidade não lucrativa” para o mundo do Direito, definia a finalidade não lucrativa para efeitos de certas leis, especialmente tributárias.

É uma constante encontrarmos em textos legais dispersos que a finalidade não lucrativa, para efeitos próprios de benefícios daquela lei específica, depende da não distribuição de lucros e não remuneração de sócios.

Assim, na prática, acaba se proibindo a remuneração dos dirigentes e criando uma cortina de trejeitos e jeitinhos, onde o sócio da organização deve deixar de ser sócio para receber a justa remuneração por seus serviços.

Foi nesse ponto que a Lei 9.790/99 inovou, ao reconhecer pela primeira vez em uma lei que a finalidade não lucrativa não depende da não remuneração, contudo o fez somente para os efeitos daquela lei.

Logo, quem por ora resolver remunerar os dirigentes não terá direito à isenção de Imposto de Renda, por exemplo, embora possa concorrer ao título de OSCIP. É o primeiro passo de uma longa caminhada.

4ª vantagem: O controle social

Uma das grandes características das entidades de que estamos falando, as ONGs, é que, em geral, o seu compromisso público é tão profundo que não temem de sorte alguma prestar contas, pelo contrário, temem não prestá-las. Como vimos antes, prestar contas em convênios é um ato difícil e não necessariamente de resultados compreensíveis para o setor privado.

Uma grande vantagem da Lei 9.790/99 é que tornou oficialmente possível uma contínua prestação de contas por métodos que se baseiam mais na eficiência/eficácia do que na formalidade. O acesso público irrestrito às contas das organizações é uma grande vitória delas,

por contraditório que possa parecer, porque desvenda a todos o compromisso do setor com a transparência e com o interesse público.

A lei 9709/99 disciplina formas de prestação de contas bastante revolucionárias, instituindo a publicidade e, ainda, submete o título ao questionamento público. Por lei, qualquer cidadão pode requerer judicial ou administrativamente a cassação do título de OSCIP. Identifico esse dispositivo como uma enorme vitória do setor.

Diferença entre o novo modelo e os anteriores

Quanto à questão da prestação de contas com controle social, o convênio e as formas anteriores de relacionamento entre o setor público e o privado estão muito aquém do que foi instituído pela Lei 9.790/99, são profundamente privatistas e privilegiam a capacidade discricionária da entidade em manter sigilo de suas operações, ou seja, não prestar contas ao público.

Conclusão: a água e o vinho

Como disse anteriormente a primeira e grande vitória da Lei 9.790/99 é o reconhecimento de uma identidade nova. Todas as outras são, do meu ponto de vista, conseqüência deste ato de reconhecimento. Ao distinguir-se das outras pessoas de direito privado, as OSCIPs estão inaugurando um capítulo novo na história brasileira e seguindo uma tendência mundial. Considero pessoalmente que, embora os benefícios fiscais e tributários ainda não tenham chegado, nesta longa caminhada demos o passo fundamental, o primeiro. É preciso agora que o poder público, a sociedade e as organizações do terceiro setor resolvam comprar a briga. Todas as outras vitórias dependem do nosso compromisso com as causas que nos motivam e nos distinguem.

As ações das entidades do Sistema Indústria se complementam. Graças à sinergia entre o Serviço Social da Indústria (SESI), a Confederação Nacional da Indústria (CNI), o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Instituto Euvaldo Lodi (IEL), tem sido possível colaborar de forma efetiva para o desenvolvimento social e econômico do Brasil.

Responsável pela implementação de atividades de excelência em formação profissional, inovação tecnológica, responsabilidade social, capacitação empresarial e inserção internacional, o Sistema Indústria conta com uma rede de escolas, laboratórios e centros tecnológicos espalhados por todo o território nacional. É a indústria cumprindo seu papel de agente de transformação. Assim a proposta de parceria com o Governo Federal possibilitará ao Sistema Indústria otimizar os recursos financeiros destinados à Educação Acadêmica e Profissional

de forma muito mais produtiva e competitiva para as pretensões do Desenvolvimento sócio-econômico do Brasil.

Essa é nossa sugestão!!! E para encerrar a parceria deve estabelecer que todos os Serviços Técnicos Profissionais Especializados devem ser avaliados, sob o tipo de Licitação: Técnica e Preço... uma vez que o que o mercado hoje demanda, é qualidade e não preço. A água e o óleo jamais se misturarão...nem as atividades técnicas especializadas e o menor preço...

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal 9.790/1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 mar. 1999.

_____. Decreto Federal 3.100/1999. Regulamenta a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1 jul. 1999.

MINAS GERAIS (Estado). **Consulta Publicada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais autorizando o poder público realizar contratação de OSCIPs, e ainda, concluindo que a referida contratação não se aplica a Lei Nº. 8.666/93**. Minas Gerais, [199-].

_____. **Decreto Estadual 43.749/2004**. Regulamenta a Lei Estadual 14.870/2003. Minas Gerais, 2004.

_____. **Lei Estadual 14.870/2003 que dispõe sobre as OSCIPs**. Minas Gerais, 2003.

**SISTEMA INDÚSTRIA
SUPERINTENDÊNCIA JURÍDICA – SJ**

Helio Rocha

Superintendente Jurídico

Cassio Borges

Gerente-Executivo Jurídico

Comissão Organizadora

Elizabeth Homs

Raul Caldas

Sidney Ferreira Batalha (coordenador)

Sylvia Lorena Teixeira de Sousa

Elaboração

Alexandre Cesar Coutinho Conrado Dantas

Carlos José Kurtz

Carolina Slovinski Ferrari

Cheryl Berno

Daniel Horácio De Araújo

Danusa Costa Lima

Eliane Barbosa Matias da Silva

Fabírcia Lemser Martins

Francisca José de Melo

Gustavo Kelly Alencar

Gustavo Teixeira Moris

Jean Alves Pereira Almeida

Leonardo Rodrigo Silva Tonico

Leandro Gayer Gubert

Marianna Pedreira de Souza

Nelson José Almeida de Brito

Pedro Capanema Thomaz Lundgren

Rodrigo de Paula Stadler

Rodrigo Simões Frejat

Silvana Sapucaia

Silvia Passoni Mattos Carreirão

Tacito Avelar e Silva

SUPERINTENDÊNCIA CORPORATIVA - SUCORP

Unidade de Comunicação Social – UNICOM

Capa

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS – SSC

Área Compartilhada de Informação e Documentação – ACIND

Suzana Curi

Produção Editorial

Renata Lima

Normalização

456studio

www.456studio.com

Diagramação