



8º ENCONTRO NACIONAL *dos* ADVOGADOS *do* SISTEMA INDÚSTRIA

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO

2010

Teses inscritas

Autores

- André Luiz de Carvalho Cordeiro
- Antônio Carlos Francisco Araújo Júnior
- Carlos José Kurtz
- Cheryl Berno
- Diogo de Souza e Mello
- Frabrcia Lemser Martins
- Francisca José de Melo
- Jean Alves Pereira Almeida
- Leandro Gayer Gubert
- Marcos Abreu Torres
- Maria Antonia Amboni
- Patrícia da Silva
- Régis Luiz Jordão de Alcântara
- Rodrigo de Paula Stadler
- Victor Tainah F. Dietzold
- Wanderley Marcelino
- Wanessa Figueredo

Brasília 2011

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2010**

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA EXECUTIVA – DIREX

José Augusto Coelho Fernandes
Diretor Executivo

Carlos Eduardo Abijaodi
Diretor de Operações

Mônica Messenberg Guimarães
Diretora de Relações Institucionais

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI

Conselho Nacional

Jair Meneguelli
Presidente

SESI – Departamento Nacional

Robson Braga de Andrade
Diretor

Carlos Henrique Ramos Fonseca
Diretor Superintendente

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI

Conselho Nacional

Robson Braga de Andrade
Presidente

SENAI – Departamento Nacional

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor-Geral

Gustavo Leal Sales Filho
Diretor de Operações



*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO 2010



© 2011. CNI – Confederação Nacional da Indústria
© 2011. SESI – Serviço Social da Indústria
© 2011. SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

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

Diretoria Jurídica - DJ

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

FICHA CATALOGRÁFICA

P925

Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico: Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria (8.: 2010: Brasília).

Prêmio ENASI de trabalho jurídico: 8º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria /. – Brasília : CNI; SESI; SENAI, 2011. 259 p. : il.

1. Trabalho jurídico 2. Sistema Indústria - Advogados I.Título
II. Título

CDU 34

CNI

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

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

MARCOS JURUENA: UM EXEMPLO.

“Para isso fomos feitos:
Para lembrar e ser lembrados”.

Vinicius de Moraes – Poema de Natal.

Passado um ano da morte do nosso querido colega Marcos Juruena, que por tantos anos nos brindou com sua presença e brilho na Diretoria Jurídica do Sistema Indústria, cabe-nos refletir sobre seu legado humano e profissional.

Os mais requintados operadores do Direito conhecem a obra de Marcos Juruena pelo que ela tem de inovadora e progressista. Se socorrem das suas lições doutrinárias, e festejam vitórias baseados nelas.

Contudo, o ser humano Marcos Juruena nem todos tiveram a sorte de conhecer.

Sua sincera generosidade, sua boa vontade, sua calma, seu humor fino somente os que, como nós, com ele conviveram puderam constatar e saborear.

Quando alguém tão especial é chamado tão precoce e repentinamente deste mundo, o vazio criado por sua ausência nos preenche a alma de espanto, perplexidade e profunda tristeza.

Tantos livros ainda escreveria... Tantas amizades ainda seriam conquistadas pelo seu carisma e afeto.

Quanto perdeu em qualidade o nosso Brasil, o Direito brasileiro e os alunos e professores que, de todo País, liam os seus ensinamentos, assistiam suas aulas e conferências.

Resta-nos nesta breve e fraternal homenagem agradecer ao nosso amigo por ter existido. Por termos sido seus contemporâneos.

Ao partir, Marcos Juruena legou-nos o exemplo do homem digno, honesto, altruísta, generoso e amigo.

Desejamos que as teses apresentadas na 3ª edição do nosso Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico alcancem sucesso e ampliem os nossos horizontes jurídicos, da mesma forma que a obra de Marcos Juruena ilumina o nosso intelecto a cada vez que é consultada.

Comissão Organizadora do 8º ENASI.

Brasília, novembro de 2010.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

1 REPRESENTAÇÃO SINDICAL DE SESI E SENAI E SUAS MÚLTIPLAS ATIVIDADES	13
<i>André Luiz de Carvalho Cordeiro (Relator); Carlos José Kurtz; Fabrícia Lemser Martins; Maria Antonia Amboni</i>	
1.1 Introdução	15
1.2 Do enquadramento sindical	15
1.3 Discussão judicial	20
1.4 Conclusão	24
Referências	25
2 APRENDIZ - UMA ALTERNATIVA CIDADÃ AO CÁLCULO DA COTA LEGAL	27
<i>André Luiz de Carvalho Cordeiro (Relator), Carlos José Kurtz, Fabrícia Lemser Martins e Maria Antonia Amboni</i>	
2.1 Introdução	29
2.2 A constituição federal e a legislação aplicável	29
2.3 O Código Brasileiro de Ocupações – CBO	33
2.4 Metodologia do SENAI/SC	34
2.5 Envolvimento empresarial e a validação dos órgãos de controle	39
2.6 Conclusão	40
Referências	42
3 O IMPACTO DA PEC 231 PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA	45
<i>Antônio Carlos Francisco Araújo Júnior</i>	
3.1 Introdução	47
3.2 Redução de jornada x aumento das vagas	48
3.3 O engessamento por excesso de normas constitucionais	49
3.4 Conclusão	52
Referências	54
4 O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS, A LUZ DA EXPERIÊNCIA CATARINENSE, COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE	57
<i>Carlos José Kurtz (Relator); Rodrigo de Paula Stadler</i>	
4.1 Introdução	59
4.2 A evolução jurídica do meio ambiente no Brasil	59
4.3 Os princípios ambientais da precaução e da prevenção	60
4.4 O pagamento por serviços ambientais – PSA	62
4.5 Conclusão	65
Referências	66
5 IMUNIDADE CONSTITUCIONAL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS TEORIA E PRÁTICA	69
<i>Cheryl Berno</i>	
5.1 Introdução	71
5.2 Natureza jurídica do SESI e do SENAI	71
5.3 Isenção e imunidade	74
5.4 Impostos municipais: IPTU e ISS	77
5.5 Impostos Estaduais e da União	80
5.6 Conclusão	82
Referências	84

6 LEI DO PISO SALARIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: REFLEXÕES E IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO SETOR INDUSTRIAL	87
<i>Diogo De Souza e Mello; Jean Alves Pereira Almeida</i>	
6.1 Introdução	89
6.2 Uma análise do setor industrial no estado do Rio de Janeiro	90
6.3 Aspectos gerais da lei do piso	92
6.4 Controle e segurança jurídica x política governamental	96
6.5 Conclusão	104
Referências	106
7 PREMIAÇÃO PARA EMPREGADOS DO SESI E DO SENAI	109
<i>Jean Alves Pereira Almeida</i>	
7.1 Introdução	111
7.2 O dever de eficiência do SESI e do SENAI	111
7.3 O prêmio como forma de reconhecimento da eficiência funcional	113
7.4 Da eficiência empresarial	114
7.5 Dos princípios que norteiam a premiação	115
7.6 Da previsão expressa no regulamento do SESI	119
7.7 Da fórmula utilizada pelo Departamento Regional do Rio de Janeiro	120
7.8 Conclusão	123
Referências	124
8 REPERCUSSÃO GERAL OBJETIVA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DO SESI E DO SENAI	127
<i>Jean Alves Pereira Almeida</i>	
8.1 Introdução	129
8.2 A crise do supremo Tribunal Federal	129
8.3 A emenda constitucional n.º 45/04 e os meios de superação da crise do STF	131
8.4 Aspectos gerais do recurso extraordinário	132
8.5 Aspectos gerais da repercussão geral	134
8.6 Sistematização de critérios para aferição da repercussão geral	137
8.7 Causas do SESI/SENAI como questões objetivas de relevância e transcendência	139
8.8 Conclusão	141
Referências	143
9 A CONTRATAÇÃO FORMAL DE “HORISTA” PARA REGULARIZAR A RELAÇÃO DE TRABALHO EM SUBSTITUIÇÃO À CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS E COOPERADOS NA ÁREA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL	147
<i>Leandro Gayer Gubert (Relator); Carlos José Kurtz; Francisca José de Melo; Wanessa Figueredo</i>	
9.1 Introdução	149
9.2 Histórico	149
9.3 Instrutor x professor	152
9.4 Recrutamento, seleção e contratação	155
9.5 Obrigações trabalhistas	159
9.6 Benefícios e incentivos	162
9.7 Vantagens	162
9.8 Considerações finais	164
Referências	165
10 O CARÁTER DAS METAS DE REDUÇÃO DE GASES DE EFEITO ESTUFA PREVISTAS NA POLÍTICA NACIONAL DE MUDANÇA DO CLIMA	167
<i>Marcos Abreu Torres</i>	
10.1 Introdução	169
10.2 O que é o efeito estufa	169
10.3 Breve histórico	170

10.4 A participação do Brasil	172
10.5 O caráter das metas previstas no art. 12 da PNMC	174
10.6 Consequências referentes ao caráter das metas	179
10.7 Considerações finais	182
Referências	185
11 A COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA E ARRECADATÓRIA DO SESI E DO SENAI	189
<i>Patrícia da Silva</i>	
11.1 A questão proposta	191
11.2 Da natureza jurídica do SESI	191
11.3 Da natureza jurídica dos serviços prestados pelos entes de cooperação	193
11.4 Da competência fiscalizatória e arrecadatória do SESI	197
11.5 Conclusões	201
Referências	203
12 EXTENSIBILIDADE DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA ADI 173-6 E DA 394-1 ÀS ME E ÀS EPP MEDIANTE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA VISÃO VANGUARDISTA DA AÇÃO	205
<i>Régis Luiz Jordão de Alcântara</i>	
12.1 Introdução	207
12.2 ADI 173-6/ adi 394-1: declaração de inconstitucionalidade parcial da lei nº. 7.711/98	207
12.3 Efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade parcial da lei nº. 7.711/88	211
12.4 Extensibilidade à lei complementar nº. 123/06 e à lei nº. 9.317/96 dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade parcial da lei nº. 7.711/88	213
12.5 Reclamação constitucional e a teoria da transcendência dos motivos determinantes: adoção da ADI 171 e 394 como paradigmas para obtenção da inconstitucionalidade do inc. V do art. 17 da lei nº. 9.137/97 e do inc. XV do art.9º da lc nº. 123/06	216
12.6 Conclusão	219
Referências	222
13 A INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO PONTO ELETRÔNICO E O IMPACTO NO SISTEMA INDÚSTRIA E NA SOCIEDADE	225
<i>Victor Tainah F. Dietzold</i>	
13.1 Introdução	227
13.2 A Portaria nº 1.510 e suas disciplinas	227
13.3 A inconstitucionalidade da portaria nº 1.510	229
13.4 A ilegalidade da portaria nº 1.510 em face da CLT	232
13.5 Remédio jurídico adequado para impugnação	233
13.6 O impacto econômico, social e ambiental da Portaria nº 1.510	238
13.7 Conclusão	240
Referências	241
14 REPRESENTATIVIDADE SINDICAL. CATEGORIAS ESPECÍFICAS, SIMILARES OU CONEXAS E ECLÉTICAS. SENTIDO JURÍDICO	243
<i>Wanderley Marcelino</i>	
14.1 Introdução	245
14.2 Sinopse histórica	245
14.3 Filiação e integração obrigatória. Distinção	248
14.4 Do enquadramento sindical – limites de identidade, especificidade, similaridade ou conexidade. Base territorial	249
14.5 Princípios norteadores da representação sindical	250
14.6 Da prevalência da representação	254
14.7 Conclusão	257
Referências	259

APRESENTAÇÃO

É com orgulho renovado que apresento a publicação das teses inscritas para o Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico – Prêmio ENASI - 2010. E tenho este sentimento porque o Prêmio, instituído em 2007 pela direção superior do SESI e do SENAI, como um complemento do Encontro Nacional de seus Advogados, ampliou os seus horizontes e, a partir desta edição, abrange, também, temas de interesse da CNI e do IEL.

Portanto, nada mais justo do que afirmar: hoje, é um Prêmio do Sistema Indústria. Este fato me dá a firme convicção de que a idéia concebida pela Diretoria Jurídica Corporativa veio para ficar e frutificar.

Frutos esses materializados nos trabalhos jurídicos inscritos no Prêmio ENASI - 2010 por 17 advogados de vários Estados do país, cujas reflexões constituem o patrimônio desta publicação coletiva e que merecem ser lidas e debatidas na busca do constante aperfeiçoamento institucional das Entidades que integram o Sistema Indústria.

Agradeço aos doutores Vantuil Abdala, Sylvio Capanema e José dos Santos Carvalho Filho, 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 trabalhos jurídicos que serão defendidos por seus autores perante o Plenário do 8º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria - ENASI, que terá lugar nos dias 10 e 11 de novembro de 2010, na sede da CNI em Brasília.

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

Helio Rocha
Diretor Jurídico

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



1 – REPRESENTAÇÃO SINDICAL DE SESI E SENAI E SUAS MÚLTIPLAS ATIVIDADES

ANDRÉ LUIZ DE CARVALHO CORDEIRO (RELATOR)
CARLOS JOSÉ KURTZ
FABRÍCIA LEMSER MARTINS
MARIA ANTONIA AMBONI
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

1.1 INTRODUÇÃO

O Serviço Social da Indústria e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, no Estado de Santa Catarina, nos últimos anos, foram alvo de inúmeras tentativas de fracionamento de sua representação sindical, tanto a de seus trabalhadores como a patronal.

Essas entidades, devido a dinâmica e demanda social, incorporaram ao longo dos anos novas atividades em seus catálogos de produtos. O SESI/SC possui farmácias e cozinhas industriais, além daquelas rotineiras, como Ginástica Laboral, Programas de Saúde e Segurança do Trabalho, etc.

O SENAI/SC, além dos cursos de aprendizagem industrial, acrescentou programas de Técnicos e Tecnólogos e criou Faculdades, portanto, novas atividades educacionais em sua estrutura.

Considerando essa nova estrutura das entidades, com intuito de preservar os instrumentos coletivos de trabalho e as condições de trabalho firmadas há anos, buscou-se defender a representação sindical única, inclusive para as atividades diferenciadas.

O presente trabalho tem como objetivo descrever a defesa e o entendimento dos interesses de SESI e SENAI no tema: Representação Sindical.

1.2 DO ENQUADRAMENTO SINDICAL

Para desenvolver o raciocínio jurídico necessário e tornar clara a questão da representação sindical de SESI e SENAI, faz-se necessário executar o enquadramento sindical das atividades desenvolvidas por essas entidades.

O enquadramento sindical é determinado pelos princípios da unicidade sindical e da atividade preponderante das entidades. (artigo 511 e 570 da CLT e artigo 8º, II, da Constituição da República).

Nesse sentido ilustra a jurisprudência:

Processo: Nº: 01727-2008-053-12-00-0

Ementa: ENQUADRAMENTO SINDICAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. O enquadramento sindical da categoria profissional passa pela atividade preponderantemente exercida pela empregadora.

Juíza Lourdes Dreyer - Publicado no TRTSC/DOE em 29-03-2010

Convém ressaltar os termos do artigo 511, § 4º, do texto Consolidado, que traz a seguinte redação:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 4º. Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

De forma a delinear a interpretação exercida por SESI e SENAI, além dos artigos da CLT e da jurisprudência, é importante considerar as peculiaridades, o caráter sui generis dessas entidades, ante a enorme cartilha de atividades desenvolvidas.

1.2.1 O princípio da unicidade sindical

A Constituição Federal, em seu artigo 8º, II, é taxativa quanto a impossibilidade de existir mais de uma (01) entidade sindical representativa da mesma categoria econômica.

Diz o artigo 8º, II de nossa Constituição:

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

[...]

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial,

que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Conjugando o regramento constitucional (unicidade) com os conceitos enumerados pela CLT (categoria, enquadramento por atividade preponderante), verifica-se o intento de fortalecer a estrutura sindical com a segurança jurídica e assim, resguardar direitos e condições de trabalho de determinada categoria.

1.2.2 Do conceito de atividade preponderante

Antes de adentrar especificamente na atividade de Sesi e Senai, há necessidade de esclarecer o conceito de atividade preponderante. E para tanto, cita-se passagem auto-explicativa do DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO, de Arnaldo Sussekind:

Quando uma empresa dedicar-se a duas ou mais atividades econômicas, a que correspondem categorias distintas, tanto ela quanto os seus empregados deverão ser representados pelos sindicatos de empregadores ou de trabalhadores referentes à atividade preponderante. Em caso contrário, os setores que realizam atividades distintas e independentes serão incorporados às respectivas categorias econômicas. Neste sentido dispõe o art. 581 da CLT, ao tratar de cálculo da contribuição sindical compulsória devida anualmente pelas empresas – dispositivo que permanece em vigor, eis que a nova Carta Magna manteve esse tributo, apesar das críticas que durante anos lhe foram feitas. E os empregados dos estabelecimentos ou setores independentes pertencerão às categorias profissionais correspondentes às atividades econômicas dos mesmos.

Não se confunda, porém, atividade preponderante com atividade principal. Consoante o preceituado no parágrafo 2º do citado artigo:

Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional.

(SUSSEKIND, 1999, p. 342)

Tanto Sesi como Senai possuem, devido a sua grandeza e enorme representação, inúmeras atividades. Entrementes, como a seguir será demonstrado, a persecução, ou como diz o trecho acima, o **“objetivo final” das Entidades do Sistema “S” são: ASSISTÊNCIA SOCIAL E A ORIENTAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL.**

1.2.3 Das atividades exercidas por SESI e SENAI

A atividade preponderante de SESI e SENAI são determinadas por seus Regulamentos, Regimentos Internos, Decretos de criação, as quais passa-se a discorrer:

O **Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI**, por força do Decreto-Lei 4.048 de 22 de Janeiro de 1942, possui como competência “**organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários**” . E o próprio Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 494 de 10 de janeiro de 1962, em seu artigo 1º, letra “a”, diz que o objetivo do SENAI é “realizar a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição”. Ou seja, **a atividade preponderante do SENAI é a aprendizagem INDUSTRIAL** voltada para a necessidade das empresas de determinada categoria econômica, ou seja, **A FORMAÇÃO E A ORIENTAÇÃO PROFISSIONAL**.

O Serviço Social da Indústria - SESI, por força de seu Regulamento Interno aprovado pelo Decreto n. 57.375 de 2 de dezembro de 1965, “tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar-social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes (artigo 1º)”; e artigo 4º “Constitui finalidade geral do SESI auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos da existência (saúde, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)”. Ou seja, a atividade preponderante do SESI é proporcionar o “**bem-estar-social dos trabalhadores nas INDÚSTRIAS**” ou melhor dizendo: **A ASSISTÊNCIA SOCIAL**.

1.2.4 O enquadramento sindical de SESI e SENAI

O enquadramento sindical, considerando as atividades de SESI e SENAI, está inserido no quadro anexo ao artigo 577 da CLT, precisamente no 2º. Grupo da Confederação Nacional de Educação e Cultura:

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E CULTURA

2º Grupo – Empresas de Difusão Cultural e Artística

Empresas editoras de livros e publicações culturais

Empresas teatrais

Empresas circenses

Empresas exibidoras cinematográficas

Empresas distribuidoras cinematográficas

Bibliotecas

Empresas de gravação de discos e fitas

Museus e laboratórios de pesquisa tecnológicas e científicas

Empresas de orquestras

Empresas de artes fotográficas

Desenhistas

Entidades culturais, recreativas de assistência social, de orientação e formação profissional

Técnicos autônomos em reparos de rádio e televisão

No tópico anterior, demonstraram-se as atividades que exercem SESI e SENAI, conforme disciplinam os atos de constituição de cada uma delas. No caso do SESI as suas atividades são direcionadas para a Assistência Social na Indústria. No caso do SENAI as atividades dessas entidades são focadas na Orientação e Formação Profissional na Indústria.

Como determina o artigo 8º, II da Carta Magna e os artigos 511 e 570 da CLT, o enquadramento sindical é fixado pela atividade preponderante da empresa, no caso, das entidades SESI e SENAI, respeitado o princípio da unicidade sindical.

O Ministério do Trabalho – MTb, à época em que era competente para determinar o enquadramento sindical, expediu a seguinte decisão¹:

SENAI

Conforme decisão proferida no Proc. 306.852, de 25.5.79, os monitores e instrutores do SENAI enquadram-se na categoria “empregados em entidades culturais, recreativas e de assistência social, de orientação e formação profissional”. (Proc. MTb 319.465/79, Rel. Francisco Affonso Santa Rosa, DOU 30.1.80, p. 1866).

¹ AROUCA, José Carlos. **Enquadramento sindical**: jurisprudência. São Paulo: LTr, 1986. p. 177-178.

1.3 DISCUSSÃO JUDICIAL

SESI e SENAI em Santa Catarina têm defendido sua representação sindical na forma da interpretação do capítulo 1 do presente trabalho.

Para demonstrar o alcance da discussão judicial, trás-se as ações e sua fase de discussão.

1.3.1 Ação de representação sindical patronal das entidades do sistema “S”

Está ação, originária na Vara do Trabalho de Florianópolis e promovida pelo Sindicato Entidades culturais, recreativas de assistência social, de orientação e formação profissional do estado de SC em desfavor do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina, transitou em julgado em março de 2008, prevalecendo a sentença de 1º grau no seguinte sentido:

*AUTOS Nº 00499-2007-001-12-00-0
1ª Vara do Trabalho de FlorianópolisT*

DISPOSITIVO

Ante ao exposto, nos termos da fundamentação que passa a integrar este dispositivo para todos os efeitos legais, o Meritíssimo Juiz do Trabalho, **Dr. LUCIANO PASCHOETO**, decide afastar as preliminares e, no mérito, julgar **TOTALMENTE PROCEDENTES** as pretensões dispostas na Ação Trabalhista ajuizada por SINDICATO DAS ENTIDADES CULTURAIS, RECREATIVAS E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, DE ORIENTAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA - SECRASO/SC em face de SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - SINEPE/SC para:

a) declarar a legitimidade do sindicato/autor para a representação sindical patronal das entidades que compõem o Sistema “S” (SESC, SENAC, SESI, SENAI, SEST E SENAT), no estado de Santa Catarina;

b) determinar que o réu, no prazo de oito dias: b.01) extirpe da cláusula 1ª da CCT 2006/2007, firmada entre o sindicato/réu e o SINPROESTE, a parte que prevê a aplicação do referido instrumento normativo aos professores que prestam serviços nas empresas do sistema “S”; b.02) abstenha-se de incluí-lo nos instrumentos normativos posteriores, sob pena de pagamento de multa a ser estipulada pelo juízo.

Custas pelo sindicato/réu, no importe mínimo legal.

Publique-se em audiência. Intimem-se as partes. Nada mais.

LUCIANO PASCHOETO
Juiz do Trabalho Substituto

A importância desta Ação de Representação Sindical se dá pela necessária reciprocidade de representação, já que não há possibilidade dos trabalhadores de SESI e SENAI serem representados por entidade sindical diversa daquela que represente os trabalhadores nas Entidades culturais, recreativas de assistência social, de orientação e formação profissional.

1.3.2 Ações de representação sindical promovida pela federação dos trabalhadores em estabelecimentos de ensino no Estado de Santa Catarina - FETEESC e sindicatos de professores no Estado de Santa Catarina (09)

Na busca de representação dos profissionais de SESI e SENAI, sob fundamento que estas entidades estão ligadas à educação, as entidades sindicais filiadas a Federação dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino no Estado de Santa Catarina – FETEESC promoveram Ações Trabalhistas contra SESI e SENAI, individualmente.

1.3.2.1 Ação FETEESC e outros (09) x SENAI

Denominada de Ação Trabalhista em desfavor do SENAI/SC, SECRASO/SC e SENALBA/SC, recebeu o número 1580-2008-035-12-00-6 e tramitou inicialmente na 5ª Vara do Trabalho de Florianópolis, possuindo como pedido principal a “convolação da antecipação de tutela em medida definitiva, quando da entrega final da prestação jurisdicional, para reconhecer e declarar serem as Entidades Autoras, no âmbito de suas respectivas bases territoriais, os legítimos representantes sindicais de todos os empregados do SENAI que desenvolvem suas funções ligadas ao magistério, compreendendo não apenas o professor “stricto sensu”, mas também as várias derivações de cargos ou funções afins, como os de direção, assessoramento, que engloba o instrutor pedagógico, orientador pedagógico, supervisor pedagógico, administrador pedagógico, coordenador pedagógico, monitor, auxiliares de classe, auxiliares de administração escolar, todos equiparados, para fins de representação sindical, como integrantes de categoria diferenciada.” (cópia do pedido constante da inicial).

Atualmente em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho, em sede de Recurso de Revista, a ação foi julgada nas esferas hierárquicas inferiores (Juiz do Trabalho e Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região), **completamente improcedente**.

Diz o acórdão do Tribunal Regional Catarinense:

Compartilho, dessarte, com o entendimento do Juízo de primeiro grau que considerou que, “os profissionais indicados pelos autores, em especial os instrutores e os monitores não pertencem à categoria diferenciada dos professores”, estando,

portanto, vinculados ao Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas e de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado de Santa Catarina (SENALBA), em primeiro grau, e pela Federação Interestadual dos Trabalhadores Em Empresas de Difusão Cultural e Artística nos Estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina (FITEDECA), em nível Federativo.

Diante do exposto, não procede o inconformismo.

Nego provimento ao recurso.

[...]

Florianópolis, 26 de junho de 2009.

LÍLIA LEONOR ABREU

Relatora

Dessa maneira, o SENAI em todos os seus níveis, é e permanece representado pelo Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas e de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado de Santa Catarina (SENALBA).

1.3.2.2 Ação FETEESC e outros (09) x SESI

Esta Ação, que tem os mesmos autores e a mesma causa de pedir, alterando apenas o pólo passivo para indicar o SESI/SC, tramitou na 4ª Vara do Trabalho de Florianópolis/SC.

Foi deferido o pedido de tutela antecipada para que fosse depositado em juízo os valores da contribuição sindical dos colaboradores do SESI/SC ligados à área de educação, incluindo instrutor pedagógico, orientador pedagógico, supervisor pedagógico, administrador pedagógico, coordenador pedagógico, monitor, auxiliares de classe, auxiliares de administração escolar.

A sentença parcialmente procedente entendeu pela representação sindical de todos os profissionais acima citados e que o SENALBA/SC se abstivesse de negociar àqueles profissionais.

Em sede de Recurso Ordinário, o TRT12ª Região reformou em parte para delimitar a representação sindical dos Autores apenas aos professores, conceito “strictu sensu”, conforme preceitua o artigo 317 da CLT.

Atualmente o processo se encontra no Tribunal Superior do Trabalho – TST, em Recurso de Revista do SESI/SC, que busca reconhecer a representação histórica do SENALBA/SC e a ilegitimidade da FETEESC e outros (09) na representação sindical por eles pretendida.

1.4 CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou esclarecer o entendimento histórico do Sistema FIESC quanto a representação sindical de SESI e SENAI, entendendo que mesmo com a evolução e aperfeiçoamento das atividades desempenhadas por estas entidades, não houve alteração que demandasse modificação.

Buscou-se tratar o tema inicialmente com base conceitual dos principais institutos norteadores do enquadramento sindical, como o princípio da unicidade sindical e da atividade preponderante, vinculando com as atividades para o qual foram criadas SESI e SENAI.

No tocante ao enquadramento sindical propriamente dito, trouxe base histórica de época onde o Ministério do Trabalho – MTb decidia sobre estas questões, bem como a sustentação legal, com a interpretação dos dispositivos celetistas e constitucionais que tratam da matéria.

Ao final, apresentou-se a decisão transitada em julgado que declarou o SECRASO o legítimo representante sindical patronal das entidades do Sistema “S” no Estado de Santa Catarina e as decisões em processos que tramitam atualmente no Tribunal Superior do Trabalho discutindo a representação sindical dos colaboradores do SESI e SENAI.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **Enquadramento sindical: jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1986. p. 177-178.

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

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Disponível em: <www.trt12.jus.br>.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 342.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



2 – APRENDIZ - UMA ALTERNATIVA CIDADÃ AO CÁLCULO DA COTA LEGAL

ANDRÉ LUIZ DE CARVALHO CORDEIRO (RELATOR)
CARLOS JOSÉ KURTZ
FABRÍCIA LEMSER MARTINS
MARIA ANTONIA AMBONI
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

2.1 INTRODUÇÃO

A aprendizagem, nos últimos anos, é objeto de intensa fiscalização dos órgãos de controle, principalmente pelo Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho.

A legislação que trata do tema, principalmente a Consolidação das Leis Trabalhistas, estabelece que o cálculo da cota legal em cada estabelecimento deve considerar as funções que demandam formação profissional.

O conceito de funções que demandam formação profissional é divergente entre órgãos de controle e classe empresarial, quando os primeiros entendem, em regra, que todos os cargos devem servir de base de cálculo para cota legal de aprendizes, exceto aqueles que exijam habilitação em nível técnico e superior; e em contrapartida, há entendimento que o cálculo deve considerar o Código Brasileiro de Ocupações em suas descrições, analisando função por função, pois existem funções que não demandam formação e devem ser excluídas do cálculo.

O SENAI/SC, com intuito de apresentar alternativa ao cálculo da cota legal, elaborou metodologia amparada na boa-fé, na técnica e na razoabilidade, não abrindo mão da necessária qualidade dos seus serviços e entendendo que a aprendizagem cumpre seu papel quando prepara futuros profissionais qualificados para o mundo do trabalho e emprego.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O termo “aprendiz” possui previsão constitucional no artigo 7º, XXXIII e art. 227, parágrafo 3º, I da Constituição Federal de 1988, assim descritos:

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

(...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito,

à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

[...]

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

De forma a regulamentar o artigo constitucional, a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, aborda aprendizagem, principalmente, nos artigos 403, 425 e 428 e parágrafos, 429 e seguintes:

Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a freqüência à escola. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

Art. 425 - Os empregadores de menores de 18 (dezoito) anos são obrigados a velar pela observância, nos seus estabelecimentos ou empresas, dos bons costumes e da decência pública, bem como das regras da segurança e da medicina do trabalho

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. (Redação dada pela Lei nº 11.180, de 2005)

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e freqüência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica. (Redação dada pela Lei nº 11.788, de 2008)

§ 2º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 3o O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência. (Redação dada pela Lei nº 11.788, de 2008)

§ 4o A formação técnico-profissional a que se refere o caput deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 5o A idade máxima prevista no caput deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.180, de 2005)

§ 6o Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização. (Incluído pela Lei nº 11.180, de 2005)

§ 7o Nas localidades onde não houver oferta de ensino médio para o cumprimento do disposto no § 1o deste artigo, a contratação do aprendiz poderá ocorrer sem a frequência à escola, desde que ele já tenha concluído o ensino fundamental. (Incluído pela Lei nº 11.788, de 2008)

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 1o-A. O limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 1o As frações de unidade, no cálculo da percentagem de que trata o caput, darão lugar à admissão de um aprendiz. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

Art. 430. Na hipótese de os Serviços Nacionais de Aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos, esta poderá ser suprida por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica, a saber: (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

I – Escolas Técnicas de Educação; (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

II – entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 1o As entidades mencionadas neste artigo deverão contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 2o Aos aprendizes que concluírem os cursos de aprendizagem, com aproveitamento, será concedido certificado de qualificação profissional. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

§ 3o O Ministério do Trabalho e Emprego fixará normas para avaliação da competência das entidades mencionadas no inciso II deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000)

Destaca-se a importância descrita na formação dos aprendizes, desde a sua inserção a locais de trabalho de bons costumes e decência pública que possibilitem o desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, bem como com a adequação a horários que permitam frequência regular as aulas.

A aprendizagem é um processo integrado que provoca uma transformação qualitativa na estrutura mental daquele que aprende. Essa transformação se dá através da alteração de conduta de um indivíduo, seja por condicionamento operante, experiência ou ambos, de uma forma razoavelmente permanente. As informações podem ser absorvidas através de técnicas de ensino ou até pela simples aquisição de hábitos. O ato ou vontade de aprender é uma característica essencial do psiquismo humano, pois somente este possui o caráter intencional, ou a intenção de aprender; dinâmico, por estar sempre em mutação e procurar informações para o aprendizagem².

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região possui o seguinte entendimento no que toca o conceito de aprendizagem:

Processo: Nº: 00329-2008-033-12-00-1

Ementa: APRENDIZAGEM. CONTRATO ESPECIAL. A aprendizagem é contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

Juíza Sandra Marcia Wambier - Publicado no TRTSC/DOE em 19-08-2009

A função da aprendizagem é introduzir jovens e adultos no mundo do trabalho, com conceitos e conhecimentos cidadãos, possibilitando a qualificação e oportunizando futuros profissionais tecnicamente habilitados.

² Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Aprendizagem>>. Acesso em: 06 maio 2010.

2.3 O CÓDIGO BRASILEIRO DE OCUPAÇÕES – CBO

A Classificação Brasileira de Ocupações - CBO é o documento normalizador do reconhecimento, da nomeação e da codificação dos títulos e conteúdos das ocupações do mercado de trabalho brasileiro. É a partir da CBO e de sua classificação que é possível verificar quais ocupações demandam formação profissional.

O SENAI, no ano de 1999, foi a primeira instituição parceira a ser conveniada com o MTE e responsável pela primeira descrição piloto das famílias ocupacionais na CBO:

De posse de uma estrutura como ponto de partida, iniciou-se o terceiro módulo que incluiu a escolha de um modelo de descrição e a organização de uma rede de parceiros para a construção da classificação descritiva. Adotou-se o método Dacum - Developing A Curriculum, adaptando-o para descrever famílias ocupacionais. A descrição-piloto foi feita pelo Senai, no Rio de Janeiro, em 1999, a primeira instituição parceira a ser conveniada. Em 2000 e 2001 foram treinados facilitadores de novos conveniados do MTE - Fipe - Universidade de São Paulo, Funcamp - Universidade de Campinas, Fundep - Universidade Federal de Minas Gerais. Os trabalhos foram concluídos em agosto de 2002.³

Recentemente houve alterações promovidas pelo MTE na CBO, o que demonstra ser uma classificação suscetível a atualizações e aperfeiçoamentos, de forma unilateral pelo órgão Ministerial.

A CBO é a classificação oficial das profissões e, portanto, documento perfeitamente hábil para interpretação das atividades que demandam formação profissional.

Todavia, mesmo com a promoção de alterações, as premissas da aprendizagem devem ser respeitadas, como a qualidade dos cursos a serem desenvolvidos pelas entidades, já que os aprendizes devem ser futuros profissionais preparados para o competitivo mercado de trabalho e não apenas um número ou cota que as empresas devem cumprir.

Também é importante que se visualize a aprendizagem como alternativa a falta de mão de obra, já que qualificando e capacitando os menores e jovens entre 14 e 24 anos, certamente a inserção dentro dos quadros da empresa será alternativa para incorporação de profissionais melhor habilitados para o desempenho de suas funções.

³ Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/informacoesGerais.jsf;jsessionid=C24837F1D1F80C7272FE7C9F451F8CE1.lbroute813#1>>. Acesso em: 06 maio 2010.

2.4 METODOLOGIA DO SENAI/SC

A Lei nº. 10.097 de 20 de dezembro de 2000 estabeleceu que “Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional”.

Entendendo, como ponto de partida, que não são todas as ocupações que demandam formação profissional, já que as atividades profissionais, ante a velocidade das mudanças e exigências no mundo do trabalho, requerem exigências diversas. Nesse ponto, diz a doutrina quanto a base de cálculo da quota legal de aprendizes por empresa:

Aliás, não se deve utilizar o raciocínio que será sempre a CBO o único ato administrativo ensejador do curso de aprendizagem do adolescente. É evidente que certas ocupações não constantes dela, que são criadas pela velocidade das atividades empresariais da área de informática, da área da pesquisa técnica e científica, vg, devem ser passíveis de aprendizagem. As exigências do mundo contemporâneo quanto às atividades profissionais não podem ficar atreladas, com a devida e máxima vênia, ao reconhecimento simplório de estar ou não enquadrada em um ato administrativo, denominado CBO, que sofre atualizações com periodicidade muitas vezes bem elásticas. Lembre-se que a CBO vigente foi elaborada no ano de 2002 ! E as anteriores dataram de 1982 e 1994.

Na boa doutrina pátria, essa exigência de que o percentual deve incidir sobre a totalidade do número dos trabalhadores existente na empresa não encontra respaldo algum. Nesse passo, Eduardo Gabriel Saad, ao analisar o art. 429, da CLT, que trata do percentual de contratação de aprendizes adolescentes, esclarece com toda a propriedade a questão: “Releva notar que o cálculo do referido percentual é feito sobre o número dos empregados ocupantes de postos que demandem formação profissional: não é, essa base de cálculo, o total de empregados da empresa” (cf. fls. 157, s/ob “Curso de Direito do Trabalho”, LTr Ed.).⁴

⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho. 41. ed. e atual. São Paulo: LTR, 2008. p. 385.

O SENAI/SC, preocupado com a inserção de aprendizes no mercado de trabalho, com a responsabilidade legal das empresas e com as suas próprias obrigações, procurou definir o conceito de “funções que demandem formação profissional”, objetivando definir a quota legal das empresas, com parâmetros e metodologia pré-definidas, de forma que o cômputo e as regras sejam idênticas à todas as empresas.

Para tanto, foi considerada a metodologia estabelecida pelo Código Brasileiro de Ocupações – CBO, no intuito de caracterizar as atividades que demandam formação técnico-profissional, já que a legislação federal cita a CBO como baliza para estabelecer critérios relativos aos aprendizes.

Em síntese, das ocupações de cada empresa – análise individual por empresa – são excluídos do cômputo as funções que exijam habilitação de nível técnico ou superior e aquelas que não se enquadravam nos critérios para definição de famílias ocupacionais sujeitas à aprendizagem.

Para conceituação das famílias ocupacionais sujeitas à aprendizagem, foram estabelecidos os seguintes critérios:

a) Escolaridade

- nenhuma
- até 4ª série do 1º grau (ou ensino fundamental)
- 4ª a 7ª série do 1º grau (ou ensino fundamental)
- 1º grau concluído (ou ensino fundamental)
- 2º grau (ou ensino médio) incompleto
- 2º grau (ou ensino médio) completo
- 3º grau (ou ensino superior) incompleto
- 3º grau (ou ensino superior) completo

b) Experiência Profissional

- nenhuma
- menos de 1 ano
- de 1 a 2 anos
- de 3 a 4 anos
- de 4 a 5 anos
- mais de 5 anos

c) Cursos de Qualificação Profissional

- nenhum
- curso básico até 200 horas
- curso básico, de 200 horas até 400 horas
- curso básico, mais de 400 horas
- curso técnico (nível de ensino médio ou 2º grau)
- tecnólogo (curso superior)

d) Grau de autonomia no trabalho

- trabalha com supervisão permanente
- trabalha com supervisão ocasional
- trabalha sem supervisão

A partir da definição de “ocupações qualificadas”, estabeleceram-se como critérios de identificação de famílias ocupacionais:

- escolaridade mínima: ensino fundamental completo;
- experiência profissional: um ano ou mais;
- curso de qualificação profissional: mais de 400 horas;
- autonomia: sem supervisão ou com supervisão ocasional.

Assim, no estudo realizado, consideraram-se como famílias ocupacionais sujeitas à aprendizagem metódica:

- as que apresentam, no mínimo, três das quatro condições estabelecidas. Nesse sentido, observou-se que três já indicariam requisitos importantes • para determinar a qualificação necessária para o profissional;
- famílias heterogêneas, nas quais pelo menos uma ocupação apresentasse, no mínimo, três das quatro condições estabelecidas

Por outro lado, foram excluídas do conjunto de famílias ocupacionais:

- as famílias de técnicos ou de profissionais de nível superior, obedecendo-se aos limites estabelecidos pelas normas em vigor;

- as famílias de supervisores, já que a supervisão revela-se, nas empresas, como uma função exercida, em grande parte, por técnicos ou por profissionais com um longo período de experiência profissional. Ainda, essa decisão é respaldada pela ênfase dada à gestão de pessoal nos processos de supervisão, não incluída na formação profissional inicial de um trabalhador qualificado.

A fixação de critérios para definição da cota legal de aprendizes, considerado o Código Brasileiro de Ocupações – CBO, estabelecendo diretrizes técnicas e rigorosas para descrever as atividades que demandam formação profissional, é medida que se adequa a realidade das empresas.

Para melhor entendimento, segue a forma como é elaborado o cálculo pelo SENAI/SC:

APLICAÇÃO DA METODOLOGIA

Passo 1: Envio dos Dados para SENAI SC

CBO	Ramo	Código	Cargo	Total
784205	S	8907	ARMAZENADOR DE MATERIA-PRIMA	22
721310	N	8440	AFIADOR DE FACAS	21
783210	N	9711	AJUDANTE GERAL	5
414805	S	8710	AJUDANTE QUALIFICADO	3
784304	S	1770	ANAL. ARTE FINAL JR	1
784320	S	1777	ANAL. ARTE FINAL PL	2
414910	S	8718	ANAL. CONTROLADORA JR	19
252210	N	8730	ANAL. CONTROLADORA PL	9
252210	N	8736	ANAL. CONTROLADORA SR	2
414910	S	1780	ANAL. CONTROLE ESTOQUE JR	21
414910	S	1786	ANAL. CONTROLE ESTOQUE PL	4
414910	N	1806	ANAL. CONTROLE MATERIAS JR	8
414910	N	1771	ANAL. CONTROLE MATERIAS SR	1
391210	N	9801	ANAL. CONTROLE QUALIDADE JR	17
391210	N	1738	ANAL. CONTROLE QUALIDADE PL	20
391210	N	1739	ANAL. CONTROLE QUALIDADE SR	11
252110	N	1763	ANAL. CREDITO/CORRANÇA JR	1
252110	N	8908	ANAL. CUSTOS JR	3
252110	N	8909	ANAL. CUSTOS PL	2
252110	N	8910	ANAL. CUSTOS SR	1
342210	N	9325	ANAL. DESPACHO ADMNISTR JR	1

SENAI

APLICAÇÃO DA METODOLOGIA

Passo 2(a): Análise dos Dados pelo SENAI SC segundo critérios e metodologia definida

SENAI SC		Cálculo pela metodologia										FUNÇÃO/DESCRIÇÃO			
Empresa		XYZXYZXYZYZ										FAMILIARIZAÇÕES			
												FUNCIONÁRIOS DEMANDANTES			
												NECESSIDADE DE COTISTAS			
CBO	FAMILIARIZAÇÕES	Escolaridade				Experiência Profissional				Formação Profissional		Autônomo		TOTAL	
		Fundamental	Completa	Superior	Completa	até 1 ano	1 a 2 anos	3 a 4 anos	4 a 5 anos	mais de 5 anos	até 200 horas	mais de 200 horas	Técnico		Superior
784205	AMATELEADOR DE MATERIA FIBRA														
723300	AJUDANTE DE FACA														
782200	AJUDANTE GERAL														
410905	AJUDANTE QUALIFICADO														
784205	ANAL. APTE FIBRA JR														
782200	ANAL. CONTROLE QUALIDADE PL														
410905															

APLICAÇÃO DA METODOLOGIA

Passo 2(b): Análise dos Dados pelo SENAI SC segundo critérios e metodologia definida

SENAI SC		Cálculo pela metodologia										FUNÇÃO/DESCRIÇÃO	
Empresa		XYZXYZXYZYZ										FAMILIARIZAÇÕES	
												FUNCIONÁRIOS DEMANDANTES	
												NECESSIDADE DE COTISTAS	
Nº	Descrição	Código CBO	Nº Funcionários	N Critérios Atendidos	Demandantes								
012	ANAL. CONTROLE MATERIAS JR	410305	6	2	ND								
013	ANAL. CONTROLE MATERIAS SR	410305	1	2	ND								
014	ANAL. CONTROLE QUALIDADE JR	391210	37	4	37								
015	ANAL. CONTROLE QUALIDADE PL	391210	20	4	20								
016	ANAL. CONTROLE QUALIDADE SR	391210	11	4	11								
017	ANAL. CRÉDITO/COBRANÇA JR	262515	1	2	1								
018	ANAL. CUSTOS JR	262210	3	1	ND								

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, à luz da razoabilidade, em Ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho, entende ser necessário utilizar critérios adequados para fixação da cota legal:

Processo: Nº: 00110-2003-012-12-00-7

Ementa: CONTRATAÇÃO DE MENOR APRENDIZ. BASE DE CÁLCULO. EMPREGADOS QUE NECESSITEM DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL.

“O cálculo da quantidade de aprendizes a serem contratados terá por base o número total de empregados em todas as funções existentes no estabelecimento que demandem formação profissional, excluindo-se aquelas que exijam habilitação profissional de nível técnico ou superior” (Inteligência da IN nº 26, art. 1º, § 4º, do MTE). Assim, para efeitos desse critério estão incluídos todos os empregados cuja formação organizada fundamentalmente visar à preparação dos jovens para a escolha de um ofício ou de um ramo de formação, familiarizando-os com os materiais, os utensílios e as normas de trabalho próprios de um conjunto de atividades profissionais. Por isso, também devem ser excluídos do cálculo da percentagem aqueles trabalhadores que exercem atividades incompatíveis com o trabalho de aprendizes, como os motoristas de caminhão.

(Acórdão 12577/2004 - Juiz Garibaldi T. P. Ferreira - Publicado no DJ/SC em 12-11-2004, p. 261)

Dessa maneira, o SENAI entende como equilibrada a adoção da metodologia acima descrita para definir as atividades que demandam formação profissional, pois estão fundados em requisitos que respeitam a realidade e a razoabilidade, necessários para formação de aprendizes capazes a enfrentar o mercado de trabalho.

2.5 ENVOLVIMENTO EMPRESARIAL E A VALIDAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Medida importante para validação da metodologia do SENAI/SC é o envolvimento das empresas que procuram definir sua quota legal e a encampação do procedimento pelos órgãos de controle, como Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho.

Como exemplo, algumas empresas do município de Caçador/SC, após fiscalização de auditor do trabalho, foram submetidas a procedimento investigatório promovido pela Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região – Ofício de Joaçaba/SC, discutindo a quota legal de aprendizes.

O SENAI/SC, chamado no processo pela Procuradoria, buscando compor a distância de interpretação da norma legal existente entre MTE e empresas, aplicou a metodologia para calcular o número de aprendizes necessários para satisfação da quota legal naquelas empresas.

Antes da apresentação formal do resultado, validou a metodologia junto ao seu Conselho de Representantes, que possui participação do MTE e de representação dos trabalhadores e após, como o próprio Procurador do Trabalho responsável pelo Procedimento Investigatório.

As premissas para validação da metodologia foram: boa-fé, já que o SENAI/SC atua de forma imparcial nestes procedimentos; a técnica, pois como dito anteriormente, o SENAI foi responsável pelo desenvolvimento da própria CBO e é entidade que possui como objeto a orientação e formação profissional; e a razoabilidade, princípio inerente e necessário ao processo, ante a flagrante dissonância de interpretação da norma entre MTE e empresas.

O êxito na aplicação da metodologia, no caso supracitado, foi alcançado com envolvimento dos representantes das empresas e com a validação do procedimento pelos órgãos de controle, ante a concordância de todas as partes envolvidas.

Todos os passos na aplicação da metodologia foram previamente acordados entre as partes, portanto, o papel do SENAI restou facilitado, principalmente com a preservação de sua imparcialidade.

2.6 CONCLUSÃO

A metodologia do SENAI/SC foi criada como alternativa ao cálculo da cota legal de aprendizes por empresa, num cenário onde a divergência de interpretação quanto as funções que demandam formação profissional é um entrave para o cumprimento da obrigação legal.

A metodologia não abre mão da qualidade da aprendizagem, e considera que os cursos oferecidos devem efetivamente possibilitar aos menores e jovens entre 14 e 24 anos o ensino de habilidades e competência que futuramente servirão para a inserção no mercado do trabalho.

O Código Brasileiro de Ocupações – CBO, mesmo com as recentes alterações, não pode se distanciar de suas premissas, quais sejam: Experiência, Autonomia, Formação Profissional e Escolaridade, e com base nesses conceitos é que se deve estabelecer a cota legal de aprendizes.

Afirmar que determinada função demanda ou não formação profissional, sem analisar os conceitos insculpidos na própria CBO, é desqualificar o instituto da aprendizagem, pois certamente não são todas as ocupações que demandam formação profissional.

O SENAI, entidade que possui como objeto a orientação e formação profissional, tem importante papel nessa discussão, tanto pela sua imparcialidade como pela sua experiência, e a metodologia ora apresentada, mesmo sendo um dos últimos bastiões de resistência frente a busca frenética de números que aumentem as estatísticas de geração de empregos, não pode abrir mão da qualidade, ensinando e proporcionando aos menores e jovens em idade de aprendizagem cursos capazes de despertar habilidade e competências suficientes para os futuros profissionais brasileiros.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **Enquadramento sindical**: jurisprudência. São Paulo: LTr, 1986. p. 177-178.

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

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Disponível em: <www.trt12.jus.br>.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 342.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



3 – O IMPACTO DA PEC 231 PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA

**ANTÔNIO CARLOS FRANCISCO ARAÚJO JÚNIOR
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SERGIPE**

3.1 INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) número 231/95 prevê a redução da jornada de trabalho de 44 horas para 40 horas semanais e o aumento do adicional da hora-extra de 50% para 75% do valor da hora trabalhada. Essa proposta foi aprovada por unanimidade pela Comissão Especial da Câmara.

Durante o período eleitoral são trazidas à baila diversas propostas de alteração da Constituição ou de criação de leis visando à colheita subsequente de votos. É muito difícil para um parlamentar posicionar-se contra tais matérias por mais absurdas ou perniciosas que pareçam. Assim, são propostos e muitas vezes concedidos aumentos salariais além do que o orçamento comporta; leis que criam restrições sérias à atividade empresarial, com o aumento dos custos, como o primeiro esboço do Código Florestal, a título de exemplo, como se fosse possível ignorar as leis de mercado com uma simples alteração legislativa.

Nessa esteira tem havido um bombardeamento constante sobre a população brasileira de notícias sobre os benefícios da redução da jornada de trabalho sem a redução do salário via emenda à Constituição como uma verdadeira panacéia para os problemas do trabalhador brasileiro. Promessas como a redução do desemprego e aumento do consumo e da renda, entre outras, são realizadas e encontram eco crescente perante a opinião pública.

Neste trabalho propomos discutir os possíveis impactos da aprovação de tal emenda e os riscos e mitos embutidos na fixação constitucional de alterações dessa monta sobre as indústrias e sobre as negociações sindicais conduzidas pelos entes da pirâmide sindical integrantes da Confederação Nacional da Indústria (CNI) em todos os seus níveis.

Temos por objetivo demonstrar que a inserção na Constituição Federal de matéria claramente infraconstitucional trará graves consequências às empresas, ao país e, por fim, aos trabalhadores, pois gerará um aumento maior ainda do custo das contratações, que serão repassadas, por fim, aos consumidores. Gerará, ainda, aumento da informalidade, afetando a competitividade das empresas brasileiras perante as suas congêneres estrangeiras e asiáticas em especial.

Examinaremos, também, as experiências da França, país que adotou tal medida com resultados pífios que hoje luta arduamente para rever tal legislação em um momento de crise econômica aguda.

3.2 REDUÇÃO DE JORNADA X AUMENTO DAS VAGAS

A redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais é frequentemente apresentada pelas centrais sindicais e segmentos políticos como solução para o aumento de empregos no país. A ideia, conhecida como partilha do trabalho (work-sharing), é que a redução de jornada permite que o mesmo serviço seja repartido por mais trabalhadores. A realidade respaldada pelos estudos científicos, entretanto, mostra-se bastante diversa.

No Brasil, o estudo conduzido pelos professores Gustavo M. Gonzaga, Naércio Aquino Menezes Filho e José Márcio Camargo (2003, p. 369-400), divulgado na Revista Brasileira de Economia, sobre os efeitos da redução havida em 1988 das então 48 para 44 horas semanais concluiu que não houve aumento expressivo do volume de emprego decorrente da alteração legal. Aduziram, ainda, que:

Se o objetivo é gerar mais emprego, as medidas mais adequadas, do ponto de vista econômico, deveriam ser direcionadas para reduzir o custo do emprego em relação aos outros fatores, através da redução dos encargos trabalhistas não-salariais ou da diminuição do custo fixo do emprego (GONZAGA et al., 2003, p. 398).

Ou seja, a simples alteração legislativa acompanhada com o aumento do custo do trabalho não gera automaticamente o aumento das vagas de emprego. Pode, em nosso entendimento, gerar, ao contrário, o aumento da informalidade e do desemprego.

A França é outro caso emblemático do ocorrido: a legislação foi alterada passando a jornada para 35 horas semanais como parte de um plano de incentivos para a contratação por parte das empresas. Entretanto, o resultado não foi o esperado e a taxa de desemprego voltou a crescer. Atualmente, o número de desempregados atinge 9,6%, totalizando 2,41 milhões de pessoas naquele país segundo o site do Ministério do Trabalho Economia e Emprego do Governo da França.¹

Ou seja, o grande problema de medidas como a descrita anteriormente é a dificuldade extrema em revê-las quando não surtem o efeito desejado.

O custo político e social é tamanho face à impopularidade de tal medida, pois a sociedade em seu conjunto não enxerga a conexão entre o desemprego e o alto custo das contratações. A lição europeia serve de alerta para a sociedade brasileira, pois temos a chance de evitar a catástrofe antes que ela se instale no seio da classe produtiva com graves consequências.

¹ Disponível em: <www.gouvernement.fr/gouvernement/travail-economie-emploi>.

3.3 O ENGESSAMENTO POR EXCESSO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

A América Latina historicamente sempre foi palco de grandes instabilidades políticas e econômicas. No momento da promulgação da atual Constituição Federal, o Brasil saía de um período autoritário de sua história e, em decorrência desse fato, o legislador constituinte resolveu alçar a plano constitucional uma grande gama de assuntos que em democracias mais avançadas certamente estaria no âmbito das leis ordinárias. São exemplos a fixação dos juros bancários em 12 %, a legislação pertinente aos empregados domésticos, greve, componentes do salário mínimo, entre tantos outros.

Visou o legislador da nascente democracia com tal atitude garantir que, por estar no mais alto patamar jurídico do país, não fossem desrespeitadas ou revogadas facilmente. Esse engessamento criou uma série de problemas para a sua aplicação e gerou no Brasil a situação inusitada de possuir uma constituição que, embora formalmente rígida, em 22 anos de vigência, já foi emendada 66 vezes até junho de 2010. Um número expressivo quando comparado com a constituição americana, que de 1787 até hoje sofreu apenas 27 emendas.

No tocante ao Direito do Trabalho, esse engessamento desestimula a negociação coletiva entre as partes envolvidas, restringindo as poucas negociações ao tema salarial.

Mais grave ainda é o fato de que as normas sobre negociação e sindicatos inseridas na Constituição Federal são cópias da CLT, uma legislação de forte cunho estatista e avesso a negociações livres entre as partes. Nada de novo foi acrescentado, mantendo-se as mesmas estruturas de mais de 60 anos. Ideias mais recentes, como as de sindicatos por empresa, entre outras, foram barradas em prejuízo ao país, às empresas e aos trabalhadores.

Paralelo a esse problema grave, é proposta agora mais uma alteração constitucional para que haja a redução da jornada de trabalho de 44 horas para 40 horas semanais e o aumento do adicional da hora-extra de 50% para 75%. Tal medida representa grave risco de aumento de informalidade, desemprego e marginalização do setor empresarial brasileiro que posteriormente será apontado como o vilão por ter dispensado grande número de trabalhadores para se adequar às novas normas ou por estar descumprindo o novo preceito constitucional.

Note-se que a despeito do recente aquecimento da economia e do bom momento vivido pela maioria dos setores econômicos no Brasil a economia informal movimentou em 2009 uma quantia equivalente a cerca de um quinto do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil. Segundo pesquisa divulgada em 2010 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pelo Instituto Brasileiro

de Ética Concorrencial (ETCO), o valor estimado foi de R\$ 578 bilhões. Ou seja, o mercado informal no Brasil supera a economia da Argentina.

No tocante aos trabalhadores sem a assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), o valor total aproxima-se a 60%, de acordo com estudos do Professor José Pastore, publicados em artigo apresentado no Congresso do Coppead, no Rio de Janeiro, no dia 8 de outubro de 2004, o que mostra quão grande é o problema e que será agravado com a aprovação da emenda à constituição.

Erram gravemente o legislador, o Governo Central e a classe empresarial ao permitir a aprovação de uma alteração que será muito difícil de rever em um momento de crise, por exemplo, tal qual o experimentado por países com economia em declínio como a França, Grécia e Portugal.

O atual momento econômico brasileiro é propício à implementação de medidas de estímulo às atividades negociais no âmbito sindical. Atividade essa a ser exercida e concretizada durante a celebração das convenções e dos acordos coletivos de trabalho em que os sindicatos buscam a criação ou a manutenção de normas e condições de vida, trabalho e viabilidade empresarial no melhor interesse do país.

Tal atividade foi definida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), no artigo 2º da Convenção nº 154², ratificada pelo Brasil como:

Todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo;*
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores;*
- c) Regular las relaciones entre empleadores e sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.*³

Note-se que a definição da OIT expõe o conceito a partir dos sujeitos e das atribuições, deixando de lado a explicação gramatical do termo negociação, dando-o como previamente compreendido pelo leitor.

² Convenção 154, ratificada pelo Brasil em 10/07/1992, que versa sobre a promoção da negociação coletiva, bem como sobre o mesmo tema as convenções nsº 98 e 151 e recomendação nº 159.

³ Todas as negociações que têm lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, por uma parte, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, por outra, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; c) regular as relações entre empregadores e suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores ou conseguir todos esses fins de uma vez. (Tradução do autor)

Entretanto, para melhor compreensão, faz-se necessária a definição exata da expressão negociação que, nas palavras do professor doutor Brito Filho (2000, p. 176), constitui-se “processo de diálogo ou de entendimento que as partes travam”, sendo a negociação coletiva, “processo de entendimento entre empregados e empregadores visando à harmonização de interesses antagônicos com a finalidade de estabelecer normas e condições de trabalho” (Ibidem, p. 176).

Segue-se a linha de raciocínio proposta pela OIT e passa-se à análise do conceito. Segundo a convenção da parte dos empregadores, os sujeitos são variados, podendo ser um único empregador, vários, uma ou mais organizações que os representem. Do lado dos trabalhadores, os sujeitos limitam-se às organizações de trabalhadores sozinhas ou em grupos. No que respeita à finalidade, há duas: a fixação de condições individuais de trabalho e o estabelecimento das condições para o relacionamento entre aqueles que se encontram engajados nas relações coletivas de trabalho.

No Brasil, é constitucionalmente garantida a prerrogativa dos sindicatos para a negociação, mantendo, entretanto, a restrição do artigo 611 da CLT à atuação dos demais componentes do sistema confederativo conforme se depreende dos textos transcritos a seguir:

1) Constituição Federal

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

[...]

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

2) CLT

Artigo 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis no âmbito das respectivas representações às relações individuais de trabalho.

[...]

§ 2º As Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos no âmbito de suas representações.

A manutenção dessa restrição vai de encontro aos preceitos da liberdade sindical também insculpidos na Carta Magna, pois inibe a atuação das organizações de grau superior bem como de outros grupos criados para esse fim como as comissões de empresa. Várias manifestações de inconformismo, com tal restrição, foram externadas nos mais diversos trabalhos doutrinários, dentre os quais o do professor Ary Brandão de Oliveira (1992, p. 124) que, ao comentar

as alterações introduzidas na Justiça do Trabalho pela Constituição 1988, manifesta-se nos seguintes termos:

Mesmo reconhecendo a negociação coletiva, mantém-se o monopólio dos sindicatos cuja presença é obrigatória em qualquer negociação de interesses coletivos. Ora, nas legislações mais modernas, também as comissões de trabalhadores são partes legítimas para atuar na negociação coletiva. Isto porque o interesse coletivo não se radica apenas no sindicato. (OLIVEIRA, 1992, p. 124)

Vale ressaltar que no regime de liberdade sindical plena, adotado em diversos países, em especial nos de economia mais avançada, uma vez localizado o conflito, a negociação é, em regra, feita a partir do nível mais baixo, seja ele a comissão de empresa ou o sindicato. Caso a questão seja de interesse de todos os trabalhadores, a transação ocorre sem respeitar os limites da categoria, mas é a conveniência dos interessados e não a lei, como na conjuntura brasileira, que determina o nível de negociação. São partes que elegem a melhor forma de resolução para os seus conflitos. Pois, para Castro (2006, p. 170), “o fim das negociações com duas dúzias ou mais de sindicatos diferentes na mesa só pode trazer benefícios ao movimento e ao trabalhador”.

3.4 CONCLUSÃO

O presente trabalho não tem a pretensão de apontar defeitos, culpados ou apresentar soluções milagrosas sobre o tema. Propõe-se a chamar a atenção para um tema de suma importância para o setor empresarial brasileiro e para a sociedade como um todo, que são os efeitos de legislações que desestimulam a criação de empregos, como é, a nosso, ver a Proposta de Emenda à Constituição número 231. É preciso trazer o debate para o seio das instituições empresariais, a começar pela CNI e mostrar o perigo de alterações do texto constitucional sem qualquer embasamento teórico ou prático que as sustentem.

Não se criam empregos no setor privado com a simples mudança legislativa. Tão pouco se aumentam salários ou a produtividade asfixiando as classes produtivas. A prova cabal do que afirmamos é a enorme informalidade encontrada no Brasil no que diz respeito às empresas e à porcentagem de trabalhadores que, embora trabalhando, não possuem anotações em sua CTPS.

Até hoje a solução encontrada pelos governos centrou-se apenas na punição às empresas flagradas, porém, é preciso olhar além e analisar com cuidado as causas da informalidade já

que os números são sempre colossais: 60% dos trabalhadores sem CTPS e quase um quinto da economia pelos dados do próprio governo através do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴. Acreditamos, entretanto, que o número seja maior. Ressalte-se que em momento algum se cita a carga tributária que equivale a 38% do PIB.

Nesse quadro, o setor empresarial é sempre um alvo fácil e apontado como responsável pelas mazelas ou insucessos governamentais, nunca como parte da solução e parceiro no desenvolvimento.

Mais uma vez é apresentado à sociedade um verdadeiro “cavalo de Tróia” através da PEC 231, como algo benéfico para o país e que, segundo os defensores, proporcionará imediatamente a criação de milhões de empregos devido à redução da jornada e ao aumento da remuneração do labor extraordinário.

Nada mais arriscado e falacioso, já que as experiências no Brasil e no mundo mostraram justamente o contrário. Todas as vezes que se encarecem os custos de contratação há redução imediata na atividade econômica. No Brasil, entretanto, o risco é ainda maior, já que se trata de proposta de alteração da própria Constituição Federal.

Tais assuntos devem ser objeto de negociação entre os sindicatos representantes das diversas categorias econômicas e profissionais que caso a caso e ano a ano ajustam o que lhes melhor aprouver sem o engessamento legal.

A inserção na Constituição Federal de assuntos de caráter transitório ou sujeito às contingências do momento é uma grande armadilha. Citamos como exemplo a Argentina, que quase entrou em guerra civil com o fim da lei de conversibilidade inserida em sua constituição e que mantinha a paridade de um peso atrelada artificialmente ao valor de um dólar americano.

Concluindo, ousar sugerir aos dirigentes dos órgãos representantes do setor industrial, da qual muito orgulhosamente faço parte, a estimular o debate e o esclarecimento da sociedade sobre os riscos embutidos na presente Proposta de Emenda à Constituição. É preciso abrir o debate e participar ativamente dele propondo alternativas, soluções, acima de tudo, apresentando os exemplos externos de insucesso em alterações semelhantes ocorridas no exterior.

⁴ Anuário estatístico 2010 do IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br>.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Dissídio Coletivo**. São Paulo: LTR, 1993.
- AROUCA, José Carlos. **O Sindicato em um mundo globalizado**. São Paulo: Ed. LTR, 2003.
- BATALHA, Sílvia Marina Lobate. **Sindicatos: sindicalismo**. São Paulo: LTR, 1994.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Processual das Coletividades e dos Grupos**. São Paulo: LTR, 1992.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**. São Paulo: Ed. Ltr, 2000.
- CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASTRO, Antonio Escosteguy. **Trabalho, tecnologia e globalização: a necessidade de uma Reforma Sindical no Brasil**. São Paulo: LTR, 2006.
- CATHARINO, José Martins. **Tratado elementar de direito sindical**. São Paulo: Ed. LTR, 1982.
- CORDEIRO, António Menezes. **Convenções coletivas de trabalho e alterações de circunstância**. Lisboa: LEX, 1995.
- _____. **Da pós-eficácia das obrigações**. Lisboa: [s.n.], 1984. 64 p. (Separata de Estudos em honra do Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira).
- FERNANDES, António Monteiro. **Um rumo para as leis laborais**. Coimbra: Almedina, 2002.
- GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. **O sindicato e o processo: a coletivização do processo do trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.
- GONZAGA, Gustavo M.; MENEZES FILHO, Naércio Aquino; CAMARGO, José Márcio. Os efeitos da redução da jornada de trabalho de 48 para 44 horas semanais em 1988. **Rev. Bras. Econ.** [online], v .57, n. 2, p. 369-400, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402003000200003&lng=en&nrm=iso>.

LAIMER, Adriano Guedes. **Proposta de renovação do papel dos sindicatos**. 2002. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

MARTINS, Milton. **Sindicalismo e relações trabalhistas**. São Paulo: Ed. Ltr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Ary Brandão de. **A Constituição de 1988 e as repercussões na justiça do trabalho**. Belém: Ed. CEJUP, 1992.

OLIVEIRA, Fernando Alves de. **O sindicalismo brasileiro clama por socorro**. São Paulo: Ed. LTR, 2001.

PASTORE, José. **O peso dos encargos sociais no Brasil**. 1998. Coleção José Ermírio de Moraes, 1998. (Coleção CIEE, v. 10).

_____. **Encargos sociais**. Implicações para o salário, emprego e competitividade. São Paulo: Ed. LTR, 1997.

_____. **Encargos sociais no Brasil e no exterior**. Uma avaliação crítica. Edição SEBRAE, 1994.

_____. **Reforma sindical: para onde o Brasil quer ir?** São Paulo: Ed. LTr, 2003.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**, 1. ed. 4. tir. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: Ed. LTr, 1978.

VIANA, Márcio Túlio. (Coord.). **A Reforma sindical: no âmbito da nova competência trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

VIANNA, F. J. Oliveira. **Problemas de direito sindical**. São Paulo: Ed. M. Limonad, 1943.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



4 – O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS, A LUZ DA EXPERIÊNCIA CATARINENSE, COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

**CARLOS JOSÉ KURTZ (RELATOR)
RODRIGO DE PAULA STADLER
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA**

4.1 INTRODUÇÃO

Ganha cada vez mais espaço nas discussões ambientais nos dias de hoje a procura de caminhos que visem compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental.

Os instrumentos jurídicos utilizados hodiernamente na regulação dos danos ao meio ambiente, que muitas vezes impõem padrões e limitações aos agentes que atuam nesta seara, não vêm se mostrando eficientes no combate a degradação ambiental. Motivo pelo qual, mostra-se importante a utilização de instrumentos econômicos como o pagamento por serviços ambientais para que haja o estímulo necessário ao comportamento ambientalmente positivo.

Dentro deste panorama, o presente estudo possui como objetivo principal buscar demonstrar a importância do pagamento por serviços ambientais como instrumento de desenvolvimento sustentável, notadamente à luz da Lei Estadual nº.15.133, de 19 de janeiro de 2010, que instituiu a Política Estadual de Serviços Ambientais no âmbito do Estado de Santa Catarina, e que se aplica significativamente as agroindústrias catarinenses.

4.2 A EVOLUÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

Foi a partir dos anos 50 que os debates jurídicos acerca do tratamento dispensado aos recursos naturais se intensificaram, sendo que os conflitos entre a ideia de desenvolvimento econômico e a de preservação do meio ambiente foram postos em discussão em Estocolmo, na Suécia, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente, no ano de 1972.

Todavia, foi somente a partir da década de 1980 que, no Brasil, a legislação ambiental passou a desenvolver-se com maior consistência e celeridade, tendo em vista o fato de que até então as leis não se preocupavam em proteger o meio ambiente de maneira específica e global, apenas cuidando de maneira diluída e na exata medida para atender a exploração feita pelo homem.¹

Dessa forma, a edição da Lei nº.6938, em 31 de agosto de 1981, que ficou conhecida como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, foi considerada um marco no direito ambiental brasileiro, principalmente por trazer em seu conteúdo o conceito legal de meio ambiente, além de instituir o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA e, ainda, estabelecer a obrigação do poluidor de reparar os danos causados ao meio ambiente.²

¹ Cf. MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.119-120.

² Cf. Idem, p.120.

Outro momento importante na evolução do direito ambiental brasileiro foi a edição da Lei nº.7347, em 24 de julho de 1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual repressivo para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nessa esteira, em 1988 veio ao cenário jurídico o mais importante marco na legislação ambiental brasileira, ou seja, a Constituição Federal que, dedicando um capítulo próprio ao assunto (Capítulo VI do Título VIII), em um dos textos mais avançados em todo o mundo³, galgou o meio ambiente ao status de um bem a ser tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em seu art. 225, como a seguir se observa:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E, por fim, o quarto importante marco na legislação brasileira pode ser representado pela edição da Lei nº.9605, de 12 de fevereiro de 1998, que ficou conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais, tendo em vista que dispôs sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.⁴

Desta forma, estas foram as principais legislações ambientais que trataram juridicamente sobre o meio ambiente no Brasil, sendo que posteriormente muitas outras vieram disciplinar assuntos específicos, denotando-se que sempre houve a intenção, pelo menos por parte do legislador brasileiro, em se utilizar de instrumentos repressivos na proteção do meio ambiente.

4.3 OS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO

Nesse ponto, é necessário destacar que todos os princípios, sejam eles do ramo do direito que forem, acabam por delinear as ideias, os pensamentos e os comportamentos científicos necessários para o bom e fiel desenvolvimento e progresso de todo o ordenamento jurídico.⁵

E, como bem considera Roque Antônio Carrazza, “em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna

³ Cf. *Ibidem*, p.121.

⁴ Cf. *Ibidem*, p.121.

⁵ Cf. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

*mais fácil a compreensão ou demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema”.*⁶

Nesse sentido, verifica-se que a já mencionada Lei nº. 6.938/1981, em seu artigo 2º, elencou expressamente os princípios legais que devem reger a Política Nacional do Meio Ambiente e, dentre eles, destacam-se para o desenvolvimento do presente estudo, os princípios da prevenção e da precaução.

Para Édis Milaré, a prevenção é “a prioridade que deve ser dada as medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”⁷ Ou seja, esta ideia indica que se previne o meio ambiente porque se conhece as conseqüências de se continuar ou iniciar determinada atividade ambientalmente nociva.

Já com relação ao princípio da precaução, a Conferência ECO 92, realizada no Rio de Janeiro, determinou em seu princípio 15, que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Portanto, o interessado em se utilizar de um bem ambiental possui o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão conseqüências indesejadas, sendo que a incerteza científica milita em favor do meio ambiente.⁸

No que tange ao princípio da precaução, cumpre verificar ainda que o mesmo não deve ter o intuito de paralisar atividades ou se tornar um obstáculo à pesquisa e ao desenvolvimento de novos projetos, mas apenas ser utilizado como medida para que eventos negativos se reduzam a níveis cada vez menores. É o que entende Paulo Affonso Leme Machado, quando leciona:

*A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta.*⁹

⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31.

⁷ MILARÉ, Édis. op. cit., p.144.

⁸ Cf. Idem, p.145.

⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 56.

Diante dessas considerações, pode-se constatar que a legislação ambiental sempre se preocupou em utilizar instrumentos repressivos no combate ao dano ambiental, o que demonstra uma utilização excessiva do princípio da precaução. Todavia, o estímulo a utilização de instrumentos econômicos como o Pagamento por Serviços Ambientais – PSA, vem ao encontro de uma nova abordagem que prestigia o princípio da prevenção do dano através do incentivo econômico, ou seja, uma espécie de “prêmio” àqueles que efetivamente desenvolvem atividades positivas ao meio ambiente, em detrimento daqueles que já agrediram de alguma forma o meio ambiente.

Desta forma, passamos a análise deste importante instrumento que, ademais, foi instituído no Estado de Santa Catarina através da Lei Estadual nº.15.133/10.

4.4 O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS – PSA

O conceito legal do que vem a ser serviços ambientais foi dado pelo inciso I, do art.3º, da Lei Estadual nº.15.133, no sentido de considerá-las as funções ecossistêmicas desempenhadas pelos sistemas naturais que resultam em condições adequadas à sadia qualidade de vida, constituindo as modalidades de provisionamento e de suporte e regulação.

Desta forma, verificando-se que os efeitos desses serviços ambientais prestados são usufruídos por toda a coletividade, é justo que os seus responsáveis recebam incentivos, nesse caso pela via econômica, em razão da proteção e da preservação do meio ambiente.

E o verdadeiro objetivo que se busca alcançar com a instituição deste importante instrumento econômico ambiental é o de compensar monetariamente o proprietário que, de maneira voluntária, deixar de auferir com a não utilização do bem ambiental, ou seja, com a renúncia dos benefícios de ordem econômica que o bem ambiental poderia lhe proporcionar.

Nesse sentido, para que haja uma coerência na utilização desse instrumento, são as características do próprio bem ambiental a ser protegido que devem ser consideradas, para que então sejam estabelecidos determinados parâmetros com vistas ao efetivo pagamento pelos serviços ambientais prestados.

4.4.1 Parâmetros para o pagamento dos serviços ambientais à luz Lei Estadual Catarinense nº.15.133/10

Para haver o efetivo pagamento pelos serviços ambientais, a Lei Estadual Catarinense nº.15.133/10 determinou que devem ser consideradas as características em que estes serviços são prestados, ou seja, a idéia da sua relevância ao meio ambiente como um todo, sobretudo no que concerne ao seu grau de essencialidade, considerando a função ecológica que o bem ambiental exerce dentro do bioma em que está inserido.

E essa preocupação ocorre em razão de que alguns bens ambientais, como por exemplo, os recursos hídricos, merecem um tratamento diferenciado em relação a outros bens ambientais, tendo em vista a sua importância, vantagem e o grau de sua essencialidade às presentes e futuras gerações, na linha do comando constitucional estabelecido no art.225 da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, dentro desse conceito de relevância dos serviços prestados em favor ao meio ambiente, a Lei Estadual nº.15.133 bem considerou no §1º do art.8, que o projeto a ser apresentado ao órgão competente e responsável por implementar o Programa Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais – PEPSA, deve demonstrar:

- a) com relação ao bem ambiental, a sua essencialidade dentro do bioma em que está inserido, assim como a importância da sua função ecológica;
- b) com relação ao prestador do serviço, a sua condição social, quando se tratar de pessoa física, e os seus atos constitutivos, quando se tratar de pessoa jurídica;
- c) com relação ao serviço, a sua relevância, através dos aspectos comparativos entre a importância da sua prestação e as características do seu entorno, assim como os resultados positivos e o ganho ambiental efetivo auferido com o serviço ambiental.

Diante da análise desses critérios legais, nota-se que a intenção do legislador catarinense foi a de dar uma maior atenção tanto àqueles bens ambientais que possuam significativa importância dentro de um determinado bioma, com a demonstração de aspectos comparativos, quanto àqueles prestadores que efetivamente necessitem desses recursos para que possam manter o meio ambiente preservado e protegido.

Da mesma forma, nota-se a preocupação em que seja demonstrado a relevância do serviço ambiental a ser prestado. E essa preocupação ocorre em razão da necessidade de que seja realizado um contraponto ao que determina o princípio da precaução, que, no entender de Edis

Milaré, “é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta (...) Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos.”¹⁰

O que se pode observar é que o princípio da precaução, como qualquer outro princípio dentro de um ordenamento jurídico, deve ser utilizado de maneira parcimoniosa, e não de maneira absoluta, sob pena de desequilibrarmos a balança da Justiça que jamais deve fazer prevalecer um valor, mesmo que fundamental, sem que o mesmo seja ponderado com outro também de importante valor, como é o princípio do desenvolvimento nacional, insculpido no art. artigo 3º¹¹ da Constituição Federal de 1988, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Portanto, nasce aí a idéia da necessidade de um desenvolvimento nacional que seja realizado de maneira sustentável, ou seja, de acordo com a preservação do meio ambiente.

E é nesse cenário que instrumentos econômicos como o pagamento por serviços ambientais ganham destaque, porque possuem o intuito, como já considerado anteriormente, de incentivar a proteção ao meio ambiente através de uma remuneração a todos aqueles que prestem serviços, considerando a relevância e a essencialidade do bem ambiental a ser preservado.

No tocante ao pagamento pelos serviços ambientais propriamente dito, verifica-se que os valores referidos pela Lei Catarinense devem ser destinados a colaborar no custeio de tudo aquilo que o prestador do serviço venha a despendar para preservar o bioma.

E essa idéia é traduzida no que determina o inciso II, do art.3º da Lei Estadual nº.15.133, quando estabeleceu a necessidade de haver uma retribuição, podendo ser ela monetária ou não, referente às atividades humanas de preservação, conservação, manutenção, proteção, restabelecimento, recuperação e melhoria dos ecossistemas que geram serviços ambientais, amparados por programas específicos. Ou seja, a adoção deste instrumento vem ao encontro da idéia de que não basta ao Estado apenas cobrar daquele que polui ou degrada o meio ambiente, e sim destinar recursos a quem garanta e promova serviços que beneficiem o meio ambiente de maneira voluntária.

¹⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 824.

¹¹ “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)

E é nesse ponto que os benefícios promovidos pela Lei Catarinense aplicam-se aos produtores que contribuem ao desenvolvimento das agroindústrias catarinenses.

E, para que haja um continuado pagamento pelos serviços ambientais, a aludida lei estabeleceu a realização de uma avaliação periódica dos serviços, devendo o monitoramento ser efetuado pela EPAGRI¹² e pela FATMA¹³, assim como por entidade técnico-científica credenciada pelo Estado e adequada às características do bioma que se queira preservar.

Ademais, esse acompanhamento, conforme determina a lei, deve ser realizado através da implementação de um Sistema de Informações Gerenciais para controle, monitoramento e avaliação dos serviços ambientais, com a criação de um Cadastro Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais.

4.5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, foi possível constatar que uma das principais discussões no mundo hoje é saber como compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental. Neste contexto, verificou-se que os instrumentos repressivos utilizados até os dias de hoje pelo direito ambiental para o combate ao dano ambiental não vem se mostrando eficientes.

Neste sentido, a implementação de mecanismos jurídicos preventivos para a proteção do meio ambiente mostra-se como uma medida importante, como é o exemplo da Lei Estadual nº.15.133, de 19 de janeiro de 2010, que instituiu a Política Estadual de Serviços Ambientais no âmbito do Estado de Santa Catarina, que, ademais, aplica-se as agroindústrias catarinenses.

Portanto, foi dentro da idéia da relevância e da essencialidade do bem ambiental a ser protegido que o presente estudo buscou demonstrar que a atuação do Estado perante o meio ambiente pode se aproximar aos objetivos idealizados pela Constituição Federal de 1988 que, ao mesmo tempo em que prestigia o desenvolvimento econômico, impõe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

¹² Conforme expõe seu site na internet (WWW.epagri.sc.gov.br), a **EPAGRI - Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina**, presta serviços de Extensão Rural e Assistência Técnica nos 293 Municípios do Estado de Santa Catarina, sendo que o agricultor encontra em todos os municípios orientações sobre produção agropecuária, pós-colheita e orientações sobre comercialização, administração rural, organização dos produtores, crédito orientado, educação ambiental e educação sanitária.

¹³ FATMA – Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



**5 – IMUNIDADE CONSTITUCIONAL
DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS
TEORIA E PRÁTICA**

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

5.1 INTRODUÇÃO

Os serviços sociais autônomos pela natureza das atividades que desenvolvem gozam de imunidade tributária aos impostos, assegurada pelo art. 150, VI, 'c', da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF.

No entanto, entre o que reza o princípio constitucional e a prática, há inúmeras questões que merecem melhor análise, para que de fato não haja a incidência de impostos sobre os bens, serviços e renda destas entidades.

Neste contexto, a proposta deste trabalho é analisar o dispositivo constitucional e a sua aplicação no dia-a-dia, em especial, do Serviço Social da Indústria - SESI e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, demonstrando que o direito constitucional por si só não assegura a imunidade, que depende de outras providências para sua efetividade¹.

Assim, primeiramente analisaremos os serviços sociais autônomos como beneficiários da imunidade e da isenção tributária e depois questões práticas para a garantia deste direito constitucional.

5.2 NATUREZA JURÍDICA DO SESI E DO SENAI

Antes de adentrarmos diretamente ao tema é mister esclarecer a natureza jurídica do SESI e do SENAI, para o devido enquadramento no art. 150, VI, 'c', da CF. O SESI - SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA é um serviço autônomo, criado por lei e regulamentado por decreto. Trata-se de entidade de *assistência social* sem fins lucrativos, que exerce atividades de bem estar social, objeto do próprio Estado, conforme se depreende do art. 1º, do Decreto nº 57.375, de 02/12/1965:

Art. 1º O Serviço Social da Indústria (SESI), criado pela Confederação Nacional da Indústria, a 1º de julho de 1946, consoante o Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho do mesmo ano, tem por escopo estudar planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida

¹ “Em primeiro lugar, é preciso determinar o que se quer fazer, definir o resultado que se pretende obter. Só depois de definido o objetivo da ação é que se procuram os meios para conseguir esse resultado. E a função do jurista é a de fornecer aqueles meios de atuação (estruturas jurídicas) para obtenção de um resultado predeterminado”. BECKER, Alfredo Augusto Becker. *Carnaval Tributário*. 2. Ed. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 125. Citação original de J. Haesaert, *Théorie Générale Du Droit*.

no país, e bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito da solidariedade entre as classes [...]

Assim como o SESI, o SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI - é um serviço autônomo, criado por lei, regulamentado por decreto. Veja-se o art 1º, do Decreto nº 494, de 10/01/1962:

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

- a) realizar, em escolas instaladas e mantidas pela Instituição, ou sob forma de cooperação, a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição, nos termos de dispositivo constitucional e da legislação ordinária;*
- b) assistir os empregadores na elaboração e execução de programas gerais de treinamento do pessoal dos diversos níveis de qualificação, e na realização de aprendizagem metódica ministrada no próprio emprego;*
- c) proporcionar, aos trabalhadores maiores de 18 anos, a oportunidade de completar, em cursos de curta duração, a formação profissional parcialmente adquirida no local de trabalho;*
- d) conceder bolsas de estudo e de aperfeiçoamento e a pessoal de direção e a empregados de excepcional valor das empresas contribuintes, bem como a professores, instrutores, administradores e servidores do próprio SENAI;*
- e) cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividades assemelhadas.*

O SESI tem por escopo essencialmente a assistência social e o SENAI fins precípuos de educação. Ambos desempenham papel de amparo ao trabalhador, consistindo em verdadeiro ente de apoio ao poder público e essencial na prestação de serviços à comunidade. São instituições de utilidade pública, com natureza jurídica de entidade paraestatal de cooperação com o Poder Público na realização de atividades técnicas, científicas, educacionais, assistenciais, com administração e patrimônio próprios. São regidos pelo direito privado.

Tratam-se de instituições de utilidade pública, o que resulta da sua própria natureza, pois, a nova ordem constitucional, instaurada em 1988, consagrou os entes de cooperação e a para-administração, distinguindo-os da administração direta, indireta (autarquias, empresas públicas e mistas) e fundacional (fundações públicas).

A Carta, 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, evidencia que, a organização administrativa estatal, além da administração direta, 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.

Assim, o SESI e o SENAI têm natureza jurídica de entidade paraestatal de cooperação com o Poder Público, 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, desempenham serviços outorgados por lei pela administração pública. Hely Lopes Meirelles classifica os serviços sociais autônomos da seguinte maneira:

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.²

E conclui, o grande mestre: “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 beneficiários³”.

Deixando de lado os grandes debates sobre a natureza jurídica, o que mais importa para o presente estudo é que podemos enquadrar o SESI e o SENAI como instituições de assistência social e de educação respectivamente, para usufruírem da imunidade constitucional aos impostos, cuja efetividade se busca.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 665-666.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. citada, p. 338.

5.3 ISENÇÃO E IMUNIDADE

5.3.1 Isenção

Não obstante a imunidade assegurada pela Constituição Federal que veremos logo adiante, não se pode desprezar as regras existentes antes da Carta Magna, que já asseguravam aos serviços sociais autônomos “a mais ampla isenção fiscal”. Neste ponto vale lembrar que a imunidade é a dispensa constitucional da incidência e que a isenção a dispensa infraconstitucional de um determinado tributo.

O Decreto nº 57.375, de 02/12/1965, que aprova o Regulamento do SESI, é claro quanto a sua isenção fiscal, como se depreende do dispositivo que segue:

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 10/01/1962, que aprova o Regimento do SENAI, traz redação muito similar: “Art. 9º. Os bens e serviços do SENAI gozam da mais ampla isenção fiscal.” A Lei nº 2.613, de 23/09/1955, assim como os artigos citados, consignam expressamente que o SESI e o SENAI, assim como outros serviços sociais autônomos, já gozavam da “mais ampla isenção fiscal”, conforme se arts. 12 e 13 abaixo transcritos:

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, 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 isenção fiscal, que vem a ser mais uma garantia para evitar a incidência tributária, afinal tendo sido criados para desenvolverem funções que inicialmente seriam do Estado, realmente não teria sentido serem obrigados a recolher tributos para o Estado como qualquer empresa.

Desta maneira, 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 pelas normas supracitadas. Vale salientar que estes normativos continuam em pleno vigor, pois, não foram afastados⁴. Existem ainda outras leis que concedem isenções específicas de determinados tributos⁵.

Mas, não obstante os dispositivos específicos das próprias entidades já assegurarem a isenção fiscal, a CF, deixou clara a imunidade a impostos para entidades desta natureza, conforme expressamente consta no inciso VI, do art. 150, c, do Texto, que será tratado no próximo tópico.

5.3.2 Imunidade

Não há na Constituição Federal uma imunidade tributária específica para os serviços sociais autônomos, mas um dispositivo que garante este princípio a diversas entidades, dentre as quais as de assistência social e educação, sem fins lucrativos, categorias nas quais se enquadram o Sesi e o Senai. Para melhor compreensão, segue 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

⁴ "Vige o princípio da presunção de validade da normal, pelo qual uma lei presume-se válida até prova em contrário". BERNI, Cheryl. **Restituição de Tributo Inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 61.

⁵ 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.

“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 SENAI⁶.

Para Ricardo Lobo Torres esta imunidade “é um dos aspectos da proteção do mínimo existencial. O art. 150, VI, c protege a educação, a cultura, a saúde e a assistência social, que, em sua expressão mínima, constituem direitos humanos inalienáveis e imprescritíveis, ainda que implícitos no elenco do art. 5º do texto básico”⁷. Aires F. Barreto e Paulo Ayres Barreto acentuam:

As instituições educacionais e de assistência social privadas, por sua vez – embora pessoas de direito privado –, exercem, sem intuito lucrativo, atividades de colaboração com o Estado, em funções cujo desempenho é, em princípio, sua atribuição (arts. 203, 205 e 208 da CF). Também aqui transparece o escopo do constituinte: impedir que sejam onerados, por via de impostos, tanto os organismos vitais para o funcionamento do governo republicano, como as instituições que desempenham – em proveito da coletividade – funções que, a rigor, o Estado deveria cumprir [...] Instituição de assistência social é aquela cujo objeto social, descrito no respectivo estatuto, envolve um ou mais dos fins públicos referidos pela Constituição, isto é, o e colaborar com o Estado na realização de uma obra social para a coletividade⁸.

Assim, independente das normas infraconstitucionais que asseguram a isenção e que defendemos recepcionadas pela CF, essa assegurou a imunidade a impostos para as entidades objeto deste trabalho. Vale ressaltar que quanto aos sindicatos a norma restringiu o direito ao dos trabalhadores, portanto, excluídos os patronais.

Mas, o próprio mandamento constitucional traz condições para o exercício do direito, daí se extrai que citar tão somente o referido dispositivo para obter a imunidade não é suficiente. Assim, é importante muita atenção por parte daqueles a quem cabe garantir o direito no dia-a-dia. Vejamos então as condições que o próprio art. 150, VI, ‘c’ e § 4º da CF:

- a) só se aplica a impostos, portanto, eventual imunidade ou isenção as taxas e contribuições não tem fundamento neste dispositivo;
- b) só abrange os impostos que incidem sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições, relacionados com as suas finalidades essenciais;

⁶ AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 149.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário** Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isenomsias. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v III. p.253.

⁸ BARRETO, Aires. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 13-63.

c) atendidos aos requisitos da lei.

Desta forma é preciso comprovar a condição de instituição de assistência social do Sesi e de educação do Senai e que os mesmos não possuem fins lucrativos, isto se faz com a juntada dos decretos das entidades. No entanto, em alguns casos são solicitados ainda documentos contábeis, nesses não há óbice que se junte ao processo para comprovar a condição, mas, pela própria natureza das entidades estas não têm fins lucrativos.

Registra-se que não tratamos neste trabalho da imunidade às contribuições sociais, prevista no art. 195, § 7º da CF porque dirigida a entidades beneficentes de assistência social e não há consenso se o Sesi e o Senai se enquadram neste conceito, haja vista que não prestam serviços só a pessoas carentes⁹.

Posto isto, é preciso analisar ainda se o imposto que se pretende evitar a incidência, incide sobre o patrimônio, a renda ou os serviços das instituições. Vejamos então exemplos práticos de imunidade a ser assegurada.

5.4 IMPOSTOS MUNICIPAIS: IPTU E ISS

Uma das questões que mais suscita a imunidade a impostos é com relação à cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU e do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Na prática os municípios cobram o IPTU e o ISS e cabe aos representantes das entidades resguardarem que a limitação constitucional ao poder de tributar seja cumprida. O primeiro passo é se certificar que a entidade está cadastrada corretamente junto aos órgãos públicos, em códigos que realmente lhes garantam a imunidade, chamada por muitos municípios de “isenção”, o que ao final produz o mesmo resultado, porque em uma ou em outra condição, isento ou imune, não será cobrado o imposto. Já vimos casos do despachante cadastrar o Sesi como empresa e nesta condição realmente é mais difícil garantir o direito à imunidade.

⁹ Na obra citada, p. 63, Barreto esclarece: “Mais do que entidade de assistência social, tem ela que ser beneficente. Esse vocábulo tem por fim deixar patente que a instituição deve assistir carentes e necessitados, provendo uma ou algumas de suas (destes) necessidades (assistência médica, odontológica, jurídica). Ter atuação que vise à proteção da família ou amparo à velhice, a crianças e adolescentes carentes. Colaborar com o Estado em outros campos, seja promovendo a integração de pessoas ao mercado de trabalho, seja viabilizando a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, seja proporcionando sua integração à vida comunitária. É instituição de assistência social a que dedicar-se a um ou alguns desses misteres. E é beneficente aquela que dedicar parte dessas atividades ao atendimento gratuito envolva grandes percentuais.... Qualquer que seja esse percentual, exceto se absolutamente ínfimo, insignificante, há o caráter beneficente. Aliás, pequeno que seja esse percentual, será sempre um auxílio ao Estado, em missões que lhe competem”.

Portanto, é no cadastramento que começa o processo de reconhecimento da imunidade. Em muitos casos, o cadastro correto já assegura a imunidade, pois se no cadastro constou entidade de assistência social, imune ou isenta, muitas vezes nem é lançado o imposto.

Verifica-se 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 assim, é preciso provar que a entidade se enquadra nas regras de imunidade. Procedimentos administrativos junto aos órgãos da União, dos Estados e dos Municípios, são imprescindíveis para se evitar as cobranças indevidas.

No caso do IPTU quase todo município exige um pedido prévio de imunidade de cada imóvel para declará-lo imune. Assim, é preciso ficar atento às regras locais, pois observá-las pode evitar uma ação judicial sobre a questão (o direito que previne é sempre melhor). É importante ainda esclarecer aos envolvidos nestas questões que normalmente o lançamento tributário do IPTU vem no carnê e que o mesmo precisa ser impugnado no prazo legal, ou seja, caso não se tenha o cadastro correto, a declaração prévia de imunidade, poderá haver lançamento tributário contra as entidades e se isto ocorrer é preciso promover a defesa ainda na fase administrativa.

Ainda dentro do âmbito da imunidade ao IPTU há a questão do imóvel alugado ou vazio. Há municípios que entendem que nestas condições não caberia a imunidade, mas felizmente esta posição tem sido rechaçada pelo Poder Judiciário, que tem entendido que a imunidade ao IPTU cabe inclusive nesses casos, que o aluguel reverteria em renda para entidade e que os imóveis vazios, mesmo nesta condição, atendem aos fins da entidade. Veja-se jurisprudência acerca da questão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE. ENTIDADE ASSISTENCIAL. IPTU. O caráter benemérito da recorrida jamais foi questionado pelo recorrente, devendo-se presumir que todo seu patrimônio, bem como o produto de seus serviços está destinado ao cumprimento de seu mister estatutário. As instâncias ordinárias assentaram que os imóveis em questão encontram-se vagos, em razão de a recorrida ainda não ter arrecadado recursos suficientes para construir prédios destinados ao cumprimento de sua função institucional, descartando a hipótese de desvirtuamento de seus fins. Premissa que não pode ser desconstituída, nesta sede extraordinária, ante a necessidade do reexame de fatos e provas (Súmula STF nº 279). Recurso extraordinário não conhecido". (Recurso Extraordinário nº 251772/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, julgamento 24/06/2003, publicação 29/08/2003)

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - SERVIÇO NACIONAL DA INDÚSTRIA (SESI) - ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - IPTU - IMUNIDADE SOBRE TRIBUTOS (CF, ART. 150, VI, "C") - NULIDADE DE LANÇAMENTO PROCLAMADA - RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS, PARCIALMENTE, MAIORIA.

1 - [...]

2 - no contexto, pois, atendidos os requisitos de lei, a imunidade se auto-proclama, vedada, destarte, a tributação.

3 - o Serviço Nacional da Indústria é uma entidade de assistência social, a teor da legislação regente, sem fins lucrativos, tem por objetivo o bem-estar social, a melhoria de vida, saúde, educação e o aperfeiçoamento moral e cívico de sua coletividade.

4 - os imóveis de seu domínio, ainda que não vinculados, no momento, ao seu propósito essencial, nem por isso perdem a imunidade, ademais, podendo a qualquer momento, nos precisos da conveniência ou oportunidade, integrá-los aos fins respectivos. (Apelação Cível e Remessa Ex-officio nº 1999.01.1.007604-2/DF, Relator Des. Eduardo de Moraes Oliveira, 1ª Turma Cível do TJDF, julgamento 12.02.2001, publicação 27.06.2001)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, 'c' e § 4o, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 357175/MG, 2ª turma STJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento 23/10/2007, Publicação 14/11/2007)

O STF já sedimentou o entendimento da imunidade do Sesi e do Senai não só ao IPTU, como também ao ISS:

A IMUNIDADE FISCAL DO Sesi ABRANGE IMPOSTOS LOCAIS". (RE 5503, Relator Ministro Victor Nunes, 2ª Turma do STF)

[...]

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. CF, ART. 150, VI, C. SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIVERSÃO PÚBLICA.

A renda obtida pelo SESC na prestação de serviços de diversão pública, mediante a venda de ingressos de cinema ao público em geral, é aproveitada em suas finalidades assistenciais, estando abrangida na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Carta da República. Precedente da Corte: RE 116.188-4. Agravo Regimental improvido.” (Agravo em AI 155.822-0/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Agravante Município de São Paulo, Agravado: SESC; 1ª Turma, 20.09.94)¹⁰.

Mas no caso do ISS ainda há outras questões a serem superadas. Para melhor ilustrar, já vimos casos em que, a princípio, a administração municipal concedeu a imunidade do SESI ao ISS somente nos serviços de saúde, mas não em relação aos shows e academia. Nestas situações é preciso deixar muito claro que não obstante possa parecer que show e academia são atividades alheias ao objeto da instituição, são de fato atividades diretamente ligadas à cultura, lazer e à saúde, todos objetivos diretos do SESI. No processo administrativo no Município de Barra Mansa nº 11820/09 provamos isto e revertemos o indeferimento inicial da imunidade.

Quanto ao SENAI a imunidade de seus cursos é clara, no entanto, as atividades de consultoria já ensejam uma fundamentação mais profunda que ligue o serviço ao objetivo do SENAI, que também inclui a questão científica.

5.5 IMPOSTOS ESTADUAIS E DA UNIÃO

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 judiciais¹¹.

O Estado do Rio de Janeiro entende que entidades como o SESI e o SENAI não têm imunidade ao ICMS, porque este imposto não incide sobre o patrimônio, renda ou serviços, mas sobre a circulação de mercadoria, mesmo que realizada por entidade imune. O STF já tem precedentes que são favoráveis a não incidência, mas deverá resolver a

¹⁰ SOCAL, Hortência Cristina C. **Imunidade Tributária**. Rio de Janeiro, Esplanada: ADCOAS, 1996. (Série Jurisprudência), p. 185.

¹¹ 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.

questão, em repercussão geral, ao julgar o caso abaixo:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DE GRUPO PROFISSIONAL (ADVOGADOS). CARACTERIZAÇÃO COMO ENTIDADE BENEFICENTE. EXTENSÃO ÀS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – ICMS. PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. Recurso extraordinário em que se discute a aplicação da imunidade tributária conferida às entidades beneficentes de assistência social (art. 150, VI, c da Constituição) às operações de venda de medicamentos por instituição voltada à concessão de benefícios a classe profissional (advogados). Repercussão geral da matéria constitucional versada reconhecida. (RE 600010 RG/SP, REPERCUSSÃO GERAL, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 11/03/2010, DJe-050 DIVULG 18-03-2010)

Na mesma linha, de que a imunidade vai além da incidente diretamente sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, há jurisprudência pela impossibilidade de se cobrar destas entidades o IOF, IPI, Imposto de Importação, dentre outros impostos:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IOF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A parte impetrante, como entidade de assistência social sem fins lucrativos, conforme demonstram os documentos juntados à inicial, especialmente seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 57.375/65, está amparada pelo art. 150, VI, 'c', da Carta Política. (...)

Quanto à abrangência da imunidade tributária, prevista no texto constitucional, a maioria dos argumentos apresentados pela União já foram objeto de análise pelo E. Supremo Tribunal Federal, tendo a Suprema Corte decidido que o benefício da imunidade prevista no art. 150, VI, 'c', da CF/88, abrange os rendimentos auferidos em aplicações no mercado financeiro, não sendo legítima a cobrança de IOF sobre o resultado de aplicações financeiras das instituições de assistência social, desde que a renda seja aplicada nas suas finalidades essenciais. (STF – 1ª Turma, RE nº 241.090-8/SP, rel. Min. Moreira Alves, in DJ 26/04/2002). Provimento do recurso”. (Apelação em Mandado de Segurança 1999.02.01.048602-4, Apelante SESI-RJ, Apelada União Federal, 4ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Des. Benedito Gonçalves, Julgamento 10/02/2003, Publicação 11/07/2003)

[...]

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. *IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – SESI - ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI - IMPORTAÇÃO DE DOIS APARELHOS PARA EXAMES MÉDICO-HOSPITALARES (ECÓGRAFOS COM ANÁLISE ESPECTRAL DOPLER) – PATRIMÔNIO DA IMPETRANTE.*

[...]

II – O SESI é, indiscutivelmente, instituição de assistência social, vez que se trata de serviço social autônomo, integrante da Administração Pública Indireta, cuja razão de existir somente se justifica para os fins de prestar assistência ou ministrar ensino a certas categorias ou grupos sócio-profissionais;

III – O equipamento médico-hospitalar constante das Declarações de Importação nº 97/0867137-1 e 97/0863674-6, cuja destinação corrobora a natureza assistencial da Impetrante, e que lhe vem integrar o patrimônio, não pode ser hipótese de incidência do IPI, face à sua imunidade tributária;

[...] (Recurso Extraordinário nº. 483.119, Relator Min. Ayres Britto, Recorrente: União Federal, Recorrido: Serviço Social da Indústria – SESI-RJ, Julgamento: 04/08/2009; Publicação: 08/09/2009)

Para deixar ainda mais clara e comprovada a condição especial do SESI e do SENAI, seria importante a obtenção do *Título de Utilidade Pública Federal*, quem vem a ser o reconhecimento do Estado aos relevantes serviços prestados pelas sociedades civis, associações e as fundações constituídas no País, que servem desinteressadamente à sociedade. A certificação reforçaria o direito à imunidade¹².

5.6 CONCLUSÃO

O Estado brasileiro atribuiu ao SESI a importante missão de executar atividades 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.

Ao SENAI, em vista de sua condição de entidade de ensino profissionalizante, 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.

¹² Site do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/CFDD/main.asp?View={804631FB-A577-456F-B272-615ECB9104CB}>>.

No início SESI e SENAI eram mais voltados para a indústria, no entanto, as entidades foram ganhando tal importância e magnitude que atualmente, é indiscutível que exercem um papel que vai além, formam cidadãos e profissionais em todos os aspectos e não só os ligados à indústria. Comunidades inteiras são beneficiadas pelos seus serviços.

Desenvolver estes 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.

Em geral, a imunidade e a isenção da maioria dos tributos são reconhecidas para estas entidades, mas há questões importantes que ainda precisam ser enfrentadas e difundidas, para que as mesmas não tenham os recursos indispensáveis à consecução de seus objetivos reduzidos¹³.

Este trabalho não tem o propósito de solucionar todas as questões relacionadas à imunidade tributária, até pela sua limitação de páginas, mas pretende lançar argumentos para suscitar o debate, para que na prática as atividades dos serviços sociais autônomos sejam imunes à tributação¹⁴.

¹³ “... somos nosotros los juristas quienes debemos estar em 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. In *Justiça Tributária. 1º Congresso Internacional de direito tributário – IBET*. São Paulo: MAX Limonad, 1998, p. 319.

¹⁴ “... a estrutura jurídica só será instrumento de convivência social na medida de sua praticabilidade. Todo o esforço do jurista consiste precisamente em criar esse instrumento praticável... A estrutura jurídica é criada para resolver e harmonizar conflitos e situações sociais deste mundo real não para um mundo ideal”. Alfredo Augusto Becker, op. citada, *Carnaval Tributário*, p. 125.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1988.
- BARRETO, Aires. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. São Paulo: Dialética, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 1998, p. 385.
- BERNO, Cheryl. **Restituição de tributo inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. **Código tributário nacional**. Brasília, DF: Senado Federal,
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Ministério da Justiça. Disponível em: <www.mj.gov.br/>.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João Vasconcelos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**, São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. Justiça Tributária. In: **Justiça Tributária**. 1º Congresso Internacional de direito tributário – IBET. São Paulo: MAX Limonad, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, [s.d.].

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro. (Coleção Universidade de Bolso)

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

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**. 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET. São Paulo: MAX Limonad, 1998.

SOCAL, Hortência Cristina C. **Imunidade tributária**. Rio de Janeiro: ADCOAS, 1996. (Série Jurisprudência)

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



6 – LEI DO PISO SALARIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: REFLEXÕES E IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO SETOR INDUSTRIAL

**DIOGO DE SOUZA E MELLO
JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO**

6.1 INTRODUÇÃO

6.1.1 Relevância do tema

O setor industrial é o braço forte catalisador do crescimento do país e que permanentemente enfrenta novos e dinâmicos desafios na sua longa jornada de desenvolvimento.

Este estudo embrionário tem como objetivo analisar parte desses importantes desafios, especialmente focado no ente federativo que representa o segundo maior pólo industrial do país, qual seja o Estado do Rio de Janeiro, analisando e fazendo uma reflexão dos impactos no setor industrial oriundos da política de governo local na gestão do piso salarial estadual

Fator de destaque no panorama da indústria nacional é que após uma década de mudanças tecnológicas e institucionais que transformaram o modelo de crescimento e abriram a indústria brasileira ao competitivo mercado internacional, a discussão sobre os rumos do desenvolvimento industrial ganha espaço e importância no debate econômico e social do Brasil.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos tecnicamente questões de Direito Constitucional e Processual Civil, bem como a análise do cenário da indústria e o papel das entidades SESI e SENAI, da seguinte forma:

- a) Uma Análise do Setor Industrial no Estado do RJ
- b) Da Importância e Justificativa da Lei do Piso Estadual
- c) Alcance e Impactos da Lei do Piso nas Relações de Trabalho
- d) Análise Jurídica da Inconstitucionalidade da Lei do Piso
- e) Reflexos no Direito do Trabalho
- f) Da Representação de Inconstitucionalidade da FIRJAN
- g) Do Amicus Curiae
- h) Conclusão

Dentro deste contexto, o presente trabalho demonstrará não apenas a inconstitucionalidade da lei do piso, mas também que o setor industrial precisa arrancar toda e qualquer âncora que retarde o seu crescimento, como garantia fundamental da preservação do emprego e desenvolvimento social.

6.2 UMA ANÁLISE DO SETOR INDUSTRIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Das atividades industriais implantadas e em implantação o setor mais importante é o petrolífero, que gera a maior parte das receitas seja através dos impostos e dos royalties, seja devido às exportações. A sede da PETROBRAS fica no Rio, além da Refinaria Duque de Caxias, além dos campos exploratórios de gás e petróleo, das novas bacias do pré-sal e do COMPERJ (Complexo Petroquímico do Estado do Rio de Janeiro) em Itaboraí, que já está em construção. Além disso, há a refinaria de Manguinhos e o Pólo Gás-Químico de Duque de Caxias.

Outro setor forte é o sidero-metalúrgico. Além da CSN, tradicional siderúrgica de Volta Redonda, a COSIGUA, na Zona Oeste do Rio é uma importante siderúrgica com base em sucata. O conglomerado alemão Thyssen Krupp, associado à CVRD inaugurou uma importante siderúrgica (CSA) em Santa Cruz, com investimentos de mais de 8 bilhões. Em Resende e Porto Real há um complexo metalúrgico graças às fábricas da MANN Caminhões e da PEUGEOT-CITRÖEN, pois em função dessas duas, várias empresas parceiras ali se instalaram. Ao longo da via Dutra, na Baixada Fluminense há várias metalúrgicas, também cresce o setor de cosméticos. O Rio concentra várias grandes empresas do segmento como L’Oreal, Embeleze, Niely e Suissa. Somente Nova Iguaçu possui cerca de 30 empresas de cosméticos.

Empresas de vários segmentos têm-se instalado no RJ, tais como o Jornal O Globo e o Carrefour, aproveitando a privilegiada localização do RJ e seus municípios, O maior parque industrial do Rio de Janeiro fica no município de Caxias, tendo empresas cadastradas como Texaco, Shell, Esso, Ipiranga, White Martins, IBF, Transportes Carvalhão, Sadia, Ciferal, entre outras.

No cadastro industrial da FIRJAN, Duque de Caxias ocupa a segunda posição em número de empregados no Rio de Janeiro e a terceira em número de estabelecimentos, atrás apenas da própria capital e de Petrópolis. Em São João da Barra, norte do estado, está sendo construído o complexo do Porto do Açú, um empreendimento da LLX logística. Tal empreendimento irá dinamizar toda a região, gerando empregos elevando desenvolvimento econômico. Na retroárea do complexo será construída uma Zona Industrial, com uma área de 7.800 hectares, projetada para abrigar um pólo industrial que incluirá: um terminal para minério de ferro, plantas de pelotização, usinas termoeletricas, um complexo siderúrgico e um pólo metal-mecânico.

O Rio de Janeiro é hoje o terceiro exportador de rochas ornamentais do país. As regiões norte e noroeste do estado possuem condições amplamente favoráveis para a ampliação desse setor. Outro setor importante no Rio: o estado sedia 95% da produção de lentes para óculos no mercado brasileiro.

No Estado fluminense estão as duas únicas usinas nucleares do país e a terceira já está em fase licitatória. Angra 3 terá potência elétrica de 1.350 MW. Somada às outras duas unidades (Angra 1 e Angra 2) produzirá energia suficiente para suprir uma cidade como o Rio de Janeiro. Ou seja, o Rio de Janeiro é o principal pólo energético do país, pois congrega petróleo, gás e energia nuclear.

O setor naval voltou a crescer, principalmente devido às encomendas de PETROBRAS que voltou a encomendar plataformas e navios no país. Também agregado à Petrobras, o setor de produção de peças para exploração de petróleo vem crescendo bastante no estado. A empresa alemã Schulz já iniciou a construção de sua terceira unidade no Brasil. A nova fábrica será instalada no mesmo terreno em que estão as outras duas plantas, em Campos, na Região Norte do estado. O Rio conta com 648 empresas fornecedoras da cadeia de petróleo e novos investimentos estão sendo planejados para os próximos anos.

Outras empresas planejam novos investimentos como é o caso da gigante francesa Michellin que inaugurou mais uma fábrica no Rio, a Souza Cruz, o setor farmacêutico, a Xerox, o setor cimenteiro, o setor cervejeiro entre dezenas de outros.

O Governo Federal está construindo em parceria com o governo estadual o Arco Rodoviário do Rio de Janeiro. O Arco Rodoviário é uma das obras mais importantes para o desenvolvimento do estado, pois vai estruturar toda a malha rodoviária da região metropolitana. Cinco grandes eixos rodoviários serão conectados por meio do empreendimento: A BR-101/Norte (Rio – Vitória), BR-116/Norte (Rio – Bahia), BR-040 (Rio – Belo Horizonte), a BR-116/Sul (Rio – São Paulo) e a BR-101/ Sul (Rio – Santos). A extensão total da nova rodovia construída é de 95,9 quilômetros. Somando esses segmentos ao trecho já existente, o Arco terá 145 quilômetros de extensão. Quando concluído, ele vai eliminar o conflito entre o tráfego de carga e o trânsito do Grande Rio, facilitando o acesso ao Porto de Itaguaí e contribuindo para tornar menos penosa a migração pendular dos trabalhadores da região metropolitana do Rio de Janeiro.

O Rio será sede da realização da Copa do Mundo de futebol em 2014 e o Rio sediará os Jogos Olímpicos de 2016. Isto significa que setores como o turismo, o comércio e os serviços de uma forma geral terão de passar por incríveis mudanças nos próximos anos. As perspectivas de expansão econômica do estado do Rio de Janeiro são absolutamente impressionantes. A geração de empregos ficará por muito tempo na casa das centenas de milhares e o setor educacional terá de atender pelo menos uma parcela significativa desta demanda. Alguns dados são importantes:

Econômicos - PIB: R\$ 419 bilhões (2009 – IBGE) - PIB per capita: R\$ 26.250,00 (2009 – IBGE) - % do PIB nacional: 13,0% (2009 – IBGE)

Energia - Produção de Petróleo: 1,6 milhão de barris/dia (82% da produção nacional)

Produção de Gás: 24 milhões de m³/dia (41% da produção nacional)

Energia Elétrica: capacidade instalada de 7.400 MW

Emprego e Renda - Taxa de Desemprego: 7,0% (2010 - IBGE)-Rendimento Médio do Trabalho Principal: R\$ 1.444,00 (2010/IBGE)

Balança Comercial - Exportações: US\$ 6,2bi (1º quadrimestre/2010)

Importações: US\$ 4,4bi (1º quadrimestre/2010)

A análise destes dados demonstra que os governantes desse gigante devem promover uma política adequada seja no incentivo direto ou indireto ao setor industrial seja no que diz respeito à política social, em especial nas relações de emprego.

6.3 ASPECTOS GERAIS DA LEI DO PISO

6.3.1 Da importância e justificativa da Lei do Piso Estadual

O Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual nº 5.627/2009 que dentro do critério normativo vigente possui legitimidade para fixar o salário mínimo dos empregados integrantes das categorias profissionais, que não o tenham fixado em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

A Lei Complementar nº 103 outorgada pela União Federal delegou a competência para a possibilidade de instituição de pisos salariais nos Estados e no Distrito Federal, nos termos do Art.1º da Lei nº 103/2000, que autoriza a instituição de pisos salariais exclusivamente para categorias **não reguladas por norma de negociação coletiva.**

A própria ementa da Lei Complementar que autoriza a instituição de piso pelos Estados e pelo Distrito Federal nos dá uma clara indicação de que **esta é uma delegação de norma trabalhista**: *“Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22.”*

Agora vejamos o teor do Parágrafo Único do Art. 22 da CF/88 a que a ementa transcrita se refere: “*Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*”

Ora, se a autorização legislativa conferida por Lei Complementar aos Estados e a o Distrito Federal para instituir piso salarial encontra fundamento no permissivo constitucional acima transcrito, **resta claro, claríssimo até, que a instituição de piso, por si só, é uma norma reservada à competência legislativa privativa da União, in casu, uma norma de direito do trabalho.**

Ocorre que a delegação analisada refere-se exclusivamente à instituição de pisos salariais pelos Estados, o que bem vinha acontecendo até o legislador inovar no texto do artigo 1º da lei 5.627/2009 dos pisos salariais, para fazer incluir a expressão “que o fixe a maior” ao final do dispositivo.

É atribuída à Assembléia Legislativa, pela CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, legislar sobre matéria de competência do Estado.

Art. 98 - Cabe à Assembléia Legislativa com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado nos artigos 99 e 100, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, entre as quais: (grifo nosso)

Todavia, a Lei Estadual em debate (5.627/2009) além de fixar valores, **editou norma de interpretação do direito do trabalho de competência da UNIÃO, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado pela Lei Complementar 103/2000.**

LEI COMPLEMENTAR Nº 103, DE 14 DE JULHO DE 2000.

Art. 1o Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7o da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. (grifo nosso)

A mencionada lei transmudou o conteúdo da regra, uma vez que nas demais Leis Estaduais anteriores, ocorria tão somente a fixação de valores, em conformidade com a Lei Federal nº 103/2000. **Eis a LEI ESTADUAL no seu artigo 1º**

Art. 1º No Estado do Rio de Janeiro, o piso salarial dos empregados, integrantes das categorias profissionais abaixo enunciadas, que não o tenham definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho que o fixe a maior, será de: (grifo nosso)

Como bem já ensinava o filósofo e sábio Confúcio quanto à responsabilidade no uso das palavras: “A primeira coisa e a mais necessária, disse ele, seria impor a todos e a cada um, um uso de palavras conforme o sentido que elas exprimem realmente. Se as denominações não estão corretas, a linguagem não está de acordo com as coisas, os negócios não podem ser bem sucedidos”. **A inclusão do termo “que o fixe a maior” é destoante e causa enorme preocupação ao setor industrial, e por isso mesmo impacta a sociedade como um todo.**

6.3.2 Alcance e Impactos da Lei do Piso nas Relações de Trabalho.

Justifica-se a proteção legal referente à Lei do Piso salarial pelo núcleo de proteção legal mínima decorrente do direito do trabalho. São normas autônomas àquelas decorrentes da negociação entre as partes, através dos agentes coletivos, porém não se afastando por completo a limitação dos pactos pela intervenção estatal.

Essa proteção legal mínima foi legitimada e delegada ao Poder Legislativo Estadual no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, incidindo sobre os contratos de trabalho no tocante à remuneração. A lei do piso salarial trás a necessária proteção aos trabalhadores contemplados que integram as categorias profissionais de menor organização sindical e propicia harmonia e adequação à realidade dentro do território do Estado.

É norma constitucional consagrada no art. 7 da CF/88 que o trabalhador possui proteção para o salário digno, melhoria da sua qualidade de vida, remuneração que garanta os gastos com saúde, lazer, e educação.

Nesse sentido podemos definir que a Lei do Piso visa dentro da perspectiva estadual incrementar os direitos sociais oriundos das relações de trabalho especialmente quando estabelece nível remuneratório maior a favor de determinadas categorias.

Se por um lado a Lei do Piso no Estado do Rio de Janeiro possui uma função social, por outro, cria para o empregador diversos problemas, lembrando que tais problemas ocorrem pelo termo: “*que o fixe a maior*”

Destacamos: qual salário deverá pagar empregador aos empregados? O salário imposto na

lei ou o fixado e acordado em negociação coletiva? Sabe-se que na ausência de negociação coletiva prevalece o piso legal, por outro lado se foi pactuado salário maior no pacto coletivo este irá prevalecer. Porém, e se for pactuado salário menor no acordo ou negociação coletivo em detrimento do fixado na lei do piso, qual irá prevalecer?

Ora a expressão que o fixe maior viola a autonomia sindical para as negociações coletivas, garantia constitucional sediada no art. 7, inc. XXVI da CF/88.

Outra perspectiva do impacto da Lei é que ela invalida mais de 1600 diplomas coletivos firmados apenas no ano de 2008, de um total de 32 mil em todo o país. Antes da referida lei sempre prevaleceu o diploma coletivo, em qualquer situação, sobre o piso salarial. Além disso, a medida normativa implica aumento dos custos do trabalho, diminui a competitividade das empresas do Estado do Rio de Janeiro, gera a mecanização na produção, incentiva a informalidade, reduz a capacidade de geração de novos postos de trabalho.

A perda da competitividade tem o agravante de atingir setores intensivos na mão de obra, como o setor de confecções, ferragens, etc. criando uma diminuição brutal na possibilidade de concorrência com empresas nacionais e estrangeiras. Mais de um terço dos trabalhadores com carteira assinada 1,7 milhão de pessoas, estão nas faixas salariais enquadradas na lei do piso. Dos 92 municípios fluminenses, 48 tem mais da metade de seus trabalhadores nessa situação.

Como é sabido, a definição do salário¹ repercute sobre outros valores a pagar, como a contribuição previdenciária, o imposto de renda e o FGTS.

A se considerar a obrigatoriedade do piso salarial fixado a maior, como dita, a lei estadual gera dano irreparável como consequência de seu cumprimento. Caso remunerem seus trabalhadores pelo piso salarial fixado a maior, os empregadores não poderão no futuro, quando for reconhecida a inconstitucionalidade da lei estadual, voltar a pagar o salário acordado em negociação coletiva, por força do princípio da irredutibilidade salarial (CRFB, art. 7º, inc. VI). O dano irreparável está na irredutibilidade de um piso salarial inconstitucional.

Por outro lado, caso os empregadores continuem remunerando seus trabalhadores com base no salário acordado em negociação coletiva, sujeitam-se à fiscalização e às sanções do Ministério do Trabalho e Emprego. O dano de difícil reparação reside, então, nas dificuldades para desconstituir autos lavrados e obter o ressarcimento de multas injustificadas.

¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 269.

6.4 CONTROLE E SEGURANÇA JURÍDICA X POLÍTICA GOVERNAMENTAL

6.4.1 Análise jurídica da Inconstitucionalidade da Lei do Piso

Na contra mão das esperadas condutas da política governamental que se faz necessária para o desenvolvimento do Estado Fluminense, em especial nesse momento de crescimento vertiginoso do Estado, sob o atendo olhar jurídico que compete principalmente ao advogado, observamos através do regime constitucional Estadual e ainda pelos princípios esculpidos na carta Federal de 1988, que a Lei do piso é parcialmente inconstitucional.

A mencionada lei estadual, no seu art. 1º viola frontalmente o caput do Art. 98 da Constituição Estadual do Estado do RJ. Usurpa ainda dos limites estabelecidos pela LEI 103/2000 e da CRFB/88 no seu art. 22 e seguintes.

A Constituição Federal determina em seu art. 22 aquelas matérias reservadas à competência legislativa privativa da União, senão vejamos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Embora a matéria trabalhista esteja adstrita à competência legislativa da União, a Lei Complementar nº 103 delegou tão somente a possibilidade de instituição de pisos salariais aos Estados e ao Distrito Federal. A própria ementa da Lei Complementar que autoriza a instituição de piso pelos Estados e pelo Distrito Federal nos dá uma clara indicação de que **esta é uma delegação de norma trabalhista.**

Vejamos o teor do Parágrafo Único do Art. 22 da CF/88 a que a ementa transcrita se refere:

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Ora, se a autorização legislativa conferida por Lei Complementar aos Estados e a o Distrito Federal para instituir piso salarial encontra fundamento no permissivo constitucional acima transcrito, **resta claro, claríssimo até, que a instituição de piso, por si só, é uma norma reservada à competência legislativa privativa da União, in casu, uma norma de direito do trabalho.**

A delegação analisada refere-se exclusivamente à instituição de pisos salariais pelos Estados, o que bem vinha acontecendo até o legislador inovar no texto do artigo 1º da lei 5.627/2009 dos pisos salariais, para fazer incluir a expressão “que o fixe a maior” ao final do dispositivo.

A inclusão do citado trecho transmudou o conteúdo da regra para fazer incluir no dispositivo uma norma de interpretação do direito do trabalho. **A edição de norma juslaboral interpretativa pelo Estado do Rio de Janeiro invadiu a competência privativa da União para legislar sobre o tema, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado.** A Lei 5.627/2009 além de fixar valores, **editou norma de interpretação do direito do trabalho.** Ao editar norma juslaboral interpretativa, o Estado do Rio de Janeiro **invadiu a competência privativa da União para legislar sobre o tema, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado, violando por consequência o princípio federativo²:**

*De forma sumária, a caracterização do Estado Federal envolve a presença de três elementos: a) **repartição de competências**, por via da qual cada entidade integrante da Federação receba competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) a autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-, organização, auto-governo e auto-administração [...] (grifos nossos)*

É atribuída à Assembléia Legislativa, pela CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, legislar sobre matéria de competência do Estado.

Art. 98 - Cabe à Assembléia Legislativa com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado nos artigos 99 e 100, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, entre as quais [...]

Todavia, a Lei Estadual em debate (5.627/2009) além de fixar valores, **editou norma de interpretação do direito do trabalho de competência da UNIÃO, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado pela Lei Complementar 103/2000.**

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172.

LEI COMPLEMENTAR Nº 103, DE 14 DE JULHO DE 2000.

Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.” (grifo nosso)

Sendo assim flagrante que ocorreu violação da Constituição Estadual conforme demonstrado. Demonstra-se no quadro normativo abaixo a diferença peculiar onde fica caracterizada a usurpação de competência e ilegalidade da lei perante a Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro:

<p>Lei do piso anterior – n 5357, de 23 de dezembro de 2008. (lei anterior)</p> <p>Art. 1º No Estado do Rio de Janeiro, o piso salarial dos empregados, integrantes das categorias profissionais abaixo enunciadas, que não o tenham definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho, será de:</p>	<p>Lei 5627, de 28 de dezembro de 2009. (lei atual)</p> <p>Art. 1º No Estado do Rio de Janeiro, o piso salarial dos empregados, integrantes das categorias profissionais abaixo enunciadas, que não o tenham definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho <u>que o fixe a maior</u>, será de:</p>
---	--

Assim, dúvidas não podem existir de que há flagrante **INCONSTITUCIONALIDADE** da referida lei estadual.

6.4.2 Reflexos no Direito do Trabalho

Nossa Constituição Federal garante o princípio da inafastabilidade da jurisdição quando determina que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*” derivado do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. (**art. 5º inciso XXXV da CF**).

Assim destacamos que as Convenções Coletivas firmadas entre as partes Empregadores e empregados estão em conformidade com a legislação vigente, configurando, desta feita, o ato jurídico perfeito, isto é, o ato já consumado.

Qualquer mudança nessa órbita indica perigoso atentado ao sistema jurídico nacional sendo capaz de lesar a coletividade de forma concreta.

Portanto, a lei posterior não pode, em hipótese alguma, prejudicar o ato jurídico perfeito. É o que consta expressamente no art. 5º, inciso XXXVI da CF:

Art. 5º - XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

A previsão do inciso XXXVI consagra princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas consolidadas, a exemplo das Convenções e Acordos Coletivos.

Em última análise, APENAS PARA DESTACAR, a Carta de 1988 garante às categorias econômicas e profissionais a autonomia sindical, respeitadas as normas trabalhistas de indisponibilidade absoluta que estão alheias à matéria suscetível de negociação. Nesse sentido, confirmam-se os dispositivos constitucionais abaixo transcritos:

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

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

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

[...]

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Como restará demonstrado, a Lei nº 5.627/2009 afronta diretamente as garantias postas, tornando ineficazes os diplomas coletivos firmados pelo Sindicato/Autor e todos seus filiados, ao arrepio da garantia ao ato jurídico perfeito. Não pode a Lei Estadual em questão prejudicar o princípio constitucional da Autonomia.

A indústria em geral, através da estreita relação com os serviços sociais autônomos resguarda os princípios, direitos e garantias fundamentais balizadoras do Estado Democrático de

Direito, mediante a realização das ações do SESI/SENAI³ focadas nas áreas de educação básica, saúde, lazer e educação profissional, oferecendo aos menos favorecidos meios ao exercício da cidadania plena, está-se diante de evidente instrumento de realização dos direitos fundamentais.

Desta forma, em última análise a indústria fomenta os meios que possibilitam o desenvolvimento para o exercício pleno da cidadania, promovendo o gozo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, resguardando os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

6.4.3 Da representação de inconstitucionalidade proposta pela FIRJAN

Com fundamento nos arts.161, IV, “a” e 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e artigo 104 e seguintes do Regimento Interno do TJ/RJ, foi **argüida pela FIRJAN a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 5627, de 28 de dezembro de 2009, sancionada pelo Ilmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro.**

O motivo, já delineado no trabalho refere-se exclusivamente à instituição de pisos salariais pelos Estados, o que bem vinha acontecendo de forma legal e constitucional até o legislador inovar no texto do artigo 1º da lei 5.627/2009 dos pisos salariais, para fazer incluir a expressão “que o fixe a maior” ao final do dispositivo.

A Lei Estadual editou norma de interpretação do direito do trabalho de competência da UNIÃO, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado pela Lei Complementar nº 103/2000, viola frontalmente o caput do Art. 98 da Constituição Estadual do Estado do RJ. Usurpa ainda dos limites estabelecidos pela Lei nº 103/2000 e da CRFB/88 no seu art. 22, I.

A Lei nº 5.627/2009 afronta diretamente as normas em comento tornando ineficazes os diplomas coletivos firmados, ao arrepio da garantia ao ato jurídico perfeito. Não pode a Lei Estadual em questão prejudicar o princípio constitucional da Autonomia.

Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça:

(...)

IV - processar e julgar originariamente:

³ BRASIL. **Regulamento do Serviço Social da Indústria.** Decreto no 57.375 de 2 de dezembro de 1965. Brasília, 1965.
BRASIL. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.** Decreto no 494 de 10 de janeiro de 1962. Brasília, 1962.

a) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual;

Art. 162 - A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembléia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

O resultado da medida apresentada pela FIRJAN foi positiva e a medida liminar foi deferida em resumo destacando o seguinte:

A leitura do dispositivo legal atacado de fato conduz à conclusão apontada pelo requerente.

[...]

Sabe-se bem que a própria Constituição Federal prestigia o acordo e a convenção coletiva de trabalho, reconhecendo-as expressamente, garantindo às categorias econômicas e profissionais a autonomia sindical, autorizando, inclusive a flexibilização do salário através desses instrumentos atribuindo-lhes, pois, natureza de fontes autônomas, desde que respeitado o salário mínimo federal.

[...]

Destarte, parece claro que, observando-se os estritos limites da delegação conferida pela Lei Complementar Federal 103/2000, editada para complementar o texto do artigo 7 da Carta Fundamental de 1988, não se pode obrigar a aplicação do piso salarial onde haja convenção ou acordo coletivo de trabalho.

[...]

Ante o exposto, considerando presente a plausibilidade do direito invocado e o periculum in mora, defiro a suspensão cautelar da lei impugnada.” (Des. Jacqueline Lima Montenegro – TJ / RJ – processo 0005303-44.2010.8.19.0000).

Em seguida, através da Relatora designada Des. Elisabete Filizzola, reapreciando o pedido liminar, a mesma reafirmou que a expressão “que fixe a maior” na lei do piso, “extrapola os limites da delegação legislativa, violando o comando do art. 98 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que estabeleceu verdadeira norma interpretativa de Direito do

Trabalho, sem a devida autorização legal, a teor do disposto no art. 22, parágrafo único da CF/88.”

Registra-se por oportuno, que somente está e ficou suspensa a expressão “que fixe a maior” na referida lei, podendo no mais os efeitos do piso salarial constantes na lei produzirem seus efeitos.

Atualmente o processo segue seu regular prosseguimento, tendo ocorrido o pedido de ingresso de algumas instituições na forma do Amicus Curiae.

6.4.4 Do AMICUS CURIAE

Costuma-se afirmar, sem que isso provoque maior polêmica, que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se perfaz através de um processo objetivo⁴. Uma das conseqüências dessa dita objetividade do processo de controle abstrato de constitucionalidade é a vedação genérica à intervenção de terceiros em feitos de tal natureza. A Lei nº 9.868/99, seguindo essa linha jurisprudencial e regimental, dispôs, no caput de seu art. 7º, que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. Não obstante, o § 2º do art. 7º instituiu saudável inovação, contemplando modalidades informais de intervenção de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade:

Art. 7º.....

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A intervenção de terceiro na representação de inconstitucionalidade **somente é cabível em caráter excepcional**, que visa a permitir que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional⁵.

Importante destacar que a mera manifestação de uma entidade no interesse em integrar uma causa como no caso concreto, na representação de inconstitucionalidade apresentada pela FIRJAN, sem o acréscimo de nenhum outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa, não justifica a admissão de eventual postulante como *amicus curiae*.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 250-251.

⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 166.

A admissão do *Amicus Curiae* (*amigo da corte*) no processo especialmente como previsto na LEI 9.882/99 se dá por pessoas com experiência e autoridade na matéria, configurando, portanto, um requisito legal material necessário à admissão regular de pessoa que não integra a discussão.

A Lei 9.882/99, art. 6º, § 1º:

*§1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, **ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.** (grifo nosso)*

Não obstante, o art. 7º § 2º da Lei 9.868/1999 consagrou igualmente o *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade. É o que se viu no julgamento da ADIn 2130-SC, quando, na vigência da nova lei o eminente Min. Celso de Mello admitiu a participação da Associação dos Magistrados Catarinenses em, ação dieta de inconstitucionalidade, como se vê, entidade de âmbito ESTADUAL vale transcrever a ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Intervenção processual do *amicus curiae*. Possibilidade. Lei 9.868/99 (art. 7º, § 2º). Significado político-jurídico da admissão do *Amicus Curiae* no sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Pedido de admissão deferido.

*No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – **desde que investidos de representatividade adequada** – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.*

A FIRJAN, ou qualquer outra Federação das Indústrias no Brasil jamais se oporia ao amplo debate que o *amicus curiae* trás ao processo, desde que seja exercido através de entidades com legitimidade adequada, ou seja, com representatividade proporcional ao impacto que a discussão possa gerar.

Permitir a participação de entidades ao arripio da lei poderá impactar na morosidade injustificada da marcha processual. A jurisprudência do STF indica que não se deve admitir interesses individuais nesses casos⁶

6.5 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos às seguintes conclusões:

1. A evolução do emprego no Brasil, muito em breve, vai estar subordinada e depender simbioticamente do tipo de indústria que irá prevalecer no país: Queremos uma indústria forte, com representação estadual, sobre tudo nacional, organizada e nas representações sindicais, consolidada e estruturada, livre, com uma política ambiental definida, com segurança e confiança no regime tributário e sobre tudo, que seja capaz de revolucionar a sociedade trazendo harmonia e paz social.
2. A indústria forte alavanca desenvolve o país e eleva a sociedade. Citando Adam Smith, “que o egoísmo seja útil para a sociedade”, onde se conclui que se a indústria receber a prioridade das bases almejadas, ainda que isso possa parecer “egoísmo”, a indústria seguramente cumprirá o seu papel e elevará à sociedade e o país aos graus desejados.
3. A Gestão responsável da máquina estatal baseado nos dados sócio-econômicos do estado do RJ, demonstra que os governantes devem promover uma política adequada seja no incentivo direto ou indireto ao setor industrial seja no que diz respeito à política social, em especial nas relações de emprego, mantendo e respeitando a relação entre o empregador e seus colaboradores.
4. A Lei 5.627/2009 além de fixar valores, editou norma de interpretação do direito do trabalho de competência da UNIÃO, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado pela Lei Complementar 103/2000. A utilização do termo “que fixe a maior” no contexto da Lei do Piso demonstra claramente como o uso incorreto dos mecanismos jurídicos e da linguagem

⁶ [ADPF 134-MC](#), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 22-4-08, DJE de 30-4-08.

incorreta pode criar desacordos e prejudicar os negócios da macro e da micro economia, impactando a sociedade como um todo.

5. A expressão “que o fixe maior” viola a autonomia sindical para as negociações coletivas, garantia constitucional sediada no art. 7, inc. XXVI da CF/88.

6. A medida aumento dos custos do trabalho, diminui a competitividade das empresas do Estado do Rio de Janeiro, gera a mecanização na produção, incentiva a informalidade, reduz a capacidade de geração de novos postos de trabalho.

7. Viola frontalmente o caput do Art. 98 da Constituição Estadual do Estado do RJ. Usurpa ainda dos limites estabelecidos pela LEI 103/2000 e da CRFB/88 no seu art. 22 e seguintes. A edição de norma juslaboral invadiu a competência privativa da União para legislar sobre o tema, ultrapassando os limites da que lhe foi delegado.

8. Existe flagrante INCONSTITUCIONALIDADE da referida lei estadual, devendo ser reconhecida a validade da Convenção Coletiva firmada entre empregadores e empregados, prestigiando a segurança jurídica e, principalmente, o ato jurídico perfeito

9. O Poder Judiciário tem fundamental papel e reafirmou que a expressão “que fixe a maior” na lei do piso, extrapola os limites da delegação legislativa, violando o comando do art. 98 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que estabeleceu verdadeira norma interpretativa de Direito do Trabalho, sem a devida autorização legal, a teor do disposto no art. 22, parágrafo único da CF/88.

10. A intervenção de terceiro na representação de inconstitucionalidade somente é cabível em caráter excepcional, que visa a permitir que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. **Regulamento do Serviço Social da Indústria**. Decreto nº 57.375 de 2 de dezembro de 1965.
- BRASIL. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial**. Decreto nº 494 de 10 de janeiro de 1962.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARLYLE SILVA, Edward. **Direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.
- CUNHA JUNIOR, D. D. A. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2004.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Constituição do Estado do Rio de Janeiro**, 1989.
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. Editora Saraiva, 1990
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



7 – PREMIAÇÃO PARA EMPREGADOS DO SESI E DO SENAI

JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

7.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade do SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI e do SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI conceder prêmio a seus empregados, considerando as implicações jurídicas envolvidas, em especial quanto à fiscalização exercida pelos órgãos de controle externo.

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

- a) O dever de eficiência do SESI e do SENAI;
- b) O prêmio como forma de reconhecimento da eficiência funcional;
- c) Da eficiência empresarial;
- d) Dos princípios jurídicos que norteiam a premiação;
- e) Da previsão expressa no Regulamento do SESI;
- f) Da fórmula utilizada pelo Departamento Regional do Rio de Janeiro.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar que a proposta de premiação de empregados do SESI e do SENAI, atende aos princípios do direito do trabalho e do direito administrativo, bem como a realidade do mercado.

7.2 O DEVER DE EFICIÊNCIA DO SESI E DO SENAI

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**, organizado e administrado 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.

Assim, sendo o SESI e o SENAI entidades sujeitas ao regime próprio de direito privado, permite-se inferir que, a princípio, podem instituir prêmios para seus empregados. No entanto, o tema merece uma análise um pouco mais profunda.

A colaboração com o Poder Público no trabalho de promoção social no país, levada a efeito pelo denominado “**Sistema S**”, é o fundamento da existência dessas entidades, que apesar disso, não integram a Administração Pública direta nem indireta.

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 Meirelles¹ 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 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.

Diante disto, podemos afirmar que estas entidades se submetem a um regime jurídico híbrido, na medida em que sofrem também, o impacto de normas de direito público. Assim, devem o SESI e o SENAI, dentre outras regras específicas que lhes alcançam, observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

No que nos interessa para o presente estudo é enfrentar a premiação nos dois aspectos do princípio da eficiência: a funcional e a empresarial.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 339.

7.3 O PRÊMIO COMO FORMA DE RECONHECIMENTO DA EFICIÊNCIA FUNCIONAL

A eficiência funcional está diretamente ligada ao desempenho das atividades pelos agentes da Administração, esperando-se de cada um deles a obtenção dos melhores resultados no espectro das suas atribuições.

Nesta linha é a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro²:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Nesse passo, o prêmio é uma forma de reconhecimento pelo desempenho obtido pelo trabalhador que vai além do esperado em suas atividades, funcionando como um dos meios de fomentar condutas que atendam ao interesse da entidade e da coletividade. No entanto, deve-se ressaltar que trata-se de mera liberalidade do empregador, não representando qualquer direito adicional ao empregado.

A Consolidação das Leis Trabalhistas não disciplina especificamente a sistemática do prêmio. No entanto, sua existência no ordenamento jurídico é inequívoca diante do teor do art. 193, §1º da CLT:

Art. 193

§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (grifo nosso)

Resta nítido que a CLT não nega a existência da possibilidade de pagamento de prêmio, tendo em vista a individualização feita em relação aos demais acréscimos salariais.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 84.

O professor Marcos Juruena Villela Souto³ ao tratar do tema, discorre sobre as principais características do prêmio:

*É possível, assim, assentar as principais características dos prêmios: a) a sua instituição constitui **faculdade** do empregador; b) tem por objetivo estimular a **eficiência** do empregado; c) **não integram o salário**, não gerando, por conseguinte, obrigações de natureza trabalhista; d) podem decorrer de **campanhas ou promoções** da empresa; e) sua concessão deve ser sempre **motivada**. (grifos do autor)*

Desta forma, o prêmio não se confunde com o que se convencionou chamar de atos razoáveis em favor do empregado, tais como benefícios especiais e esporádicos como adiantamentos, empréstimos, pagamento de estudos, creches e outras utilidades. O prêmio é legítimo instrumento de fomento, que busca ou decorre de um resultado positivo.

Portanto, a liberalidade que pudesse existir, num primeiro momento, é apenas aparente, já que ela revela um intuito de lucro, como se frisar á adiante.

7.4 DA EFICIÊNCIA EMPRESARIAL

A eficiência empresarial está ligada ao êxito da entidade no desenvolvimento da sua atividade-fim. O foco da sua atuação deverá ser a permanente busca do cumprimento das finalidades que ensejaram a sua criação.

A dimensão da eficiência empresarial é complexa e envolve fatores externos de natureza econômica, política e social, e fatores internos relativos ao próprio funcionamento da empresa, como por exemplo: os recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros. A capacidade de conjugação destes fatores é que poderá determinar uma atuação eficiente da empresa.

Desta forma, sobressai o fator humano da organização, já que dele dependerá a operacionalização e instrumentalização dos outros recursos, sendo assim, de fundamental importância a busca da eficiência funcional dos empregados que compõem a força de trabalho da empresa, com vistas ao atingimento da eficiência empresarial no exercício das atividades finalísticas do SESI/SENAI.

³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 303-304.

7.5 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PREMIAÇÃO

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”⁴. 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”⁵

A palavra, desse modo, carrega consigo a força do significado de proposição fundamental. Nesta linha, o professor Canotilho⁶ 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 da instituição de prêmios, impõe, é claro, a compreensão acerca dos princípios específicos inerentes ao Direito Administrativo.

7.5.1 Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade impõe ao administrador a adoção de meios adequados para o atingimento dos fins colimados, de forma que deva existir uma correlação lógica e proporcional entre o objetivo visado e o instrumento da ação administrativa.

Luís Roberto Barroso⁷ ao tratar deste princípio entende que:

Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se “de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

⁴ HOUAISS, Antônio. et al. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.2299.

⁵ HOUAISS, Antônio. et al. loc.cit.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

Cumpraressaltar que a relação custo benefício da instituição do prêmio deve ser preservada, de modo a evitar, por exemplo, que o valor do prêmio seja maior do que o benefício auferido pelas entidades SESI/SENAI, com o resultado obtido no desempenho das atribuições do empregado, levando-se assim, à necessidade deste resultado ser objetivado como forma de auferir a exata medida da proporcionalidade de prêmio.

Resta nítido que a proporcionalidade é sinônimo do mandamento geral da proibição de excesso por parte do administrador, o que ocorreria se a relação custo/benefício do prêmio não fosse observada.

7.5.2 Do princípio da economicidade

A economicidade, prevista no art. 70 da Constituição da República, é uma derivação do dever de eficiência inerente à função de administrar e tem por objetivo a obtenção dos melhores resultados ao menor custo possível.

Desta forma, a relação custo/benefício na instituição do prêmio, além de ser um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, também é o núcleo essencial do conceito de economicidade, já que, se o prêmio superar quantitativamente o benefício auferido pelas entidades, restará violado o princípio da economicidade e, em consequência, o próprio princípio da eficiência.

A lógica na instituição da premiação, à luz da economicidade, deve ser exatamente a de estimular resultados favoráveis, sendo repudiados custos ou liberalidades que comprometam a sua competitividade.

O professor Diogo de Figueiredo Neto⁸ doutrina que: “A economicidade consiste em não comprometer recursos inúteis, desproporcionais ou supérfluos para alcançar os objetivos fixados.”

É importante frisar que a premiação não é uma liberalidade. Na verdade, é uma retribuição. Daí não ser repudiada. O prêmio deve ser visto como uma retribuição pelo benefício proporcionado ao acionista.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 565.

7.5.3 Do princípio da isonomia

Informa tal princípio que todas as pessoas que estejam na mesma posição jurídica devam receber o mesmo tratamento. Significa dizer que o direito a participar do programa de premiação deve ser ofertado em igualdade de condições para todos os que ostentarem a mesma situação jurídica.

O professor Marcos Juruena Villela Souto⁹ explica que:

Em decorrência da isonomia, como regra, deverão ser estabelecidos critérios, que permitam dar publicidade, transparência e impessoalidade aos parâmetros utilizados pela consulente no momento de julgar quem seriam os beneficiários do prêmio.

Sempre que possível (justificando-se a eventual impossibilidade), deverão ser utilizados critérios objetivos na instituição dos prêmios.

Ainda que não seja viável a definição de parâmetros estritamente objetivos, é desejável que sejam definidos os fatores que serão ponderados para fins de apreciação do mérito para a premiação. Na impossibilidade de prévia fixação dos critérios, pela imprevisibilidade de um êxito repentino, de uma atuação espontânea do empregado ou de um projeto não divulgável por força de estratégia empresarial, o prêmio deve ser sempre justificado, em observância ao princípio da motivação.

Vale ressaltar, que o que é exigível e esperado legal ou contratualmente nunca deve ser premiado. Só o esforço adicional e eficaz deve merecer o reconhecimento incentivador.

7.5.4 Do princípio da publicidade

Este princípio impõe ao SESI/SENAI o dever de divulgar os seus atos, como forma de assegurar o legítimo exercício do controle externo sobre as suas atividades.

Desta forma, o regulamento que institui a sistemática de premiação, quando existir, deve ser divulgado entre os interessados, permitindo o amplo conhecimento das **regras do jogo**, evitando-se assim, que os critérios e fatores objeto de ponderação no momento da definição

⁹ *Idem*, p.311.

da premiação sejam de conhecimento de uma minoria de empregados, o que violaria o princípio da impessoalidade.

7.5.5 Do princípio da moralidade

O princípio da moralidade, na norma em abstrato, é de extrema fluidez e subjetividade. Para Lúcia Valle Figueiredo¹⁰ há que se delimitar a moralidade administrativa no âmbito do ordenamento jurídico aplicável, como se observa:

O princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são standards comportamentais que a sociedade deseja e espera.

Claro está que para exame das condutas administrativas realizadas, tendo como suporte parcela de discricionariedade, a atenção deverá ser maior para a aferição do cumprimento do princípio.

Não obstante, assevera-se consagrada doutrina de Sirey¹¹:

Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'Administration a une conduite, elle pratique cette distinction em même temps que celle du juste et de l'injuste, du licite et de l'illicite, de l'honorable et du déshonorant, du convenable et de l'inconvenant. la moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité. Nous verrons que l'institution de l'excès de pouvoir, grace à laquelle sont annulés beacoup d'actes de l'Administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que l'Administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particulièrement em ce ui concerne le détournement de povoir.

Somente se a instituição se afastar da natureza jurídica do prêmio, admitindo-o em outras hipóteses – que não a da sua aplicabilidade perante a condição previamente estabelecida, de cumprimento eficiente de determinadas metas, sem caráter de habitualidade – poderá constituir tal feito como uma remuneração descabida.¹²

¹⁰ VALE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.56.

¹¹ SIREY. **Droit Administratif et Droit Public**. 11. ed. 1927, p. 346-347.

¹² “Se os prêmios são pagos com habitualidade, sem necessidade do implemento de qualquer condição, a natureza da parcela é salarial. Logo, a parcela impropriamente denominada de prêmio, nessas condições, integra-se ao salário do obreiro.” (TST, 5ª Turma, Relator: Juiz Convocado João Ghisleni Filho, RR nº 705626, Decisão: 18/12/2002).

Se faz necessário que se prove a desonestidade, já que regra geral prevalece a presunção de boa fé. Deste modo, a premiação voltada para o princípio da eficiência e que atenda os parâmetros da razoabilidade, não deve ensejar responsabilização administrativa dos gestores.

7.5.6 Do princípio da livre concorrência

Como já ressaltado neste trabalho, o SESI e o SENAI não são entes integrantes da Administração Pública, direta nem indireta, sendo entidades de direito privado, na forma de serviço social autônomo.

Em busca de uma autosustentabilidade e em cumprimento do princípio da eficiência, o SESI e o SENAI podem competir no mercado com a venda de serviços nas áreas de educação, saúde, lazer, tecnologia, moda e cultura.

Vale ressaltar, que os próprios decretos nº 6635 (SENAI) e nº 6337 (SESI), que regulamentaram as concessões de gratuidades na área de educação, ao criarem os percentuais de atendimento gratuito a serem observados, acabaram por reconhecer, a *contrario sensu*, a legalidade de cobrança dos serviços do SESI/SENAI.

Submetem-se, pois, o SESI e o SENAI aos mesmos princípios a que estão sujeitas as demais empresas do setor privado, em especial o da livre concorrência, insculpido no art. 170, IV da Constituição da República.

É nesse contexto que se insere a atribuição de prêmios a empregados, como forma de incentivo à melhoria das receitas do SESI/SENAI, com o incremento do resultado da venda dos seus serviços.

7.6 DA PREVISÃO EXPRESSA NO REGULAMENTO DO SESI

A utilização de recursos do SESI em prol dos seus funcionários é expressamente autorizada por seu Regulamento (criado pelo Decreto nº 57.375 de 02 de dezembro de 1965), conforme se segue:

Art. 54 – Nenhum recurso do SESI, quer na administração nacional, quer nas administrações regionais, será aplicado, seja qual for o título, se não em prol das finalidades da instituição, de seus beneficiários, ou de seus servidores. (grifos nossos)

O dispositivo deixa claro que a utilização de recursos da entidade em benefício dos funcionários, não pode ser visto como uma despesa, mas sim, como um investimento que traz grandes retornos ao próprio Sistema.

7.7 DA FÓRMULA UTILIZADA PELO DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

A fórmula criada pelo Departamento Regional do Estado do Rio de Janeiro foi um trabalho conjunto das Diretorias de Recursos Humanos, Financeira, Jurídica e da Divisão de Estudos Econômicos, sob assessoria da Diretoria Geral, que desenvolveram o chamado **PROGRAMA DE METAS 2008**. Sob o slogan “*Regras Claras, Incentivos Corretos*”, procurou-se alinhar as expectativas e ações do Sistema FIRJAN e de seus colaboradores com o intuito de aumentar a eficiência e o desempenho institucional através de um prêmio de remuneração variada.

A construção normativa do programa constituiu-se dos seguintes preceitos:

1. **Do Conceito de Valor Total Poupado** – o cerne da distribuição do prêmio calcou-se na criação do Valor Total Poupado, definido como o resultado de quanto se arrecada acima do orçamento mais quanto se gasta abaixo do orçamento. Assim, incentiva-se não só a maximização das receitas próprias de serviços do SESI e SENAI13, mas também a redução das despesas válidas¹⁴ para o programa.
2. **Da Importância e Responsabilidade do Orçamento como Instrumento de Gestão Eficiente** – o orçamento estabelece a métrica euclidiana de todo o programa, assumindo-o como peça fundamental para sua boa performance.
3. **Da Auto-Sustentabilidade do Programa de Metas** – somente é distribuído se houver Valor Total Poupado positivo, i.e. em nenhum momento há a possibilidade de aporte por parte do Sistema FIRJAN para complementar o prêmio.
4. **Da Proporcionalidade da Premiação** – de forma a incentivar ao máximo a eficiência administrativa, estipulou-se que quanto maior o Valor Total Poupado, maior será o prêmio distribuído.

¹³ Excluem-se assim receitas que não dependem do esforço dos colaboradores como as receitas para-fiscais do compulsório sobre a folha de pagamentos da indústria.

¹⁴ Novamente teve-se a preocupação de apenas incluir rubricas diretamente ligadas ao desempenho dos colaboradores tais como *Pessoal & Encargos Sociais, Ocupação & Utilidades, Material de Consumo, Serviços de Terceiros e Despesas Diversas* – excluindo-se, portanto, despesas como investimentos.

5. **Do Limite Legal da Premiação** – de forma a respeitar normas cogentes pertinentes ao Sistema S, o total orçamentário¹⁵ de Receitas menos Despesas tem que ser positivo individualmente tanto para o SESI quanto para o SENAI. Ademais, o prêmio total distribuído aos colaboradores não pode ser superior ao somatório do resultado final (Real – Orçado) do SESI e SENAI.
6. **Do Limite Voluntário da Premiação** – choques externos positivos não antecipados pelo orçamento poderiam levar a um Valor Total Poucado extraordinário, que viabilizaria premiações muito além do fim proposto (a saber, o incentivo à recompensa pela eficiência e não o enriquecimento incongruente ao caráter social do Sistema S). Desta forma, limitou-se a premiação em até 130% do salário.
7. **Dos Esforços Coletivo e Individual** – o sucesso do Sistema Firjan perpassa tanto pelo desempenho individual quanto pela integração coletiva. Deste modo, optou-se por remunerar dois terços do prêmio distribuído na forma pro rata dos salários a título de recompensa pelo Esforço Coletivo e o outro terço restante conforme as avaliações individuais feitas pelo gestor de cada área e com base em quesitos e metas previamente acordados com cada colaborador avaliado. Ponderando-se com maior peso o esforço coletivo, visou-se reforçar a idéia gestáltica de que o todo é maior do que a simples soma das partes. Ademais, o componente individual robusteceu a implementação de um programa de feedback corporativo sobre o desempenho individual e de um sistemas de metas específicas para o desenvolvimento profissional de cada colaborador. Neste sentido, quanto melhor a avaliação individual, maior a remuneração percebida.
8. **Das Metas Coletivas Adicionais ao Programa** – somando-se a necessidade de obter um Valor Total Poucado positivo, o programa estabeleceu metas adicionais de esforço coletivo tanto no tocante às Receitas de serviços do SESI e SENAI quanto às Despesas válidas para o programa. Com efeito, estipulou-se que as Receitas somadas de serviços do SESI e SENAI do ano sob avaliação devem ser superiores às do ano anterior; e que as Despesas válidas para o programa devem ser menores ou iguais a 97% da estimada no orçamento para aquele ano. Desta forma, caso não sejam atingidas estas duas metas adicionais, não há distribuição de prêmio – mesmo que haja Valor Total Poucado positivo. Caso apenas uma das metas não seja atingida – e o Valor Total Poucado seja positivo – haverá desconto de 10% sobre a distribuição do prêmio a título coletivo.
9. **Da Cláusula rebus sic stantibus** – por último, dado a natureza de risco potencial de todo ambiente econômico, somada às incertezas legais relativa a

¹⁵ Neste caso, assumem-se todas as receitas e despesas, válidas ou não para o cálculo do prêmio.

eventuais alterações legislativas sobre o Sistema S, assume-se que o programa pode sofrer alterações, ou até mesmo ser cancelado, por motivo de casos fortuitos ou de força maior que alterem a conjuntura em que o programa fora desenvolvido.

Assim, a título de ilustração, apresentamos abaixo simulações¹⁶ do cálculo do prêmio distribuído conforme diferentes níveis de Valor Total Poupado:

Programa de Metas 2008			
Valor Total Poupado (em termos de Folha de Pagamento mensal)*	50%	100%	130%
por Esforço coletivo (2/3 do total reservado)	33%	67%	87%
por Esforço Individual (1/3 do total reservado) até	17%	33%	43%

Sendo assim, por exemplo, caso o Valor Total Poupado seja igual a 100% do custo mensal da Folha de Pagamento (incluindo encargos sociais), cada colaborador do Sistema receberia 67% de seu salário a título de prêmio pelo esforço coletivo e entre 0% a 33% de seu salário a título de prêmio por esforço individual, dependendo da avaliação feita pelo seu gestor.

Vale ressaltar que a implementação do *Programa de Metas 2008* no Sistema FIRJAN foi um sucesso. Além de incentivar a integração e espírito coletivo na instituição, gerou-se um Valor Total Poupado bem superior ao teto limite da premiação. Com efeito, cada colaborador obteve entre 87% a 130% de salário como premiação, dependendo da avaliação individual (sendo a soma de 87% e 0%-43% do salário a título coletivo e individual, respectivamente). O restante do Valor Total Poupado foi direcionado ao caixa da instituição para eventuais investimentos futuros. Assim, ganhou o colaborador, ganhou o SESI-RJ e o SENAI-RJ, ganhou o Sistema FIRJAN.

Cumprir informar ainda, que a instituição deste programa já foi objeto de auditoria por parte da Controladoria Geral da União, que não vislumbrou nenhuma irregularidade neste processo.

¹⁶ Assume-se aqui, além das metas adicionais atingidas, que o Valor Total Poupado seja superior ao somatório do resultado final (Real – Orçado) do SESI e SENAI, conforme elucidado no ponto 5 acima “*Da Limitação Legal da Premiação*”.

7.8 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos às seguintes conclusões:

1. Pode-se afirmar que não haveria óbice algum à instituição de prêmios por parte do SESI/ SENAI.
2. A atribuição de premiação, desde que motivada no princípio da eficiência e orientada pelos princípios da proporcionalidade, da isonomia, da economicidade, da publicidade, da moralidade, da motivação, e da livre concorrência, é legítimo instrumento de desenvolvimento da atividade empresarial.
3. A atribuição de prêmios a empregados tem natureza diversa da remuneração salarial e da participação nos lucros, pois busca a eficiência funcional.
4. Sempre que viável, devem ser adotados critérios objetivos para a concessão dos prêmios. Quando isso não for possível, deve ser justificável em razão de um benefício excepcional ou repentino proporcionado ao SESI/SENAI.
5. No âmbito trabalhista, é prática reconhecida pela CLT, pela doutrina especializada e pela jurisprudência, não tendo natureza salarial, nem ao salário se incorporando.
6. A premiação encontra amparo no ordenamento jurídico, mas deve ser utilizada para estímulo ao cumprimento adicional de deveres e metas e não para o mero atendimento do que é exigível e esperado.
7. A possibilidade de utilização de recursos em prol dos funcionários tem previsão expressa no regulamento do SESI.
8. A premiação já vem sendo aplicada com sucesso no Departamento Regional do Estado do Rio de Janeiro, gerando satisfação dos funcionários e aumento da eficiência do Sistema FIRJAN.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HOUAISS, Antônio. et al. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada. São Paulo: Ltr, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SIREY. **Droit Administratif et Droit Public**. 11. ed. 1927.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



8 – REPERCUSSÃO GERAL OBJETIVA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DO SESI E DO SENAI

JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

8.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o pressuposto de admissibilidade da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários interpostos pelo SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI e pelo SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI, tendo em vista a finalidade destas entidades e os requisitos de relevância e transcendência exigidos pela Lei nº 11.418/06.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos questões de Direito Constitucional e Processual Civil, bem como a análise da própria natureza jurídica das entidades SESI e SENAI, da seguinte forma:

- a) A “Crise do Supremo Tribunal Federal”;
- b) A Emenda Constitucional nº 45/04 e os meios de superação da crise do STF;
- c) Aspectos gerais dos Recursos Extraordinários;
- d) Aspectos gerais da Repercussão Geral;
- e) Sistematização de critérios para aferição da repercussão geral;
- f) Causas do SESI/SENAI como questões objetivas de relevância e transcendência.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar que toda a causa do SESI e do SENAI possui Repercussão Geral de forma objetiva.

8.2 A CRISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O hodierno mundo globalizado todos os dias prova a todos que se ater tão somente a um setor do pensamento humano não possibilita o crescimento do indivíduo, muito menos da sociedade. Um trabalho científico somente alcança maiores passos quando se utiliza de dados e fatos trazidos de diversas fontes, em verdadeira simbiose interdisciplinar.

Uma das questões mais debatidas atualmente na comunidade jurídica é a chamada crise do Supremo Tribunal Federal, suas origens e formas de combatê-la. A aludida situação caótica

consiste no grande aumento anual, em projeção exponencial no tempo, do número de recursos extraordinários que chegam ao Pretório Excelso para seu conhecimento e julgamento.

Uma das principais consequências deste fenômeno é a queda de produtividade do Supremo, pois este deve emitir análise da constitucionalidade dos acórdãos proferidos pelos Tribunais inferiores em tempo recorde, de modo a evitar o acúmulo de questões pendentes. Todavia, a hodierna situação do Pretório Excelso é de um número maior de processos sendo distribuídos do que os julgados.

Segundo extrai-se do sítio eletrônico do STF¹, as estatísticas demonstram que ao todo foram protocolados 100.781 processos em 2008, dentre os quais 37.783 são agravos de instrumento no recurso extraordinário e 21.531 são recursos extraordinários. Da totalidade de AI, 73.915 foram julgados e dos RE, 45.136 foram apreciados.

Destes dados verifica-se que 88,7% dos processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal são de competência recursal.

Análise perfunctória destes dados demonstra que a cada ano que passa mais processos de natureza recursal são distribuídos ao Supremo, crescendo a uma taxa média de 80%. Tais números assim demonstrados são deveras assustadores, mas, por outro lado, indicam aumento da credibilidade no Poder Judiciário, além de demonstrar que está sendo implementado o projeto político democrático da vigente Constituição da República, em que instituições de defesa judicial, tais como Defensoria Pública e associações têm permitido o efetivo e amplo acesso à Justiça à população carente.

Por outro lado, esse aumento vertiginoso de Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumentos interpostos no Supremo Tribunal Federal indicam a possibilidade de juizes e tribunais não estarem laborando de forma plena, observando os preceitos constitucionais em suas decisões e acórdãos ou mesmo não dispensando grandes atenções à fundamentação de seus decisórios, o que resta por causar inconformismo da parte e gera para esta o direito de recorrer às vias excepcionais.

Em poucas linhas já foram suscitadas questões de ordem estrutural e institucional do Poder Judiciário que podem ser a causa da “Crise do Supremo”. Todavia, a cultura brasileira sempre remete os cidadãos a crerem que seus problemas resolvem por normas gerais que dispõem de um caráter corretivo, mas não passa de mero tratamento de sintomas, mas não do problema em si.

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

A lógica do constituinte derivado ao promulgar a Emenda Constitucional n.º 45/2004 provavelmente partiu da seguinte premissa: se o Pretório Excelso está atabalhado com uma infinidade de processos, a solução mais cabível é a de dificultar a distribuição de recursos extraordinários através da repercussão geral e do regime de processamento de RE idênticos, possibilitando o desafogamento de seus trabalhos e melhorando sua atuação enquanto Corte Constitucional. Contudo, essa lógica, a nosso ver, possibilitará a médio e longo prazo o empobrecimento da ciência jurídica, uma vez que reduzir-se-á a produção jurisprudencial no STF, além de permitir que algumas decisões inconstitucionais existam, se não oferecerem real possibilidade de gerar efeitos fora dos respectivos autos.

8.3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/04 E OS MEIOS DE SUPERAÇÃO DA CRISE DO STF

Conhecida como a Reforma do Judiciário, a Emenda Constitucional n.º 45 de 08 de dezembro de 2004 trouxe grandes alterações na estrutura judiciária com o fim de agilizar o julgamento das causas, uma vez que esta demora gera insegurança jurídica e descrédito das instituições. Dentre as inovações destacam-se o reconhecimento expresso da celeridade processual através do princípio da “duração razoável do processo”, a elevação dos tratados internacionais sobre direitos humanos à condição de emendas constitucionais, o deslocamento para a Justiça do Trabalho da competência de processar e julgar todas as relações de trabalho, a criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão fiscalizador da atuação judicial, a criação da justiça itinerante, dentre outras.

Por óbvio, a EC 45 não ficou insensível ao acúmulo de demandas do Supremo Tribunal Federal. Com vias de solucionar a dita crise do Supremo, incluiu o parágrafo 3º no inciso III do artigo 102 do Texto Constitucional, onde impôs à parte recorrente, em sede de recurso extraordinário, o dever de comprovar a repercussão geral, ou seja, a relevância da questão constitucional sobre o aspecto político, jurídico, sócio ou econômico e a transcendência quanto ao mero interesse subjetivo das partes.

A repercussão geral, por seu turno, fora regulamentada pela Lei 11.418 de 11 de novembro de 2006 e internamente no STF pela Emenda Regimental nº 21/2007, em que foram apresentadas

as regras procedimentais desta e criado outro regime jurídico com vias a reduzir as causas recursais apresentadas ao STF: o processamento de RE idênticos.

Antes de enfrentarmos o instituto da repercussão geral, se faz necessário tratar dos aspectos gerais do Recurso Extraordinário.

8.4 ASPECTOS GERAIS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Conforme já demonstrado, o Supremo Tribunal Federal detém a função de guarda da Constituição, a exemplo da Corte Suprema Norte-Americana. Desta forma, cabe ao STF a interpretação da norma constitucional e o julgamento de todas as causas em que versem questões desta natureza, de forma a uniformizar a jurisprudência e padronizar a atuação da sociedade brasileira.

8.4.1 Conceito de recurso extraordinário, previsão constitucional e hipóteses de cabimento

O recurso extraordinário é o meio através do qual as partes submetem ao Supremo Tribunal Federal as causas julgadas em única ou última instância por Tribunais inferiores cujas decisões desrespeitaram a norma constitucional ou sua interpretação pacífica pelo STF. Portanto, o RE, como é conhecido na prática jurídica, tem por objetivo fundamental a manutenção da autoridade da norma constitucional, não sendo, portanto, vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido².

A previsão do regime jurídico do recurso extraordinário, bem como suas hipóteses taxativas de cabimento, encontram-se no artigo 102, III, alíneas e §3º, verbis:

Artigo 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;*
- d) julgar válida lei local contestada em face da lei federal.*

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: RT, 2007. p.127.(Coleção RPC – 3).

.....
 §3º - *No recurso extraordinário o recorrente deverá **demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a **admissão do recurso**, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". (grifos nossos)*

O texto constitucional estabelece o cabimento do recurso extraordinário, a saber: contra causas decididas³ em única ou última instância pelos tribunais recorridos cujo acórdão recorrido (a) contraria dispositivo da CRFB; (b) declara inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julga válida lei ou ato local contestado em face da CR; (d) julga válida lei local contestada em face da lei federal.

Observa-se, portanto, que o recurso extraordinário é importante ferramenta do sistema jurídico democrático, uma vez que sua utilização correta e adequada proporciona a segurança jurídica das instituições e a supremacia do texto constitucional, proporcionando a manutenção das instituições sociais e jurídicas.

Verifica-se, ainda, que o recurso extraordinário não tem o condão de atuar como mero recurso ordinário, posto que seu objetivo não rever a análise provas ou a simples má aplicação do direito material, enfim, fazer do Supremo Tribunal Federal um juízo cognitivo. A Corte Constitucional, em sede de recurso extraordinário, reafirma sua atribuição constitucional de guardião e intérprete da Constituição da República Federativa do Brasil.

Neste sentido, ao julgar o recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal atua no sentido de discutir teses jurídicas, posicionamentos e interpretações acerca da norma constitucional, ou seja, debate questões meramente de direito, e não relativas à prova ou aos fatos. Contudo, no julgamento do recurso extraordinário a Corte Suprema Brasileira empreende na análise de mérito os juízos de cassação (censura) e de revisão (rejulgamento da causa de acordo com sua jurisprudência).

8.4.2 Demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida no caso

Incluída pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, a repercussão geral é pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário e consiste, em breves linhas, na demonstração que a questão constitucional suscitada no caso específico tenha relevância e transcendência.

Desta forma, após a efetiva regulamentação, que só se deu em 03 de maio de 2007, data de início da vigência da Emenda Regimental n.º 21, não basta apenas que o indivíduo tenha

³Dessa expressão vem a necessidade do prequestionamento para a viabilização da interposição dos recursos excepcionais, sendo que o STF adota a tese do prequestionamento ficto (SUM 356 STF) e o STJ não (SUM 211 STJ).

uma causa decidida em última ou única instância por tribunal inferior que viole norma constitucional. A admissibilidade do recurso extraordinário pressupõe que seu possível julgamento resulte em efeitos de interesse geral.

Uma vez que o tema do presente é exatamente discutir o instituto da repercussão geral na causas do SESI/SENAI, este será abordado com mais clareza de detalhes nos próximos itens, apontando suas questões gerais e processuais.

8.5 ASPECTOS GERAIS DA REPERCUSSÃO GERAL

8.5.1 Origem histórica, conceito, natureza jurídica, previsão constitucional e objetivo da repercussão geral

No Brasil, antes da instituição da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, experimentamos o requisito da argüição de relevância da questão afirmada para o seu conhecimento em sede extraordinária (art. 119, III, “a” e “d” c/c § 1º da Constituição da República de 1967 alterada pela EC 01 de 1969). Nada obstante tivessem a mesma função de “filtragem recursal”, a argüição de relevância e a repercussão geral não se confundem⁴.

A argüição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento de recurso extraordinário a priori incabível, tendo assim intuito inclusivo, ao contrário da repercussão geral, que visa excluir do conhecimento do STF controvérsias que assim não se caracterizem, tendo portanto, intuito exclusivo⁵.

A repercussão geral é um pressuposto de admissibilidade específico do recurso extraordinário, cujo objetivo é demonstrar ao Supremo Tribunal Federal que a questão recorrida apresenta relevância sob o aspecto político, jurídico, sócio ou econômico e transcendência, ou seja, seus efeitos ultrapassam os limites subjetivos dos autos e são capazes de criar, modificar, restringir ou extinguir direitos de outras pessoas que não sejam somente as partes litigantes.

Desta forma, garantir-se-ia que ao Supremo Tribunal Federal somente seriam submetidas demandas com complexidade e importância que exigiriam a interferência da Corte Suprema na interpretação da norma constitucional e sua correta aplicação ao caso concreto.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 2008. p.30.

⁵ ALVIM, Arruda. **A argüição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988. p. 26-32.

O instituto em estudo fora acrescido ao sistema jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n.º 45/2004 que incluiu o §3º no artigo 102 da Constituição Federal. A referida norma, todavia, delegou à lei federal a incumbência de regulamentar a repercussão geral.

8.5.2 Regulamentação legal do instituto da repercussão geral

Conforme observa-se do artigo 102, §3º da Constituição Federal, o Texto Magno incumbe à lei federal regulamentar e dar conteúdo normativo à cláusula geral “repercussão geral”.

Destarte, foi publicada a Lei Federal nº 11.418 de 19/12/2006 que incluiu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, regulamentando respectivamente a repercussão geral, seus procedimentos de verificação e julgamento e o regime de processamento de recursos extraordinários idênticos:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§2º - O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§4º - Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§5º - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§6º - O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§7º - A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

O artigo 543-B do CPC regulamenta o regime de processamento de recursos extraordinários idênticos (Recursos Repetitivos), o qual não será objeto do presente estudo. Além da Lei nº 11.418/06, o instituto da Repercussão Geral também foi regulamentado a nível regimental, por meio da Emenda Regimental STF nº 21, de 03 de maio de 2007.

Agora nos ateremos somente ao estudo da repercussão geral.

8.5.3 Definição de matérias que oferecem repercussão geral

Diversamente do regime constitucional de 1969, a definição das questões que oferecem repercussão geral passou a caber à lei federal, notadamente à mencionada Lei nº 11.418/06.

O conceito de repercussão geral é bastante amplo, permitindo uma série de definições e interpretações. Neste sentido, a observância deste instituto há de ser determinada em face dos princípios constitucionais que afetam diretamente a sociedade como um todo, como vida, liberdade, saúde e patrimônio. Por sua vez, estes princípios também possuem baixa concretude jurídica, dificultando a sistematização deste pressuposto de admissibilidade do RE.

Em tentativa de delimitação conceitual, o artigo 543-A, §1º da Lei Processual Civil prevê que a caracterização da repercussão geral há de observar a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os limites subjetivos da causa.

A definição de “questão relevante” é também bastante ampla e por isso de difícil delimitação,

relegando à jurisprudência o preenchimento destas lacunas. Segundo Arruda Alvim⁶ a relevância da questão constitucional observa-se em:

[...] decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação a decisão que contrarie decisão do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação do texto constitucional) etc.; ou, ainda, outros valores conectados a Texto Constitucional que alberguem debaixo da repercussão geral.

Desta forma, questões constitucionais que não apresentem qualquer relevância à sociedade como um todo não ensejam a interposição de recurso extraordinário, uma vez que as causas decididas não de repercutir em toda a comunidade, extrapolando-se os limites subjetivos dos autos.

Há, entretanto, uma espécie de questão atacada em recurso extraordinário que possui presunção absoluta de repercussão geral: decisões contrárias à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 543-A, §3º do CPC.

A norma em comento demonstra a preocupação do legislador infraconstitucional em reconhecer a força vinculativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sua incumbência de guardião da higidez da norma constitucional. Observe-se, todavia, que o artigo 543-A, §3º do CPC não limita à súmula vinculante, mas estende esta presunção de repercussão geral a todos os casos em que se demonstre o posicionamento pacificado na Corte Suprema, sumulado ou não.

Cumpra registrar que decisões em última ou única instância que estão de acordo com a jurisprudência dominante do STF podem oferecer repercussão geral, devendo o recorrente demonstrar a ocorrência deste pressuposto no caso concreto. Em sendo convincente suas alegações, o Supremo poderá inclusive alterar seu posicionamento.

8.6 SISTEMATIZAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

A norma constitucional, conforme já explicitado anteriormente, determinou que a lei federal regulamentaria o instituto da repercussão geral.

⁶ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2002. p.63.

Observa-se que os estudos empreendidos neste trabalho demonstram que o artigo 543-A, §1º inserido pela Lei 11.418/06 no Código de Processo Civil, por seu turno, estabeleceu que relevantes seriam as questões relacionadas aos aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos.

A tentativa de se estabelecer, portanto, critérios objetivos de sistematizar os critérios de aferição da repercussão fora conferida indiretamente à jurisprudência, que deverá preencher a lacuna conceitual dos conceitos vagos previstos no artigo 543-A, §1º do CPC.

Alguns doutrinadores, todavia, realizaram tentativas de estabelecer esses critérios, os encontram-se transcritos a seguir:

*i) repercussão geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico de nosso direito, 'de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente'; ii) repercussão geral política: quando 'de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais'; iii) repercussão geral social: quando se discutissem problemas relacionados à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para propositura de certas ações'; iv) repercussão geral econômica: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.'*⁷
(grifos do autor)

Complementando a sistematização acima transcrita proposta, Vitor Nunes Leal⁸ enumerou hipóteses em que observar-se-ia o critério de relevância das questões submetidas ao Supremo Tribunal Federal, seguindo o modelo norte-americano. Seriam relevantes:

- a) as questões constitucionais;*
- b) as questões de natureza legal:*
 - 1. versando sobre atribuições de autoridades de nível elevado, ou que lidam com interesses de amplas coletividades;*
 - 2. referentes à definição de um instituto tributário, que interesse a centenas de milhares de pessoas;*
 - 3. relativas à interpretação de uma lei que abranja extensa categoria de funcionários públicos;*
 - 4. que versarem sobre uma norma legal que, aplicada de um ou de outro lado, pode afetar fundamentalmente todo um ramo da produção ou comércio;*
 - 5. versando sobre dissídio jurisprudencial em torno de uma lei de aplicação*

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 103-104 (apud DIDIER JR., Fredie. *op. cit.* p. 336).

⁸ LEAL, Vitor Nunes. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 6. p. 16-17 apud FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 291-292.

freqüente (sic), deixando, contudo, de Ter relevo esta questão, se a interpretação razoável da lei for contrariada apenas por uma ou outra decisão isolada, que não chegue a configurar uma corrente jurisprudencial.

Quaisquer critérios ou listas enumerativas que venham a ser adotados, tanto o advogado quanto os órgãos julgadores do Supremo deverão ter em mente que relevante é toda e qualquer causa que apresente ofensa ao interesse público ou a alguma garantia fundamental. E é exatamente nesse contexto que o SESI e o SENAI aparecem.

8.7 CAUSAS DO SESI/SENAI COMO QUESTÕES OBJETIVAS DE RELEVÂNCIA E TRANSCENDÊNCIA

O SESI e o SENAI são serviços sociais autônomos, também denominados pela doutrina como entidades paraestatais, são pessoas jurídicas de direito privado, criados por lei, com o escopo de promover as necessidades de determinadas categorias profissionais e econômicas, relativamente à assistência social e à aprendizagem industrial.

Tais entidades foram uma tentativa de implantação no Brasil do *Welfare State*, após a 2ª Guerra Mundial, onde buscava-se a pacificação social e a solidariedade entre as classes, através da integração da classe produtora e trabalhadora em entidades alheias à estrutura estatal, frente à insuficiência do Estado na persecução dos objetivos pretendidos.

Desta forma, cumpre aos serviços sociais autônomos contribuir para a melhoria do País em seu conjunto institucional, atuando como órgãos de fomento social, conforme doutrina o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹:

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

Apesar da maioria dos serviços sociais autônomos terem sido criados antes da promulgação da Constituição da República de 1988, resta claro que suas finalidades institucionais atendem aos valores constitucionalmente juridicizados, inclusive aqueles que representam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tendo por fundamentos a soberania, a

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica dos serviços sociais autônomos*. Brasília: SEBRAE, 1997. p. 25.

cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político do Estado.

É sob a ótica de realização dos princípios e direitos fundamentais, e conseqüente respeito a dignidade da pessoa humana, que os serviços sociais autônomos devem ser analisados e interpretados. Vale lembrar que tal tese sagrou-se vencedora do primeiro Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico¹⁰

Assim, ao considerar que os serviços sociais autônomos objetivam resguardar o feixe de princípios, direitos e garantias fundamentais balizadoras do Estado Democrático de Direito, mediante a realização de ações do SESI/SENAI focadas nas áreas de educação básica, saúde, lazer e educação profissional, oferecendo aos menos favorecidos meios ao exercício da cidadania plena, está-se diante de evidente instrumento de realização dos direitos fundamentais.

Desta forma, o SESI e o SENAI vêm garantir meios que possibilitem o ser humano desenvolver-se para o exercício pleno da cidadania, promovendo o gozo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, resguardando os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Ao tratarmos do âmbito de impacto subjetivo inerente à locução **repercussão geral**, parece-nos útil tecer algumas considerações sobre o conceito de **interesse social**, especialmente porque, segundo pensamos, essas noções se aproximam e, em certa medida, se implicam.

Entendemos estar fora de dúvida que, quando o constituinte derivado inseriu como pressuposto de cabimento do RE a demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, pretendeu que o conflito de interesses hábil a justificar a intervenção do STF desbordasse do mero interesse subjetivo das partes (interesse individual), alcançando indiretamente um número de indivíduos que, de tão grande mereceria ser traduzido pelo adjetivo **geral**.

Seguindo esse raciocínio, o professor Bruno Dantas¹¹ aproxima os conceitos **geral** e **social**, tendo em vista que em ambos o foco é o bem comum.

¹⁰ GUIMARÃES, Marco Antônio. Os Serviços Sociais Autônomos enquanto instrumentos realizadores do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso social. PRÊMIO ENASS DE TRABALHO JURÍDICO: 5º ENCONTRO NACIONAL DOS ADVOGADOS DO SESI-SENAI. Brasília: SESI/SENAI, 2007. p. 183-200.

¹¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**: questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 237.

Portanto, considerando o escopo de atuação do SESI¹² é:

[...] 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.

E que um dos objetivos do SENAI¹³ é:

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.

Diante do exposto, resta caracterizada a repercussão geral nas causas do SESI e do SENAI, pela relevância sob o aspecto **social** e a transcendência pelo **interesse geral**, tendo em vista tais entidades indispensáveis para o pleno exercício da cidadania no gozo dos direitos fundamentais da saúde, educação e bem estar social.

8.8 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos às seguintes conclusões:

1. A Repercussão Geral foi criada pela Emenda Constitucional nº 45 e regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 para ser um pressuposto específico de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, como uma das formas para se combater a chamada “Crise do STF”.
2. A repercussão geral é um pressuposto de admissibilidade específico do recurso extraordinário, cujo objetivo é demonstrar ao Supremo Tribunal Federal que a questão recorrida apresenta relevância sob o aspecto político, jurídico, sócio ou econômico e transcendência sobre o mero interesse subjetivo das partes.
3. O SESI e o SENAI são serviços sociais autônomos, também denominados pela doutrina como entidades paraestatais, pessoas jurídicas de direito privado, criados por lei, com o escopo de promover as necessidades de determinadas categorias profissionais e

¹² Art. 1º do Regulamento do Serviço Social da Indústria – Decreto nº 57.375 de 2 de dezembro de 1965.

¹³ Art. 1º, “a” do Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Decreto nº 494 de 10 de janeiro de 1962.

econômicas, relativamente à assistência social e à aprendizagem industrial.

4. Portanto, são entidades de interesse social, por conta de seus objetivos regulamentares/regimentais, sendo ainda, instrumentos para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana e do pleno exercício da cidadania.
5. Assim, uma causa de interesse do Sesi e do Senai será sempre uma causa de interesse geral, coincidindo assim com o interesse social.
6. Restando caracterizada a repercussão geral nas causas do Sesi e do Senai, pela relevância sob o aspecto **social** e a transcendência pelo **interesse geral**, tendo em vista tais entidades indispensáveis para o pleno exercício da cidadania no gozo dos direitos fundamentais da saúde, educação e bem estar social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, *in* WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. **A argüição de relevância no recurso extraordinário.** São Paulo: RT, 1988

_____. **Regulamento do Serviço Social da Indústria.** Decreto nº 57.375 de 2 de dezembro de 1965.

_____. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.** Decreto nº 494 de 10 de janeiro de 1962.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, Marco Antônio. **Os Serviços Sociais Autônomos enquanto instrumentos realizadores do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso social.** Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico: 5º Encontro Nacional dos Advogados do SESI-SENAI. Brasília: SESI/SENAI, 2007.

LEAL, Vitor Nunes. **Revista de Direito Processual Civil.** v. 6. p. 16-17.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil.** 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** São Paulo: RT, 2007. (Coleção RPC, n. 3)

MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário.** São Paulo: RT, 2008.



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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Natureza Jurídica dos serviços sociais autônomos**. Brasília: SEBRAE, 1997.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



**9 – A CONTRATAÇÃO FORMAL DE “HORISTA” PARA
REGULARIZAR A RELAÇÃO DE TRABALHO EM
SUBSTITUIÇÃO À CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS
AUTÔNOMOS E COOPERADOS NA ÁREA DE
FORMAÇÃO PROFISSIONAL**

LEANDRO GAYER GUBERT (RELATOR)

CARLOS JOSÉ KURTZ

FRANCISCA JOSÉ DE MELO

WANESSA FIGUEREDO

DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

9.1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido visa disseminar entre os demais Departamentos Regionais do SENAI a experiência vivida no SENAI do Estado de Santa Catarina quando da mudança na forma de contratação dos profissionais da educação, que deixaram de ser “autônomos” e “cooperados”, passando a ter uma relação de trabalho formal na condição de “horistas”.

A intenção é explorar o significado real de “instrutor” e “professor” frente a própria natureza e realidade da entidade SENAI.

A prática de uma relação formal de trabalho com os profissionais da educação, além de atender a norma legal que veda a terceirização da atividade fim, é um elemento de integração e comprometimento que repercute diretamente na qualidade e na própria gestão da entidade.

O modelo de contratação sugerido é claro, justo e adequado à realidade do SENAI e atende, também, os desejos do profissional contratado.

A obrigatoriedade de se estabelecer esta relação formal com os trabalhadores, exceção feita àquelas atividades relacionadas no Enunciado 331 do TST, está cada vez mais evidente nas pautas dos órgãos de fiscalização, onde não vislumbramos a hipótese de reversão.

As adequações a este modelo de contratação são e serão sempre necessárias, no sentido de se buscar o aprimoramento das relações, assegurando direitos ao empregado e segurança jurídica ao empregador.

Dentro deste enfoque, o presente trabalho pretende apresentar um estudo que possa auxiliar outros Departamentos Regionais quando se depararem com situação semelhante vivenciada pelo SENAI de Santa Catarina.

9.2 HISTÓRICO

9.2.1 A experiência com Cooperativas de Trabalho – Um breve histórico

As cooperativas de trabalho se difundiram pelo país com a promessa de serem a solução de todos os problemas trabalhistas, ou seja, promovendo trabalho e renda aos cooperados e serviço, agilidade e economicidade aos tomadores dos serviços.

Tal prática foi ainda mais reforçada quando da publicação da Lei 8.949, de 9.12.94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, nos termos seguintes:

Parágrafo único – Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Ocorre que o trabalho destes profissionais, ditos cooperados ou autônomos, era realizado em condições caracterizadoras da subordinação, na medida em que não só estavam atuando junto a atividade fim do SENAI, mas também, submetiam-se as regras pedagógicas e administrativas do próprio SENAI.

A lei que acrescentou o § único, ao artigo 442 da CLT, visou apenas os casos de cooperados que realizavam trabalho eventual ou de curta duração e não vinculados a atividade fim da empresa. Interpretar de modo diverso, ou literalmente, é abrir campo para graves deformações incompatíveis com o caráter protetivo da lei trabalhista.

A partir do ano de 2003, o SENAI/SC começou a ser inspecionado pela Delegacia Regional do Trabalho e pela Procuradoria do Ministério Público do Trabalho a respeito da contratação de autônomos e cooperados que atuavam diretamente na educação profissional.

Após algumas reuniões e como forma de se evitar autuações e aplicações de penalidades foi negociada a aplicação de um cronograma gradativo de descontinuidade da contratação de autônomos e cooperados, assim como uma crescente contratação formal destes profissionais.

Atendendo ao compromisso firmado com a Delegacia Regional do Trabalho e Procuradoria do Ministério Público do Trabalho, a evolução do quadro de pessoal foi o seguinte (Referência: mês de dezembro de cada ano):

ANO	Nº de colaboradores registrados no quadro de pessoal do SENAI/SC	Nº de cooperados contratados (nº aproximado)
2002	595	1500
2003	1098	-
2004	1795	-
2005	2015	-
2006	2298	-
2007	2514	-
2008	2700	-
2009	2832	-

9.2.2 O Termo de Compromisso – Ministério do Trabalho e Emprego



9.2.3 O Termo de Ajustamento de Conduta – Ministério Público do Trabalho



9.3 INSTRUTOR X PROFESSOR

9.3.1 Definições

A questão do profissional horista passa também pela discussão do binômio INSTRUTOR X PROFESSOR, na medida em que os direitos trabalhistas das duas categorias são distintos.

Segundo o MEC é professor aquele que tem licenciatura na área. Professores trabalham com alunos, instrutores trabalham com aprendizes. Portanto, professor dá aula, instrutor dá treinamento. Para muitos é a mesma coisa, mas, na verdade, trata-se de uma inocência conceitual.

Não há como confundir os instrutores do SENAI/SC com os professores da educação regular, ou seja, não há como confundir instrutores com professores. A grande diferença entre ambos é o tipo de conteúdo transmitido, o saber teórico (professores) versus o saber fazer (instrutores).

O professor tem uma fala explicativa. Por parte do aluno, o que ele faz é compreender, assimilar o que foi ensinado pelo professor. Já o instrutor mostra como se faz determinada tarefa, fazendo-a ele próprio. O aprendiz observa e repete a atividade prática.

Assim, com exceção dos trabalhadores que ostentam a qualidade de professor (categoria diferenciada), os demais profissionais do SENAI estão devidamente vinculados ao SENALBA/SC, entidade sindical de trabalhadores que corresponde à atividade preponderante da empresa, qual seja, orientação e formação profissional na área da indústria.

Em suma, os instrutores e monitores do SENAI, não pertencem à categoria diferenciada dos professores, estando, portanto, regularmente vinculados ao sindicato profissional que corresponde à atividade preponderante da empresa.

O SENAI/SC é um órgão social autônomo, de direito privado, sem fins lucrativos, que ministra FORMAÇÃO PROFISSIONAL para aperfeiçoamento de profissionais da indústria.

No caso, os seus “instrutores” não se enquadram na categoria de “PROFESSOR”, prevista no art. 318 da CLT, ficando sujeitos às mesmas condições dos demais empregados, previstas no art. 58 e seguintes da CLT.

9.3.2 Jurisprudências

Muito embora a discussão proposta não seja recente, permanece considerável a jurisprudência no sentido de não reconhecer a condição de professor aos instrutores e monitores do SENAI.

Neste sentido, anota-se alguns julgados:

EMENTA: Instrutor do Senac – Profissão Diversa da de Professor – Não é professor o instrutor de ensino do SENAC, visto tratar-se de profissional que detém conhecimento próprio na área de seu mister e com isto apenas promove treinamento de aperfeiçoamento ou qualificação da mão-de-obra. 00220-2009-024-03-00-3 RO - Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região – Minas Gerais.

EMENTA: Professor X Instrutor. Categoria Diferenciada. Extensão das CCTs. Impossibilidade. O instrutor de ensino de curso livre de informática, ainda que denominado como “professor”, com ele não se equipara, já que a este são exigidos requisitos legais inerentes à atividade docente, nos termos do artigo 317/CPC. 00695-2002-101-03-00-8 RO - 8ª Turma do TRT – 3ª Região

Neste sentido, o c. TST já decidiu no RR-457234 -1998 2ª Turma, Relator Juiz Carlos Francisco Bernardo, DJ Data: 03-05-2002, Decisão em 10/04/2002:

Recurso de Revista - Instrutor de Ensino Profissionalizante - Enquadramento na Categoria Diferenciada de Professor. O artigo 317 da CLT exige para o enquadramento do trabalhador na categoria diferenciada dos professores a habilitação legal e registro no Ministério da Educação. A necessidade de ministrar aulas não é mencionada. A prova não autoriza considerar o reclamante como integrante da categoria diferenciada de professor. Precedentes deste C. TST. Recurso patronal que é provido.

[...]

A controvérsia diz respeito ao enquadramento sindical do instrutor profissional de ensino profissionalizante. O artigo 317 da CLT exige para o enquadramento do trabalhador na categoria diferenciada dos professores a habilitação legal e registro no Ministério da Educação. Não menciona, em nenhum momento, a necessidade de ministrar aulas. O fato de o reclamante dar aulas teóricas e práticas não o configura como professor, na acepção da norma legal citada. No caso dos autos, restou consignado pelo v. acórdão regional que o reclamante não tinha formação profissional em magistério. A reclamada, SENAI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, como é público e notório, ministra formação profissional para a indústria, mediante instrutores profissionalizantes, qualificados, em regra, pela experiência adquirida no desempenho de seu mister, não se classificando como estabelecimento de ensino. Assim, não há como equiparar o reclamante, instrutor profissional, como professor

ante a ausência do preenchimento dos requisitos legais. Nesse sentido são as seguintes decisões proferidas em ações ajuizadas contra a mesma reclamada, in verbis :

REAJUSTES SALARIAIS NORMA COLETIVA- CATEGORIA DIFERENCIADA - PROFESSORES - INSTRUTOR DO SENAI - INAPLICABILIDADE. O instrutor do SENAI, profissional qualificado, em regra, pela experiência adquirida no desempenho de seu mister, preleciona ensinamentos nos campos industriais e comerciais, com ênfase no treinamento profissional, objetivando a qualificação e aperfeiçoamento da mão-de-obra, diferenciando-se dos professores, categoria diferenciada, que exercem a docência e que, por força de lei, deverão ser habilitados na área de sua competência e devidamente registrados no Ministério da Educação (art. 317 da CLT), não se lhes aplicando as normas coletivas firmadas pela categoria dos professores. [...] (RR-398.069/97, 1ª Turma, Rel. Min. Deoclécia Amorelli Dias Relatora J 24-08-2001, pág. 769).

INSTRUTOR DO SENAI - ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR - Instrutores de ensino do SENAI não podem ser enquadrados como professores, por força do artigo 317 da CLT, pois não atendem aos requisitos para o exercício daquela profissão. E não sendo 'professores', como essa categoria diferenciada definida em lei, não gozam de jornada especial, improcedendo o pedido de horas extras (RR-394.850/97, Ac. 3ª T, Rel. Min. Antônio Fábio Ribeiro, DJ 18/12/98).

INSTRUTOR DE ENSINO PROFISSIONALIZANTE. ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA DIFERENCIADA DE PROFESSOR - Não se caracteriza como professor o instrutor de ensino profissionalizante, cujas atividades são voltadas para o ensinamento teórico e prático no campo industrial e comercial, dando ênfase à prática profissional, quando os requisitos legais exigidos para o enquadramento na categoria diferenciada de professor não foram preenchidos (RR-271.021/96, Ac. 4ª T, Rel. Min. Wagner Pimenta, DJ 7/8/98).

9.3.3 Roteiro da contratação de horista

A modalidade de colaboradores horistas é aplicada apenas para contratação de profissionais que atuam exclusivamente em sala de aula e coordenação de cursos.

Abaixo, apresentamos as especificidades de contratação de colaboradores horistas:



9.4 RECRUTAMENTO, SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO

9.4.1 Processo Seletivo

A contratação de colaboradores horistas deve atender a demanda planejada pela Unidade, obedecidas às características básicas descritas no Plano de Cargos e Salários e a documentação necessária para cadastro, sendo que a contratação dos colaboradores horistas é a mesma dos demais profissionais.

Para efetivar a contratação é necessária a assinatura do Contrato de Trabalho e do Termo de Adesão, com aceite de ambas as partes, além do registro em CTPS.

9.4.2 Termo de Adesão

Termo de Adesão é um compromisso estabelecido, semestralmente, entre as partes, com as seguintes características:

- O instrutor toma conhecimento e compromete-se a desenvolver as atividades previstas no período.
- Devem ser relacionadas as atividades e número de horas previstas para cada mês.
- Deve constar o cronograma semestral de atividades projetadas para o período.

- Ao final do semestre o total de horas constantes no Termo de Adesão deve corresponder com o total de horas efetivamente trabalhadas, lançadas no Registro de Horário de Trabalho.
- No caso de divergência entre as horas consignadas no Termo de Adesão e Registro de Horário de Trabalho, far-se-á necessária uma justificativa do Diretor da Unidade, com a devida anuência do colaborador.
- O valor do salário/hora é acrescido do DSR (Descanso Semanal Remunerado), 1/6 da remuneração apurada mensalmente.
- Os cargos, para a modalidade de horistas, são os seguintes:

Especialista Horista subdividido em:

Grupo I - Formação em Nível Técnico

Grupo II - Formação em Nível Superior

Grupo III - Formação em Nível de Especialização

Grupo IV - Formação em Nível de Mestrado

Grupo V - Formação em Nível de Doutorado

- Não havendo previsão de atividade laboral para o semestre, o profissional é comunicado e, no mesmo instrumento, manifesta a sua vontade de permanecer ou ser desligado do quadro de pessoal da entidade.

9.4.3 Modelo do Contrato de Trabalho

CONTRATO DE TRABALHO DE HORISTA

O contrato de trabalho, que entre si fazem, de um lado o SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI/SC, Departamento Regional de Santa Catarina, CNPJ Nº 03.774.688/0001-55, denominado simplesmente EMPREGADOR, e de outra parte _____ doravante denominado EMPREGADO.

1 - O EMPREGADO prestará os serviços na Unidade do SENAI/SC- FLORIANÓPOLIS, bem como em outros locais designados pelo EMPREGADOR neste Estado, percebendo R\$ _____ por hora efetivamente trabalhada e/ou apoio técnico pedagógico (acompanhamento do plano de ensino, docente e discente), acrescida do repouso semanal remunerado, de acordo com a Lei 605/1949, enquadrado no cargo de ESPECIALISTA HORISTA grupo salarial I, exercendo a função de INSTRUTOR BÁSICO, Nível _____.

2 - A jornada de trabalho do EMPREGADO é estabelecida no sistema de horas trabalhadas, cuja previsão vem definida no documento, TERMO DE ADESÃO, firmado a cada período (semestre ou ano), que passa a integrar o presente contrato.

3 - O EMPREGADO obriga-se a cumprir a programação estipulada no TERMO DE ADESÃO e seguir instruções de acordo com as orientações recebidas do EMPREGADOR, bem como elaborar o material didático a ser utilizado, quando não for utilizado o já existente do EMPREGADOR. 4 - O número de horas mensais trabalhadas do EMPREGADO será definido a cada período, ficando livre o EMPREGADOR para diminuir e aumentar a carga horária quando necessário e de acordo com as disciplinas oferecidas a cada período, sem que isto caracterize alteração do contrato de trabalho. 5- O EMPREGADO deverá informar, antes do início de cada período, sua intenção e disponibilidade para a prestação dos serviços, que será confirmada ou alterada pelo EMPREGADOR em prazo hábil ao início das atividades. 6- O EMPREGADO compromete-se à leitura do Regimento Interno do EMPREGADOR e à sua obediência.

7 - Além dos descontos previstos em Lei, reserva-se o EMPREGADOR o direito de descontar do EMPREGADO as importâncias correspondentes aos danos causados por ele. 8 - O presente contrato de experiência é válido por quarenta e cinco dias, com início em ___/___/___, prorrogável por mais quarenta e cinco dias, podendo então se converter em prazo indeterminado, nos termos da legislação trabalhista.

9 - O Empregado se responsabiliza em manter sempre atualizado o endereço residencial

ou de contato, sob pena de vir a ser caracterizado o abandono de emprego, no caso de não atender a uma convocação feita pelo Empregador.

10 - O empregado cede ao empregador, que dará ao material a utilização que lhe convier, o direito de uso e propriedade dos materiais de sua autoria, desenvolvidos em função do cargo exercido.

Por assim se encontrarem justos e contratados, assinam o presente impresso em 02 (duas) vias de igual teor e forma e para um só efeito. Florianópolis, ___ de _____ de 2010.

Empregado

Empregador

9.4.4 Modelo do Termo de Adesão

TERMO DE ADESÃO

Colaborador _____, matrícula: _____, adere ao cronograma de trabalho descrito abaixo. O referido cronograma poderá ser revisto, por ambas as partes, num prazo de até 30 dias antecedentes ao início da atividade.

Curso	Disciplina	Unidade de Realização do Curso	Mês/Ano	Previsão de Horas
<input type="checkbox"/> Não concordo com o cronograma acima, ficando no aguardo de uma nova proposta no período seguinte. _____ Profissional Horista		<input type="checkbox"/> Concordo com o cronograma acima. _____ Profissional Horista		
Data: ___/___/___		Empregador: _____		

9.4.5 Modelo do Comunicado (sem previsão de atividade laboral)**COMUNICADO AO PROFISSIONAL HORISTA**

O SENAI/SC comunica ao colaborador horista, Sr. _____, matrícula nº _____, que não há previsão de atividade laboral, vinculada a sua formação profissional, programada para o ()1º ()2º semestre do ano de _____, seja em razão da não disponibilidade de atividades, de disciplinas ou do próprio curso.

Assim, em respeito ao princípio da vontade, gostaríamos da manifestação do colaborador em relação as seguintes hipóteses:

() Ciente da situação, mesmo sem atividade laboral, gostaria de permanecer registrado no quadro de pessoal do SENAI/SC, aguardando a programação de atividades do semestre seguinte;

() Ciente da situação, sem atividade laboral, não tenho interesse em permanecer registrado no quadro de pessoal do SENAI/SC.

Local e data

Diretor da Unidade

Colaborador Horista

9.5 OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS**9.5.1 Jornada de Trabalho**

A jornada de trabalho do profissional horista é de, no máximo, 8 horas/aula diárias (hora/aula de 60 minutos), estando limitada à média mensal de 120 horas no semestre.

O número de horas mensais é definida a cada período (semestral ou anual), podendo diminuir ou aumentar, quando necessário, e de acordo com as disciplinas oferecidas a cada período, sem que isso caracterize alteração do contrato de trabalho.

O próprio contrato de trabalho celebrado entre as partes foi bastante claro em estabelecer que:

4 – O número de horas mensais trabalhadas do EMPREGADO será definido a cada período, ficando livre o EMPREGADOR para diminuir e aumentar a carga horária quando necessário e de acordo com as disciplinas oferecidas a cada período, sem que isto caracterize alteração do contrato de trabalho.

Sendo assim, denota-se que o salário hora-aula do horista não é diminuído e que a fixação do número de aulas é atribuído em face da demanda de alunos.

Por analogia a situação que se apresenta à categoria dos professores, segundo a orientação jurisprudencial nº 244, da SDI do TST, é possível a redução da carga horária do professor, decorrente da diminuição do número de alunos, sem que isso constitua alteração contratual lesiva, já que preservado o valor da hora-aula.

9.5.2 Pagamento

Os colaboradores horistas recebem mensalmente o valor correspondente ao número de horas efetivamente trabalhadas.

Para o cargo de instrutor horista, deve ser observado que a remuneração mensal é fixada pelo número de horas/aulas de 60 minutos, constantes na matriz curricular, acrescida de 1/6 referente ao Descanso Semanal Remunerado (DSR), que é calculado automaticamente pelo Sistema de Folha de Pagamento não necessitando incluir essas horas no lançamento do Termo de Adesão.

9.5.3 Férias

O instrutor horista tem direito ao gozo das férias somente depois de completar o período aquisitivo de 12 meses.

As férias do profissional horista são pagas pela média de horas realizadas no período aquisitivo, acrescidas do terço constitucional.

Por ser o INSTRUTOR HORISTA pago por hora, com jornadas variáveis, deve ter suas férias calculadas nos moldes do art. 142, § 1º, da CLT e do Enunciado nº 149 do TST, qual seja, a média das comissões pagas nos últimos doze meses da contratualidade.

O art. 142, § 3º, da CLT é claro ao estabelecer que “quando o salário for pago por hora, com jornadas variáveis, apurar-se-á por base a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.”

O Enunciado nº 0149 do TST também determina que “A remuneração das férias do tarefeiro deve ser a base média da produção do período aquisitivo, aplicando-se-lhe a tarifa da data da concessão.”

9.5.4 13º salário

O 13º Salário é pago com base na média de horas realizadas no exercício, proporcional aos meses trabalhados.

9.5.5 Rescisão do Contrato de Trabalho

Na rescisão do contrato do profissional horista, as verbas pagas são as mesmas de um mensalista.

9.6 BENEFÍCIOS E INCENTIVOS

9.6.1 Acordo Coletivo de Trabalho

O SENAI/SC possui um pacote de benefícios com objetivo de melhorar as condições de trabalho e qualidade de vida do colaborador.

A aprovação, alteração e exclusão dos principais benefícios está vinculada ao acordo coletivo entre SENAI e Sindicato.

Na tabela abaixo estão apresentados os principais benefícios e incentivos de acordo com a modalidade de contratação:

N.º	Benefício/Incentivo	Mensalista	Horista
	Adiantamento Salarial para compra de equipamentos de informática	X	X
	Ajuda ao Dependente Excepcional	X	NA
	Auxílio Autodesenvolvimento	X	X
	Auxílio Creche	X	NA
	Auxílio Funeral	X	X
	Auxílio Transferência	X	X
	Convênio CIESC	X	X
	Convênio Farmácia	X	NA
	Convênio Odontológico	X	NA
	Convênio Seguro para Automóveis e Residência	X	X
	Desconto para Dependente em Cursos do SENAI	X	X
	Licença Casamento (cinco dias úteis)	X	X
	Licença Funeral (cinco dias)	X	X
	Plano de Previdência Privada	X	X
	Plano de Saúde - Único	X	NA
	Plano de Saúde - Uniflex	X	NA
	Plano de Saúde - Especial	X	X
	PPR - Plano de Participação nos Resultados	X	X
	Seguro de Vida em Grupo	X	X
	Ticket Alimentação/Refeição	X	NA
	Vacina Anti-gripal	X	X

9.7 VANTAGENS

É certo que os Estabelecimentos de Ensino privados, de um período letivo para o outro, deparam-se com a incógnita acerca do efetivo de alunos que serão matriculados para o próximo período, podendo ser superior ou inferior ao número anterior.

Daí nasce a necessidade de se aumentar ou diminuir a carga horária semanal do profissional.

Assim, nos últimos tempos, a demanda de docentes conseguiu ser abastecida pela funcionalidade do sistema de horista e, ao mesmo tempo, as entidades de educação passaram a contar com um corpo docente mais qualificado, formado por profissionais atuantes, sem expandir a contratação em tempo integral, que se mostra operacionalmente inviável.

A modalidade horista, sendo funcional para completar a oferta, faz com que o docente circule por várias instituições de ensino, ao mesmo tempo em que mantém vínculo formal e comprometimento direto, com possibilidade de qualificação, com a formação profissional do SENAI.

A contratação de colaboradores na modalidade de horistas, trouxe muitas vantagens para o SENAI/SC e para os profissionais que foram contratados.

O SENAI/SC passou a ter informações que facilitaram a gestão dessas pessoas, como por exemplo a formação curricular, formação extra-curricular, experiência profissional, idade, estado civil, número de filhos entre outros.

Com base nessas informações e com a preocupação de fortalecer a cultura organizacional da entidade, bem como, aumentar a satisfação desses colaboradores, vários programas foram aperfeiçoados e/ou ampliados para atender esse público.

Pode-se dar destaque ao Plano de Desenvolvimento de Pessoas, que passou a contemplar esses colaboradores; ao Programa de Autodesenvolvimento, que passou a subsidiar a formação dessas pessoas; ao Plano de Participação nos Resultados, no qual os mesmos foram incluídos; a Pesquisa de Satisfação Interna, que foi aplicada e deu origem a um plano de ação específico para esse público; ao Plano de Endomarketing, cujas ações previstas, como confraternizações de final de ano, dia do trabalho, jogos internos e outros, foram também estendidas aos horistas.

Além dos programas já citados, esse público também passou a ter benefícios como plano de saúde, auxílio funeral, seguro de vida em grupo e plano de previdência privada e desconto educação para seus dependentes.

Como reflexo de todo este modelo, que teve início no ano de 2003, em 2004 o SENAI/SC foi finalistas no Prêmio Nacional da Qualidade e a partir de 2004, de forma consecutiva, o SENAI/SC teve seu nome indicado na lista das Melhores Empresas para se trabalhar no país. Em 2006, o SENAI/SC recebeu o prêmio Top Educacional Professor Mario Palmares e em 2009 o Prêmio Ser Humano da ABRH.

9.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tem a pretensão de apresentar uma modalidade de contratação formal de “horista”, como forma de regularização da relação de trabalho, em substituição à contratação de profissionais autônomos e cooperados na área de formação profissional.

Foram coligidas diversas experiências e análises de riscos. E não se trata de um modelo fechado e definitivo.

A ferramenta sugerida pode ser utilizada, sem maiores preconceitos, sofismas ou traumas, como mecanismo para a regularização de um problema muito mais grave, ou seja, da alegada precarização da relação de emprego, através do uso de autônomos ou cooperados.

A verdadeira pretensão deste trabalho foi, também, dar uma contribuição a um tema que, mais cedo ou mais tarde, certamente, vai ser disseminado em todos os Departamentos Regionais do SENAI, renovando e semeando idéias, com o intuito de fazê-las germinar na consciência daqueles que podem vir a ser intimados a apresentar respostas ágeis às postulações judiciais ou de qualquer outro órgão de controle ou fiscalização.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. II. Rio de Janeiro: Saraiva, p. 171, 1989.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em: <<http://www.trt03.gov.br>>

ROMITA, Arion Saião. **Direito do trabalho**: termos em aberto. São Paulo: LTr, 1999. p. 637.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 39. ed. atual. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Disponível em: <www.trt12.jus.br>.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



**10 – O CARÁTER DAS METAS DE REDUÇÃO DE
GASES DE EFEITO ESTUFA PREVISTAS NA POLÍTICA
NACIONAL DE MUDANÇA DO CLIMA**

**MARCOS ABREU TORRES
DEPARTAMENTO NACIONAL**

10.1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar o caráter das metas de redução da emissão de gases de efeito estufa previstas na Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC.

O tema é de interesse geral: primeiro porque, segundo Vargas (2008, p. 45), “nenhum assunto merece mais atenção, em escala global, do que a mudança do clima”. E, segundo, porque as consequências da aprovação da PNMC poderão obrigar diversos segmentos do setor produtivo brasileiro a reduzir suas atividades.

Para entender melhor a discussão vale a pena descrever sucintamente o que é o efeito estufa e traçar um histórico do arcabouço jurídico que norteia o tema.

Em seguida será analisada a participação do Brasil no processo de discussão e formatação jurídica da mudança do clima, a partir dos comentários e opiniões das principais autoridades envolvidas, e que culminou na aprovação da Lei mencionada.

Por fim, chega-se ao objeto proposto neste artigo, analisando, a partir das dúvidas e especulações jurídicas que têm surgido, se as metas fixadas pela PNMC possuem caráter voluntário ou obrigatório e suas possíveis consequências.

10.2 O QUE É O EFEITO ESTUFA

O efeito estufa é a retenção de calor na atmosfera situada próxima à superfície terrestre, agravada pelo acúmulo de gases liberados, dentre outros processos, na decomposição de matéria orgânica e na queima de florestas e de combustíveis fósseis, principalmente o CO₂ (dióxido de carbono), aquecendo o Planeta.¹

É um processo que sempre ocorreu naturalmente, mesmo sem a interferência antrópica. Dentro de uma determinada faixa, é de vital importância, pois mantém o Planeta aquecido perto dos +15 °C. Acredita-se que sem esse fenômeno a temperatura média poderia oscilar em torno dos -18 °C.

O problema surge quando o ser humano passa a interferir na natureza, lançando ao ar

¹ KRIEGER et. al., 2008. p. 116.

quantidades de gases estufa² maiores do que o Planeta consegue absorver. Isso sobrecarrega a atmosfera, fazendo com que os raios solares sejam dissipados em menor grau, o que pode causar aquecimento acima da média, deslocando populações, diminuindo a produção de alimentos, aumentando doenças e pragas, e causando o desaparecimento da fauna e flora.³

Muito se fala em aquecimento global. Todavia, cientistas têm anunciado evidências de resfriamento incomum em alguns pontos do globo. Diante disto, a comunidade científica preferiu adotar o termo “mudanças climáticas”, que abrange tanto os efeitos de elevação como os de redução térmica, como as alterações atípicas dos fenômenos naturais (chuvas, ventos, *etc.*).

10.3 BREVE HISTÓRICO

A preocupação da comunidade internacional com o clima começou, de fato, na década de 1970: em 1977, cientistas detectaram um buraco na camada de ozônio sobre a Antártida. Desde então, têm se constatado que esta camada está se tornando mais fina, especialmente nas regiões polares.

A primeira Conferência Mundial sobre o Clima realizada pela ONU ocorreu em 1979 (Genebra, Suíça), e reconheceu que a mudança do clima era um problema grave e de interesse global e que as emissões antrópicas de dióxido de carbono poderiam causar significativas mudanças climáticas.⁴

Esta preocupação levou à celebração do Protocolo de Montreal (1989), em que os países signatários se comprometeram a substituir as substâncias que reagem com o gás ozônio (O₃), destruindo esta camada. A camada de ozônio impede uma maior penetração dos raios solares ultravioleta, causadores de melanoma nos seres humanos.

No ano seguinte, na 2ª Conferência Mundial sobre o Clima, estabeleceu-se a necessidade de um tratado mais abrangente. Em maio de 1992, a ONU apresentou em Nova York a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (mais conhecida por Convenção do Clima), disponibilizada para assinatura dos países em junho de 1992, durante a Eco 92 no Rio, e entrando em vigor em 1994.⁵

² Os principais gases estufa são o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄), o óxido nitroso (N₂O) e os Perfluorcarbonetos (PFC's).

³ FRANKE; HACKBART, 2008. p. 2.

⁴ BORTOLOZI; FREITAS, 2010. p. 38.

⁵ No Brasil a Convenção do Clima foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 01/94 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 2.652/98.

A norma traduz o principal instrumento jurídico internacional para os esforços mundiais no combate a mudança do clima. Seu principal objetivo é estabilizar a concentração dos gases de efeito estufa na atmosfera em nível tal que assegure o equilíbrio climático, sem obstar o desenvolvimento dos países envolvidos.

Um dos princípios destacados na Convenção do Clima é a pedra de toque que fundamenta a distinção entre as obrigações dos países desenvolvidos e em desenvolvimento.⁶ Segundo o princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, os países desenvolvidos têm maiores responsabilidades no combate às mudanças climáticas do que os países em desenvolvimento, pelo fato de terem emitido mais gases de efeito estufa desde que se desenvolveram (cientistas atribuem a concentração atual dos gases estufa acima dos níveis naturais ao resultado de atividades econômicas passadas).⁷

Com base neste princípio os signatários foram separados em países do Anexo I (países desenvolvidos) e países não-Anexo I (países em desenvolvimento).

Com base na responsabilidade diferenciada, os países do Anexo I concordaram em reduzir suas emissões a níveis abaixo das suas emissões de 1990. Se não puderem fazê-lo, poderão comprar créditos de carbono dos países em desenvolvimento.

Os países em desenvolvimento, por seu turno, não possuem metas de redução de emissões, mas apresentam alguns compromissos, como a implantação de programas nacionais de mitigação e adaptação a mudança do clima, elaboração de inventários das fontes de emissões, entre outros.⁸

Apesar de estar mais para uma declaração de princípios, a Convenção do Clima previu alguns instrumentos para atingir seus objetivos, como a Conferências das Partes (COP), órgão decisório máximo com poder para “examinar a implementação da Convenção, bem como os instrumentos jurídicos que ela própria adotou, tomando as medidas necessárias para sua implementação”.⁹

Logo na primeira reunião da COP ficou claro que para atingir o objetivo principal proposto pela Convenção do Clima seria necessário estabelecer, em um instrumento jurídico mais detalhado, metas quantitativas para os anos futuros.

⁶ Vargas (2008, p. 46) qualifica este princípio como a “coluna vertebral do regime internacional sobre a mudança do clima”.

⁷ Não se trata de consenso geral na ciência do clima. Existe a corrente dos cientistas conhecidos como céticos, assim denominados por não acreditarem que as mudanças atuais vistas no clima global seja consequência de atividades desenvolvidas pelo homem no passado recente. Para estes, o Sol está em um período de atividade intensa, causando desequilíbrios na atmosfera terrestre.

⁸ ROSA, 2005. p. 12.

⁹ KAKU, [s.d]. p. 16.

Assim, em 1997, na COP 3 realizada no Japão, foi adotado o Protocolo de Quioto,¹⁰ mas que somente entrou em vigor em 2005. Por este Protocolo os países do Anexo I da Convenção do Clima se comprometiam a reduzir, entre 2008 e 2012, a emissão dos gases estufa em aproximadamente 5% abaixo aos níveis emitidos em 1990.

O Protocolo também criou um instrumento de flexibilização para auxiliar os países desenvolvidos a cumprir a meta assumida: trata-se do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). Por meio do MDL são implementadas atividades de projeto de redução de emissão de gases estufa. Cada vez que uma atividade reduz sua emissão, é calculado o volume de gás que deixou de ser emitido, gerando uma quantidade proporcional de crédito. Esse crédito pode ser negociado com países do Anexo I, que poderão utilizá-los para atingir suas metas de redução.

O Protocolo de Quioto previu um primeiro período de vigência, que vai até 2012. Até lá os países signatários da Convenção do Clima continuariam se reunindo para fixar novas metas e instrumentos de mitigação aos efeitos das mudanças no clima. A intenção era que na COP 15, realizada em dezembro de 2009 em Copenhague (Dinamarca), os países chegassem a um consenso das novas metas que passariam a vigorar no segundo período de vigência do Protocolo, a começar em 2013.

Também era esperado que os países em desenvolvimento se comprometessem mais, pois, segundo Motta (2010, p. 10), caso seja “mantido o padrão e o nível da taxa de crescimento, países como China, Índia e Brasil logo terão uma responsabilidade importante e, sem a contribuição deles, uma ação global rápida e eficaz será muito mais difícil.”

No entanto, nada de concreto foi obtido, ficando a esperança de que melhores resultados sejam conseguidos na próxima COP, em dezembro de 2010.

10.4 A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL

A participação brasileira mudou de reativa no passado para protagonista proativo e respeitado no presente. O Brasil foi sede da Cúpula da Terra em 1992 (Eco 92), quando foi assinada a Convenção do Clima. Além disso, foi brasileira a ideia da criação de um Fundo de Desenvolvimento Limpo e que sofreria mutações até se transformar no MDL.

¹⁰ O Brasil aprovou o Protocolo de Quioto no Decreto Legislativo nº 144/02 e o promulgou no Decreto Presidencial nº 5.445/05.

Antes da aprovação do Protocolo de Quioto, a delegação brasileira era a favor de que os países não-Anexo I não assumissem quaisquer obrigações que restringissem o desenvolvimento.

Nos últimos anos, todavia, foi ficando mais evidente a contribuição dos países em desenvolvimento na mudança do clima, em especial China, Índia, Brasil e Indonésia. Este novo panorama favoreceu os países do Anexo I a pressionar os demais a também assumir metas de redução.

Tal pressão surtiu conseqüência nas duas esferas: (i) internacionalmente, a intenção de apresentação de metas voluntárias de redução pela delegação brasileira na COP 15, posteriormente formalizada em comunicação à ONU e, (ii) internamente, a aprovação da Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC.

Na comunicação encaminhada à ONU em janeiro de 2010, como resultado do Acordo de Copenhague, o Brasil formalizou o anúncio feito pelo Presidente Lula na COP 15, indicando as ações de mitigação que o país intencionava adotar no âmbito da Convenção do Clima.

Houve a preocupação de ressaltar que estas ações possuíam caráter voluntário, devendo ser implementadas de acordo com a Convenção do Clima, em especial nos art. 4, §§ 1 e 7, art. 10, § 2(a) e art. 12, §§ 1(b) e 4.

Tais artigos reconhecem, além de outros princípios e disposições, a responsabilidade comum mas diferenciada dos países signatários, bem como que o efetivo cumprimento dos compromissos assumidos pelos países em desenvolvimento dependerá do cumprimento dos compromissos assumidos pelos países desenvolvidos, considerando que o desenvolvimento sócio-econômico e a erradicação da pobreza são as prioridades primordiais e absolutas daqueles países.

Uma questão a se analisar a partir da carta encaminhada à ONU é a natureza do seu compromisso. Soares (2003, p. 172) inclui as declarações unilaterais dos Estados como mais uma fonte de obrigações do Direito Internacional (que serão vistas mais adiante). Portanto, considerando a melhor doutrina, a comunicação realizada pelo Brasil em decorrência do Acordo de Copenhague vincularia o País perante a comunidade internacional. Todavia, há que se lembrar que esta comunicação foi expressa e clara em ressaltar que o compromisso que o Brasil assumiria naquele momento teria natureza voluntária, a ser implementado de acordo com os princípios e dispositivos da Convenção do Clima.

Quanto a este ponto Müller, Geldhof e Ruys (2010, p. 23) recordam que a Corte Internacional de Justiça já reconheceu expressamente a possibilidade de que declarações unilaterais sejam

utilizadas como fontes do direito internacional. O autor cita o caso do julgamento dos testes nucleares franceses no oceano Pacífico. A Austrália e a Nova Zelândia contestavam que a França continuava a realizar testes nucleares na Polinésia Francesa, não obstante suas declarações passadas de que os testes seriam suspensos. Naquele caso a Corte entendeu que para que tivessem consequências legais, as declarações unilaterais deveriam (i) ser públicas ou de conhecimento geral da comunidade internacional; e (ii) demonstrar a intenção do país de se vincular legalmente àquelas declarações. Desse modo, a formalidade das declarações unilaterais poderia ser dispensada.

Andou bem a Corte Internacional de Justiça, pois a soberania dos países declarantes tem que ser assegurada. Portanto, caso o país declare expressamente que não possui a intenção de se vincular obrigatoriamente a uma determinada declaração, sua vontade não pode ser distorcida, ainda que para atender o interesse geral. No caso em análise, vale recordar que a comunicação feita pelo Brasil à ONU referia-se expressamente à voluntariedade dos compromissos assumidos. Assim, esta declaração não poderá ter seu sentido distorcido de modo a converter o compromisso em obrigatório, sob pena de ferir a soberania e a autonomia da vontade brasileira.

10.5 O CARÁTER DAS METAS PREVISTAS NO ART. 12 DA PNMC

Visto como se deu o processo histórico de formatação dos principais instrumentos jurídicos estrangeiros para o combate às mudanças do clima e o papel do Brasil, que culminou na aprovação da Lei da PNMC, cumpre verificar o caráter das metas previstas nesta norma.

Um dos objetivos da PNMC é a proteção do sistema climático, mediante a redução das emissões de gases estufa. Para alcançá-lo, a norma fixou o compromisso de adotar medidas para reduzir as emissões, conforme dispõe o artigo abaixo:

Art. 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

Uma leitura isolada pode conduzir à ideia de que se trata de um compromisso obrigatório. Argumenta-se que o adjetivo “voluntário” qualifica o compromisso assumido pelo Brasil perante a comunidade internacional nos tratados atinentes a mudança do clima, nada tendo

que ver com o vínculo interno imposto pelo legislador, este sim de caráter cogente.

É que a oração “como compromisso nacional voluntário” teria sido colocada entre vírgulas a fim de ser considerada um aposto, acrescentado para explicitar a posição que a delegação brasileira viria a adotar na COP 15 – uma espécie de anúncio de boa-fé. Diferente seria se as vírgulas fossem retiradas; daí não restaria dúvida que o adjetivo “voluntário” se referiria às ações de mitigação das emissões gasosas.

Todavia, tal contorcionismo gramatical não se sustenta. Primeiramente, utilizando-se da mesma técnica de interpretação gramatical, pode-se chegar à conclusão inversa. É que a riqueza da língua portuguesa permite interpretações das mais variadas.

Sabe-se que na gramática os apostos exercem a mesma função sintática de outro elemento a que se referem,¹¹ neste caso ao substantivo “ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa”, sendo, assim, prescindíveis. Ora, nenhum elemento posto em uma norma pode ser considerado prescindível, pois, como se sabe, a lei não contém palavras inúteis.

A oração “como compromisso nacional voluntário” foi colocada entre vírgulas a fim de demonstrar que se trata de uma adjetivação intercalada do substantivo “ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa”. Assim, o adjetivo “voluntário” estaria qualificando as ações de mitigação previstas na própria Lei.

Ainda que estivesse gramaticalmente correto o entendimento de que o adjetivo “voluntário” se refere ao compromisso brasileiro assumido no Acordo de Copenhague, juridicamente não seria possível. O Direito pátrio ensina que as normas internas não são fontes do Direito Internacional. Neste sentido, Soares (2003, p. 171) esclarece que, tradicionalmente, consideram-se como fontes formais das obrigações internacionais aquelas enunciadas no art. 38 do Estatuto da corte Internacional de Justiça, *verbis*:

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe foram submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;*
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito;*
- c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;*

¹¹ CUNHA; CINTRA, 1985. p. 152.

d) sob reserva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.¹²

Na esfera exterior, o Brasil se relaciona juridicamente com os demais países através dos institutos consagrados do Direito Internacional, em especial os tratados e as convenções. As normas internas brasileiras não possuem o condão de “dar satisfação” ou de exteriorizar a posição do País frente à comunidade estrangeira.

Os principais instrumentos jurídicos internacionais que regem a questão climática, vistos resumidamente acima, posicionam o Brasil como país em desenvolvimento, o que quer dizer que não possui a obrigação de reduzir suas emissões de gases estufa.

Também cabe pontuar que o art. 84, inc. VIII, da Constituição Federal atribuiu privativamente ao Presidente da República poder para celebrar tratados e convenções, *i.e.*, o Congresso não dispõe de competência para assumir compromissos internacionais.

Seria de certo modo contraditório que, no plano internacional, o País assumisse compromisso facultativo, mas internamente os transformasse em obrigatório. Geraria desconfiança nas instituições públicas e privadas que colaboraram com o processo de formação da posição brasileira nas negociações climáticas.

Não há dúvidas de que o compromisso do Brasil internamente e perante a comunidade internacional de reduzir suas emissões de gases estufa é voluntário. As Ações Nacionais Apropriadas de Mitigação (Namas) que o país adotará para honrar este compromisso voluntário, além do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), serão objeto apenas de sistemas de MRV - mensuração, reportação e eventual verificação doméstica (e não estrangeira), reportadas através de relatórios nacionais, podendo, eventualmente, ser analisadas e consultadas por organismos internacionais. Trata-se de um sistema para conferir maior transparência nas relações entre os países, mas que é inerente às obrigações dos países em desenvolvimento fixadas nos principais instrumentos jurídicos internacionais que regem a mudança do clima.

Pode parecer inapropriado que o Direito preveja regras não cogentes. Entretanto, há que se observar que a PNMC se insere em um ordenamento jurídico totalmente distinto: o

¹² O autor ainda acrescenta as declarações unilaterais dos Estados, conforme visto acima.

da mudança do clima.¹³ ¹⁴ Trata-se de uma disciplina jurídica nova e com características próprias, a exemplo do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, que confere o fundamento jurídico para a adoção de metas obrigatórias por algumas partes e voluntárias por outras.

Superada a questão da voluntariedade das metas fixadas na PNMC, outras dúvidas podem surgir: (i) poder-se-ia supor que, na prática, a voluntariedade da norma seria inócua, forçando a interpretação de que somente metas obrigatórias atingiriam os objetivos da PNMC?; e (ii) o detalhamento das ações para alcançar as metas da PNMC, através de decreto do Poder Executivo, poderia transformar estas metas em obrigatórias?

Para a primeira indagação, mister ressaltar que o Direito pátrio costuma adotar dois sistemas distintos para fazer cumprir a lei: o comando e controle e os mecanismos de incentivos.

Comando e controle, nas palavras de Castello (2008, p. 1011), “é a regulação que enfatiza o legalismo, condenando meios e fins legais, e processando aqueles que não obedecem aos *standards* estabelecidos”.

Já os mecanismos de incentivo objetivam influenciar os agentes privados, estimulando ou desestimulando determinadas condutas ou atividades. Pressupõe-se que o agente optará pela atividade que lhe for mais benéfica.

Tais sistemas são antagônicos: enquanto um busca a efetividade das normas através da ameaça da punição pelo seu descumprimento, o outro segue o caminho inverso, oferecendo incentivos àqueles que optam por atender as regras previstas.

Todavia, mormente na legislação ambiental, é comum que estes sistemas sejam utilizados de modo complementar. A Lei nº 9.985/00¹⁵ é um exemplo: ao mesmo tempo que prevê instrumentos de comando e controle para a implantação de unidades de conservação, através do pagamento da compensação ambiental, oferece aos agentes econômicos que instituírem tais espaços incentivos tributários (isenção do Imposto Territorial Rural) e acesso preferencial aos recursos do Fundo Nacional de Meio Ambiente e à concessão de crédito agrícola.¹⁶

¹³ A Convenção do Clima, v.g., é uma soft law, não sendo considerada um tratado impositivo, com normas e regras cogentes.

¹⁴ Certos tratados, como a Convenção do Clima, refogem à tipicidade tradicional do Direito Internacional (SOARES: 2003; p. 175).

¹⁵ Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC.

¹⁶ MILARÉ: 2007; p. 672.

Castello (2008, p. 1011) observa com razão que

[...] a ferramenta de comando e controle é muito criticada porque ela estabelece o procedimento que deve ser utilizado pelo regulado para atingir os standards, não permitindo que o regulado escolha o melhor procedimento. Consequentemente, o comando e controle não estimularia a inovação, pois o regulado deveria seguir o procedimento estabelecido na regulação, independentemente da existência de um outro procedimento, mais novo, mais barato e menos poluente.

A limitação do comando e controle fez com que os legisladores envolvidos nas discussões climáticas optassem por instrumentos que respondessem melhor e mais rapidamente a um mundo cada vez mais globalizado, pragmático e tecnológico. Daí a predominância dos mecanismos de incentivo sobre os demais na Convenção do Clima e no Protocolo de Quioto (o MDL, em especial).

Outro motivo é que o princípio da soberania internacional torna complicado a um tratado impor sanções aos países faltosos com as suas disposições. Assim, a melhor forma de se conseguir compromissos e resultados é através de instrumentos de mercado e estímulos econômicos.

Esta fórmula foi repetida na PNMC, que não previu nem vinculou seus objetivos a instrumentos de comando e controle; ao contrário, inúmeras são as vezes em que a Lei cita mecanismos de incentivo: (i) utilização de instrumentos financeiros e econômicos para promover ações de mitigação e adaptação à mudança do clima (art. 5º, inc. VII); (ii) apoio e fomento às atividades que efetivamente reduzam as emissões ou promovam as remoções por sumidouros de gases de efeito estufa (art. 5º, inc. IX); (iii) medidas fiscais e tributárias destinadas a estimular a redução das emissões e remoção de gases estufa (art. 6º, inc. VI); (iv) linhas de crédito e financiamento específicas (art. 6º, inc. VII); (v) mecanismos financeiros e econômicos referentes à mitigação da mudança do clima e à adaptação aos efeitos da mudança do clima que existam no âmbito da Convenção do Clima e do Protocolo de Quioto (art. 6º, inc. X); (vi) mecanismos financeiros e econômicos referentes à mitigação e à adaptação à mudança do clima (art. 6º, inc. XI).

Além do mais, o comando e controle não estimula o desenvolvimento sustentável, pois tal sistema não assegura que as melhores tecnologias serão utilizadas nos processos produtivos, mas apenas aquelas suficientes para atender o mínimo padrão legal.

Diante do exposto, a eficácia da PNMC não pode ser colocada em xeque pelo fato de a norma não ter previsto instrumentos de comando e controle. Demonstrou-se acima que no âmbito internacional os mecanismos econômicos e de mercado são altamente eficazes.

A outra divagação ventilada acima se refere à possibilidade de que o detalhamento das ações para alcançar as metas da PNMC descaracterize a sua voluntariedade, tornando-as, na prática, obrigatórias.

Tal hipótese seria juridicamente inapropriada. O decreto que vier a regulamentar a PNMC não poderá inovar o seu conteúdo. Conforme preceitua o art. 84, inc. IV, da Constituição, ao Presidente compete expedir decretos e regulamentos “para a fiel execução das leis”, *i.e.*, o regulamento tem que ser fiel ao que diz a lei, não podendo promover alterações explícitas no seu conteúdo, nem implícitas que possam induzir o aplicador do direito a uma interpretação distinta do sentido original previsto.

Mello (2003, p. 311) conceitua o regulamento como o “ato geral e abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (grifos no original).

Portanto, a liberdade que o Executivo terá em regulamentar a PNMC limitar-se-á ao conteúdo necessário para a sua operacionalização, não podendo extrapolar nos direitos e obrigações previstos. Com efeito, o regulamento da PNMC deve trazer incentivos que induzam o cumprimento das metas e não a obrigação de cumpri-las.

10.6 CONSEQUÊNCIAS REFERENTES AO CARÁTER DAS METAS

A depender do entendimento que se tenha acerca do caráter das metas previstas na PNMC, diversos cenários podem ser imaginados.

Caso as metas possuam natureza voluntária, o *status quo* das relações obrigacionais seria mantido, com exceção do acesso a créditos e financiamentos de instituições financeiras oficiais, que ficaria condicionado à intenção dos agentes em cumprir as metas estabelecidas nos planos setoriais. A obtenção dos incentivos tributários e econômicos previstos na PNMC também poderá seguir o mesmo rumo.

Vale mencionar que estas iniciativas coadunam-se com a Constituição, que fixou como um dos princípios da ordem econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, inc. VI).

Por outro lado, interpretando-se as metas como obrigatórias, o cenário se modifica, podendo-se imaginar reflexos mais realista ou pessimista.

A obrigatoriedade poderá condicionar o licenciamento ambiental de novos empreendimentos e atividades ao cumprimento das metas setoriais de redução.

Outra consequência pode ser a inelegibilidade de projetos de MDL no país, tendo em vista a impossibilidade de se atender ao critério da adicionalidade. Segundo Sabbag (2008, p. 41), a adicionalidade, um dos critérios para a aprovação de um projeto de MDL, é atendida quando a implementação de um projeto reduz as emissões de gases estufa em níveis inferiores ao que teriam ocorrido na ausência daquele projeto.

Ocorre que o órgão responsável pela aprovação das normas internacionais referentes aos projetos de MDL entende que as normas ambientais aprovadas pelos países hospedeiros de projetos de MDL são implicitamente consideradas no conceito de adicionalidade. Ou seja: existindo uma exigência legal que induza a redução de emissões de gases estufa, não se poderia considerar que esta somente fosse alcançada mediante a implantação de um projeto de MDL.

Portanto, o entendimento de que as metas da PNMC possuem caráter cogente pode significar o fim dos projetos brasileiros de MDL.

Ainda dentro de um cenário mais realista, a obrigatoriedade do cumprimento das metas da PNMC pode criar hipóteses em que aquele que não atenda ao quanto disposto nos planos setoriais estaria sujeito ao cometimento do crime ambiental previsto no art. 60 da Lei nº 9.605/98:¹⁷

*Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou **contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:** (grifo nosso)*

***Pena** - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.*

¹⁷ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Ou, de igual modo, sujeito às sanções previstas no Decreto nº 6.514/08,¹⁸ caso viole o disposto no seu art. 66, com redação idêntica ao artigo supra. Neste caso, a norma prevê sanção de multa que pode variar de R\$ 500,00 a R\$ 10 milhões, sem prejuízo de embargo ou suspensão do empreendimento ou da atividade.

Sob uma ótica mais pessimista, poder-se-ia imaginar, além do cenário descrito acima, a possibilidade de que os órgãos licenciadores entendam que a renovação da Licença Ambiental de Operação ficará condicionada ao cumprimento da PNMC e seus regulamentos. Destarte, não só os novos empreendimentos e atividades, mas também os já em funcionamento, teriam que se adequar aos novos parâmetros legais.

Parte da doutrina entende possível exigir a adequação do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades já existentes, desde que na fase de renovação da Licença de Operação. Milaré (2007, p. 428) assim justifica tal posicionamento:

[...] a ordem econômica e a livre iniciativa são norteadas pela defesa do meio ambiente, assim como o exercício do direito de propriedade. (...) as normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, têm aplicação imediata e se aplicam não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos efeitos atuais e futuros dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (facta pendentia). Estas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes de sua edição (facta praeterita). (grifos do autor)

Por fim, um cenário mais pessimista ainda poderia ocorrer se a ciência do clima decidir classificar os gases de efeito estufa como agentes poluidores.¹⁹ Neste caso, ainda que possa parecer improvável, sob pena de colocar em risco a própria sustentabilidade do ser humano,²⁰ ficar-se-ia passível de estar cometendo crimes e infrações administrativas tipificadas como

¹⁸ Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

¹⁹ Os gases de efeito estufa não são considerados pela ciência climática como agentes poluentes, uma vez que alguns deles são emitidos pela própria natureza, sem interferência do homem, a exemplo do metano (CH₄), que pode ser gerado pelo metabolismo de animais ruminantes ou pela decomposição de matéria orgânica. Há rumores, porém, de que a Agência de Proteção Ambiental dos EUA (Environmental Protection Agency) estaria analisando a possibilidade de incluir o dióxido de carbono (CO₂) na relação de gases poluentes.

²⁰ Ainda não existe um modelo de vida na Terra que não emita gás estufa. Até mesmo as atividades naturais, como o metabolismo biológico, são fontes emissoras de gás carbônico.

causadoras de poluição, conforme preveem os arts. 54²¹ da Lei nº 9.605/98 e 61²² do Decreto nº 6.514/08.

Esta classificação temerária permitiria, ainda, a imputação da responsabilidade civil ambiental, que, por ser objetiva, reclama a existências de três elementos: ação ou omissão, dano e nexos causal (o dolo e a culpa são prescindíveis). Atividade e dano são possíveis de se constatar; o nexos causal, todavia, não. Por mais que se argumente em contrário, o formalismo da ciência jurídica exigiria que a causalidade entre as emissões antrópicas de gases estufa e a mudança do clima fosse evidente, o que a ciência ainda não foi capaz de atender.²³

Contudo, a reversão desta situação evidenciaria o nexos causal, tornando possível a imposição de ações civis públicas em face daqueles que não cumprissem suas metas setoriais previstas pela PNMC e suas normas regulamentares.

10.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia da adoção de metas, seja no contexto internacional ou internamente, não deve ser medida por seu caráter obrigatório ou voluntário. Não se pode ignorar que no Brasil a realidade, em algumas situações, é fator mais determinante do que a letra fria da norma para que uma lei “pegue” ou não; assim, a caracterização das metas como obrigatórias não seria, por si só, uma garantia de efetivo cumprimento da PNMC.

A adoção de metas impositivas poderia ser prejudicial ao desenvolvimento, na medida em que oneraria os setores obrigados a se adaptar e reduziria a competitividade industrial, impedindo ou diminuindo as oportunidades de hospedagem de projetos de MDL, além de poder causar uma retração na oferta de energia elétrica nos próximos anos. Segundo Vargas (2008, p. 50), isso significaria uma desaceleração drástica no crescimento econômicos dos países em desenvolvimento.

²¹ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

²² Art. 61. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da biodiversidade: Multa de R\$ 5 mil a R\$ 50 milhões.

²³ Há doutrinadores que argumentam a possibilidade de se dispensar a prova do nexos de causalidade entre a atividade e o dano para imputação da responsabilidade civil decorrente de danos relacionados a mudança do clima: (i) nos casos em que produtos nocivos são colocados no mercado (STEIGLEDER: 2010; p. 33); (ii) através da adoção da teoria do escopo da norma violada, tendo em vista que a prova do nexos causal é mais uma questão jurídica do que fática (LEMOS: 2010; p. 73); (iii) ou mesmo por meio da inversão do ônus da prova em favor das vítimas do dano (FENSTERSEIFER: 2010; p. 109).

Pode se pensar em prognósticos negativos na execução das políticas públicas ambientais caso se houvesse optado por metas obrigatórias, em especial quanto ao licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades com fontes de emissões de gases de efeito estufa, seja para novas instalações, seja na renovação da licença dos já existentes. Um cenário pessimista poderia conduzir à moratória no licenciamento ambiental de novas atividades industriais e agrícolas, por exemplo.

Adeptos do sistema de comando e controle poderiam, no entanto, questionar a eficácia de metas voluntárias. A mesma, caso sejam obrigatórias, responder-se-ia, ou até maior. É possível ter uma política arrojada mesmo com metas voluntárias, pois, como já demonstrado, dependerá muito mais dos mecanismos criados pela PNMC e do contexto político e econômico para a sua execução.

Ademais, para Motta (2010, p. 11), as metas brasileiras permitirão, pela primeira vez, uma quantificação mais apurada das intenções do País, nas quais as negociações poderão se basear daqui em diante.

A voluntariedade das metas da PNMC evidenciada para os agentes privados não se repete em relação aos públicos. Com efeito, trata-se de uma política que vincula o Poder Público, que deverá adotar ações a fim de alcançar os objetivos propostos na norma. Grande parte da redução das emissões poderá ser obtido combatendo-se o desmatamento ilegal das florestas e suas queimadas. Estudos indicam que as emissões brasileiras causadas por estas atividades giram entre 50% e 75% do total nacional, portanto bem acima dos quase 40% indicados no art. 12 da PNMC.

Especialistas no tema da mudança do clima são unânimes em apontar a necessidade de focar a redução das emissões no combate às atividades ilícitas mencionadas. Para Nobre (2008, p. 6), grande parte das emissões brasileiras, além de decorrer de atividades ilegais, “está dissociada de real crescimento econômico”.

Motta (2010, p. 14) diz que

Metas nacionais concentradas no controle do desmatamento podem oferecer ao país uma significativa vantagem comparativa, pois a redução do desmatamento é, sem dúvida, menos restritiva ao crescimento econômico que as restrições ao consumo de energia, inclusive no processo industrial.

A responsabilidade de um problema criado por uma parcela que age na ilegalidade não pode ser transferida para outra, especialmente quando se identifica que a causa principal do problema reside na ineficiência do Estado no controle do crime organizado na Amazônia e em outras regiões, e que estudos estimam que o custo para conter o desmatamento é quase a metade do que o custo da maioria das ações de mitigação e adaptação no parque industrial.

REFERÊNCIAS

BORTOLOZI, Madina Luana; FREITAS, Vladimir Passos de. Constitucionalidade e reflexos das iniciativas legislativas do Estado e do Município de São Paulo relativas às mudanças climáticas. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanessa Buzelato. (Orgs.) **Direito e Mudanças Climáticas: inovações legislativas em matéria de mudanças climáticas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

CASTELO, Melissa Guimarães. O Papel dos Instrumentos Econômicos e das Ferramentas de Comando e Controle na Redução da Emissão dos Gases de Efeito Estufa. In: BENJAMIM, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia. (Coords.). **Congresso Internacional de Direito Ambiental: mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. v. 2.

CUNHA, Celso; CINTRA, Lindley. **Nova gramática do português contemporâneo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

DUTSCHKE, Michael. **O Brasil como ator no processo da política climática**. Disponível em <http://homologa.ambiente.sp.gov.br/proclima/publicacoes/publicacoes_portugues/brasil_ator_politica_climatica.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais ocasionados pelas mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da correspondente proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanessa Buzelato. (Orgs.) **Direito e Mudanças Climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

FRANKE, Idésio Luis; HACKBART, Rolf. Mudanças climáticas: vulnerabilidades socioeconômicas e ambientais e políticas públicas para a adaptação no Brasil. In: **IV Encontro Nacional de Anppas**. Brasília: Anppas, 2008.

KAKU, William Smith. **A convenção-quadro das nações unidas sobre mudanças do clima e o contexto Brasil**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/14434/13998>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

KRIEGER, Maria da Graça. et. al. **Dicionário de direito ambiental: terminologia das leis do meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Mudanças climáticas e responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanessa Buzelato. (Orgs.). **Direito e mudanças climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **A regulação das emissões de gases de efeito estufa no Brasil**. Brasília: IPEA, 2010.

MÜLLER, Benito; GELDHOF, Wouter; RUYS, Tom. **Unilateral declarations: the missing legal link in the bali action plan**. Oxford (Reino Unido): ECBI Policy Report, 2010.

NOBRE, Carlos. Mudanças climáticas e o Brasil: contextualização. In: **Parcerias Estratégicas**, n. 27. Brasília: CGEE, dezembro de 2008.

REGGIANI, Marcela Costa Pinto. **O posicionamento político do Brasil no regime de mudanças climáticas**: uma discussão de dois níveis. Disponível em <http://homologa.ambiente.sp.gov.br/proclima/publicacoes/publicacoes_portugues/posicionamento_politico_br_mc.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010.

ROSA, Luiz Pinguelli. A importância de uma política climática brasileira. In: **Parcerias Estratégicas**, n. 21. Brasília: CGEE, dezembro de 2005.

SABBAG, Bruno Kerlakian. **O Protocolo de Quioto e seus créditos de carbono**: manual jurídico brasileiro de mecanismo de desenvolvimento limpo. São Paulo: LTr, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanessa Buzelato. (Orgs.). **Direito e mudanças climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

VARGAS, Everton Vieira. A Mudança do Clima na Perspectiva do Brasil. In: FAUSTO, Sérgio Fausto. (Ed.). **Interesse Nacional**, ano 1, n. 1. São Paulo: Associação Interesse Nacional, 2008.

VIOLA, Eduardo. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 50, out. 2002.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



11 – A COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA E ARRECADATÓRIA DO SESI E DO SENAI

PATRÍCIA DA SILVA
DEPARTAMENTO NACIONAL

11.1 A QUESTÃO PROPOSTA

Tendo em vista sentença proferida pelo Juiz Federal Rafael Soares de Souza, na Ação Ordinária (de cobrança) consubstanciada nos autos do processo n.º 2009.85.00.005441-7, que moveu o Serviço Social da Indústria - SESI contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a fim de executar dívida relativa ao não pagamento da contribuição social geral, com base e Notificação de Débito expedida pela fiscalização do Departamento Regional de Sergipe, surgiu a questão controvertida que motiva o presente artigo.

O mencionado magistrado, fundamenta sua sentença nas seguintes afirmações: (i) *a cobrança (da referida contribuição) há de ser feita, hoje, pela União (pfn), que é a entidade com competência para lançar e executar débitos via execução fiscal – Lei n.º 6.830/1980;* (ii) *o SESI não integra a Administração e, portanto, não possui autoridades a ele vinculadas daí porque as notificações de débito de fls. são nulas.*

Propõem-se este artigo a refutar às duas afirmações invalidando-as por meio da composição de uma lógica argumentação sobre a competência arrecadatória e fiscalizatória do SESI e, em decorrência desta a possibilidade de aferição e constituição do débito da contribuição parafiscal não adimplida pelo contribuinte por meio de ato análogo ao lançamento, e a necessária extensão das mesmas garantias e privilégios do crédito tributário.

Preliminarmente importa frisar que não há controvérsia sobre a natureza tributária das contribuições devidas seja ao SESI, seja ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, motivo pelo qual tais considerações não serão objeto do presente artigo, partindo-se portanto da seguinte premissa lançada por Marco Aurélio Greco¹:

[...] Se a razão de ser da contribuição é existir uma finalidade e um determinado grupo, e a exigência de pagamento é feita em solidariedade ao grupo à luz da finalidade, o destino da arrecadação dever ser a favor desse mesmo grupo, na busca da finalidade

11.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO SESI

Como sabido e ressabido, o SESI é uma entidade de direito privado, constituída na forma de lei civil, com o escopo de prestar assistência social aos trabalhadores da indústria e atividades assemelhadas, cumprindo suas finalidades institucionais na forma do art. 1º e seu § 1º, do

¹ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 240.

Decreto-Lei nº 9.403 de 25 de junho de 1946:

Art. 1º. Fica atribuído à Confederação Nacional da Indústria o encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI), com a finalidade de estudar, planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes

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

Na promoção social do trabalhador da indústria, o SESI implanta e desenvolve uma série de Programas e Projetos na área da saúde, alimentação, educação, recreação, trabalho, economia e convivência social, atuando ao lado do Estado em atividades de manifesto interesse público, constituindo-se, pois, em importante instrumento de paz social no País.

Ao discorrer sobre as atividades dos Serviços Sociais Autônomos, como o SESI e SENAI se enquadram, Hely Lopes Meirelles² assevera que:

Estas entidades trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários.

Entretanto, para o custeio de suas despesas, o SESI, não tendo fins lucrativos, é mantido por contribuições mensais arrecadadas compulsoriamente junto aos estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da Indústria, bem como das empresas das categorias econômicas dos transportes ferroviários e metroviários, das comunicações e da pesca, consoante previsão legal que se contém expressa no art. 3º do Decreto-Lei nº 9.403/46, literis:

² MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, [s.d.]. p. 338.

Os estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da Indústria (art. 577 da CLT, Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943), bem como aqueles referentes aos transportes, às comunicações e à pesca, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social da Indústria para realização de seus fins.

Essa contribuição e a legislação que a disciplina foram recepcionadas pelo art. 240 da Constituição Federal, e, inicialmente, foi estipulado o percentual de 2% (dois por cento) incidente sobre a mesma base de cálculo da contribuição previdenciária, qual seja, o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados, como dispõe o art. 3º, §1º do Decreto-Lei nº 9.403/46.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, a contribuição devida ao Sesi veio a ser fixada no percentual de 1,5% estipulado pelo art. 24 do referido Diploma Legal, mantida, no entanto, a mesma base de cálculo. O artigo 30 da Lei 8.036/90, manteve o mesmo percentual.

11.3 DA NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS ENTES DE COOPERAÇÃO

Serviços sociais, por definição de Carvalho Filho³ são os que o Estado executa ou delega para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos.

Verifica-se que sendo tais serviços deficitários o Estado ou delegados são financiados por meio de recursos obtidos junto à comunidade em geral, ou junto à comunidade beneficiária dos referidos serviços sociais, sempre por meio de tributos.

Sendo assim, a natureza jurídica dos serviços prestados pelos entes de cooperação, especificadamente pelo Sesi, são serviços sociais não exclusivos do Estado, que como não são executados por entidade com fins lucrativos há de custear suas atividades por meio da contribuição social própria.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 23. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2010. p. 354.

Em perfeita sintonia com as disposições do art. 7º do Código Tributário Nacional (Lei Federal nº 5.172/66), importa ressaltar a excepcional capacidade ativa tributária dos entes de cooperação, em decorrência da outorga legal do ente político que os criou, enfatizando que não apenas “...as pessoas jurídicas de direito público podem exercer tal papel...”, mas importa a inegável existência de situações excepcionais, como , *in casu*, as paraestatais (SESC, **SESI**, SENAC, SENAI e SEBRAE), perfeitamente justificáveis em face do desempenho por estas de atividades de absoluto interesse público.

Lembre-se, fundamentalmente que as atividade de interesse público significam a realização dos direitos fundamentais e sociais, relevância esta que justifica a excepcionalidade da possibilidade de, mesmo não sendo pessoa jurídica de direito público, deter legal e constitucionalmente a capacidade tributária para fiscalizar e arrecadar as contribuições que lhe são devidas em casos específicos, como no caso de “*Convênio de Arrecadação Direta*”.

Cumprе ressaltar ainda, que nossos Tribunais NUNCA titubearam em reconhecer a legitimidade ativa do SESI, para cobrar judicialmente a contribuição compulsória oriunda de celebração de Convênio de Arrecadação Direta, como demonstram, exemplificativamente, o acórdão abaixo, procedente do nosso E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS. SESI. SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. LEGITIMIDADE PARA COBRAR EM JUÍZO AS CONTRIBUIÇÕES INADIMPLIDAS. SÚMULA 516 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUJEIÇÃO DO SESI À JUSTIÇA ESTADUAL. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ. ART. 170 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE ISOLADA. TAXA QUE ENGLOBA TANTO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA QUANTO JUROS. 1. A rescisão do Convênio de Arrecadação Direta não tem, absolutamente, o condão de tolher o direito do SESI de cobrar os valores que lhe são devidos. As contribuições parafiscais em comento, via de regra arrecadadas e fiscalizadas pelo INSS, são destinadas exclusivamente ao custeio das atividades do SESI, tendo este, enquanto destinatário constitucional das contribuições, legitimidade para cobrar em juízo as verbas inadimplidas. 2. O SESI é pessoa jurídica de direito privado que mesmo beneficiando-se de contribuição criada por lei federal, cuja arrecadação e fiscalização cabem via de regra a autarquia federal (INSS), não se transforma, por óbvio, em autarquia federal, razão pela qual não se engloba no previsto no art. 109, I, da Constituição da República, para fins de se sujeitar à Jurisdição Federal. Sujeita-se, em verdade, à Jurisdição Estadual, nos termos da Súmula 516 do Supremo Tribunal Federal.

3. *É tranqüila a jurisprudência pátria no sentido de que os Títulos da Dívida Pública, especialmente os emitidos há muito tempo, no início do século XX, não podem ser utilizados para compensação de créditos tributários, porquanto ausentes requisitos essenciais que lhes confirmam liquidez, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional.* 4. *A taxa SELIC engloba correção monetária e juros de mora, não podendo, por isso, ser aplicada concomitantemente a outro índice, seja de correção monetária, seja de juros de mora, sob pena de 'bis in idem'. É possível que a taxa SELIC seja aplicada (a partir de 1º janeiro de 1996), porém sempre exclusivamente. RECURSO DE APELAÇÃO 1 NÃO PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO 2 PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 1ª C. Cível - AC 0348497-3 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Desª Vilma Régia Ramos de Rezende - Unânime - J. 18.03.2008)*

Retomando a questão relacionada à competência do SESI e das pessoas de cooperação governamental, pessoas jurídicas de direito privado, que no exercício de suas atividades finalísticas produzem benefícios para grupos ou categorias profissionais específicas⁴, mantidas em seus relevantes objetivos por meio de recursos oriundos das multicitadas contribuições parafiscais, recolhidas compulsoriamente pelos contribuinte, em estrita conformidade ao constante da Constituição da República Federativa do Brasil no art. 240.

Assim, os recursos não provêm do erário, mas sim deve ser paga por empregadores beneficiários dos serviços de utilidade pública prestado pelo SESI, podendo sim, repita-se, ser arrecadados pela Receita Federal do Brasil - em substituição à autarquia previdenciária - e repassada ao SESI, em face de **uma remuneração** pelo serviço de arrecadação, conforme anteriormente previsto no Decreto n.º 57.375/65, art. 49, § 1.º e atualmente constante no art. 3.º, § 1.º da Lei n.º 11.457/2007, *literis*:

Art. 3º As atribuições de que trata o art. 2º desta Lei se estendem às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, as disposições desta Lei.

*§ 1º A retribuição pelos serviços referidos no caput deste artigo será de **3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do montante arrecadado**, salvo percentual diverso estabelecido em lei específica. (grifo nosso)*

⁴ op. cit, p. 578 e seguintes

Não obstante tal possibilidade, o parágrafo 2.º do art. 49 do referido Decreto n.º 57.375/65, autoriza o recolhimento da contribuição social de interesse da categoria social da indústria constitua-se por arrecadação direta pelo SESI, *verbis*:

Art. 49. A arrecadação das contribuições devidas ao SESI será feita pelo instituto ou caixa de pensões e aposentadoria a que estiver filiada a empresa contribuinte, concomitantemente com as contribuições da previdência social.

[...]

§ 2.º Em face de circunstâncias especiais, as empresas que nela se encontrarem poderão recolher as suas contribuições diretamente ao SESI, mediante autorização do Departamento Nacional, comunicada ao órgão previdenciário competente.

Veja que, mesmo por meio da arrecadação direta pela entidade paraestatal a contribuição não perde sua natureza compulsória, ou seja, tributária. Atualizando a norma, Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 971 de 13 de novembro de 2009 - dou de 17/11/2009, regulamenta:

Art. 111. Compete à RFB, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.457, de 2007, arrecadar e fiscalizar as contribuições devidas a outras entidades ou fundos, conforme alíquotas discriminadas na Tabela de Alíquotas por Códigos FPAS, prevista no Anexo II.

[...]

*§ 2º As contribuições devidas a outras entidades ou fundos **podem ser recolhidas diretamente** à respectiva entidade ou fundo, mediante celebração de convênio, desde que haja previsão legal.*

Assim, o que se verifica quando o SESI fiscaliza e arrecada as contribuições que lhe são devidas por força de lei, é que não se trata do exercício da vedada *delegação da competência tributária*, relativa à criação dessas contribuições que é assegurada à União que por Lei poderia alterar a norma relativamente à existência ou quantificação da contribuição social.

11.4 DA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA E ARRECADATÓRIA DO SESI

Importante reflexão para questão é a ambigüidade do termo competência. Em uma acepção dicionarística “ser competente” é estar habilitado a fazer algo, o que sem sombra de dúvidas o SESI encontra-se habilitado a realizar com isonomia e justiça.

Por outra visão, entretanto, o que se propõe aqui é que o SESI é competente na acepção jurídica, ou seja, que o SESI encontra-se autorizado a realizar não só a cobrança, mas encontra-se legalmente investido na competência para a prática de atos no exercício da competência fiscalizatória e arrecadatória

Não há fontes bibliográficas no documento atual. vinculada.

O que se tem no presente caso é a delegação da competência para fiscalizar e cobrar, como sujeito ativo tributário, a referida contribuição social, ainda que o SESI não seja constituído como pessoa jurídica de direito público, mas sim, sendo o SESI delegatário de poderes para o cumprimento da determinação da lei, pela própria disposição normativa (Decreto 57.375/65) o que é perfeitamente legal, segundo os preciosos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho⁵, em suas próprias palavras:

*Há mandamentos constitucionais que permitem às pessoas titulares de competência tributária, a transferência da capacidade ativa, nomeando outro ente, público **ou privado**, para figurar na relação como sujeito ativo do vínculo.*

Nesse sentido ainda Luciano Amaro⁶:

Esse dispositivo (ref. ao art. 119 do CTN) peca, porém quando supõe que o credor da obrigação tributária necessariamente tenha de ser pessoa jurídica de direito público, quando se sabe que o sistema constitucional admite a existência de outras entidade na condição de credoras de obrigações tributárias

E entre outros, Bernardo Ribeiro de Moraes⁷:

A prestação jurídica pecuniária e compulsória (o tributo) somente pode ser exigida pela pessoa a favor de quem a norma jurídica tributária coloca na

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. [S.l.]: Saraiva, 2009. p. 333.

⁶ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15. ed. [S.l.]: Saraiva, 2009. p. 294.

⁷ RIBEIRO DE MORAES, Bernardo. **Compêndio**. 3. ed. [S.l.]: Forense, 1995, p. 369.

qualidade de credora. Pela essência do tributo, este somente pode ser exigido pelo Estado (pessoa jurídica de direito público constitucional, com competência para decretá-lo) ou pelas entidades que tenham a seu cargo exercício das funções públicas (pessoas jurídicas que recebem capacidade tributária, embora sem competência para decretarem o tributo) a fim de cobrir os gastos no atendimento de seus objetivos.

Assim, não restam dúvidas acerca da correta sujeição ativa do Serviço Social da Indústria na cobrança da contribuição social em questão, ou seja, a contribuição social devida diretamente ao Sesi por meio de convênio, excetuando a possibilidade dessa contribuição ser recolhida nos moldes do constante do art. 49, § 1.º do Decreto 57.375/65.

Ressalte-se que a aceção de “ato administrativo” que aqui se delineia é a de tornar individualizada a prescrição legal outrora geral e abstrata em um ato jurídico concreto, como já se disse individual e certo, ou seja, um perfeito lançamento tributário.

Certo é que nem todas as pessoas detêm competência para prática de *atos administrativos* – *in casu* – ato administrativo vinculado de lançamento de débito de contribuição social de categoria econômica ou parafiscal.

Para que o ato assim se qualifique, é necessário que o sujeito da manifestação volitiva esteja de alguma forma vinculado à Administração Pública, seja como agente próprio ou por meio de agentes delegatários.

Os agentes delegatários, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho “*são aqueles que, embora não integrando a estrutura funcional da Administração Pública, recebem a incumbência de exercer, por delegação, função administrativa*”⁸, *in casu*, as pessoas de cooperação governamental, ou antes denominadas de serviços sociais autônomos, como o Sesi, que estão legal e institucionalmente em colaboração com o Estado.

Assevera, ainda, Carvalho Filho⁹ que “[...] inexistente qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória.”

Assim, por deter competência para prática de ato administrativo a fim de ver levantado montante de valor de contribuição social parafiscal constitucionalmente recepcionada, na modalidade de recolhimento direto conforme convênio, não há que se falar na ilegalidade

⁸ Ob. cit., p. 110.

⁹ Ob. cit. p. 87

do ato administrativo de lançamento por meio das Notas de Débito uma vez que se trata de agente competente para a prática do ato.

O ato administrativo de lançamento, plenamente vinculado executado pelo agente de fiscalização do SESI, encontra sempre determinadas condicionantes relativas ao exercício dessa competência administrativa delegada, sendo necessária a obediência a dois preceitos:

(1) A norma de competência desempenho, que é a que prevê, diante da ocorrência de determinado fato jurídico – in casu – a celebração de convênio para pagamento direto de contribuições sociais ao SESI e o inadimplemento da obrigação – a obrigação de se produzir o ato administrativo. Veja que a presente norma de competência de desempenho é preceito constante do art. 49, § 2.º do Decreto 57.375/65; e

(2) A norma de competência formal que é a que traz em seu antecedente os critérios que irão orientar a atividade de enunciação/notificação – devedor/pessoa; espaço/local da incidência; tempo/períodos de apuração, prescrição; e procedimento. Tal norma é constante do art. 3º, §1º do Decreto-Lei nº 9.403/46.

Veja que o nexó implicacional aqui não decorre diretamente da imperatividade do Estado, mas de modo indireto, sem esquecer as normas supramencionadas editadas pelo ente competente cria um vínculo abstrato entre o SESI, titular da competência administrativa de cobrar e lançar valores relativos à contribuição social parafiscal em tela, e seus contribuintes, quais sejam, os constantes do art. 3º do Decreto-Lei nº 9.403/46.

Frise-se, ainda, que o lançamento tributário, legalmente definido como expediente privativo da administração pública (art. 142 do Código Tributário Nacional¹⁰), não é a única forma de se constituir o crédito tributário.

Nas palavras de Estevão Hovart¹¹, inspirado em artigo de Ferreiro Lapatza:

A atividade de gerir e lançar os tributos é uma parte da função administrativa lato sensu e que deveria, em princípio, ser desempenhada exclusivamente pela Administração Pública. No entanto, não é isso que ocorre atualmente, não

¹⁰ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

¹¹ HOVART, Estevão. **Lançamento tributário e autolancamento**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 71 e ss.

somente no Brasil, mas também na maioria dos países antes denominados ocidentais.

Aqui se fala em função administrativa *lato sensu*, ou seja, entretentes é possível verificar-se, por exemplo a cobrança de tributos na sua modalidade taxa por particulares concessionários de serviço público, porque não admitir como válido o ato de lançamento o ato vinculado do agente delegado de fiscalização do SESI?

Ad argumentandum tantum, veja que atualmente hoje é plenamente possível até a uma máquina transmitir a decisão do Poder Público, quiçá um agente de fiscalização do SESI, entidade beneficiária do tributo necessário aos fins de utilidade pública. Sobre o tema a lição lapidar de Celso Antonio Bandeira de Mello¹²:

Existe, finalmente, a hipótese – que na atualidade ainda se pode considerar peculiar – na qual ato jurídico de polícia inteiramente vinculado pode ser expedido por máquina que sirva de veículo de formação e transmissão de decisão do próprio Poder Público (caso de parquímetros que expeçam auto de infração), inobstante o equipamento pertença a um contratado (**pessoa jurídica de direito privado**) e esteja sob sua guarda e manutenção. (grifo nosso)

Mesmo que a Notificação de Débito do SESI não possa ser chamado de “lançamento”, por se tal nomenclatura reservada ao veículo formalizador confeccionado pela Fazenda Pública (art. 142 do CTN), deste não se diferencia no que tange à norma introduzida no ordenamento jurídico.

Portanto, não obstante serem atos que se distinguem quanto à natureza jurídica dos emitentes, previstos por normas de competência formal distintas (49, do Decreto 57.375/65, no § 1.º a competência da RFB e no § 2.º a competência do SESI) são ambos ponentes de normas concretas e individuais constituindo, IGUALMENTE, o crédito tributário referente à contribuição social devida ao SESI.

Ou seja, a notificação de débito é suficiente para o surgimento da obrigação tributária, uma vez que é o resultante da aplicação da regra-matriz de incidência tributária, ou seja, onde está identificado o *sujeito* (contribuinte) que tem o *dever jurídico de entregar determinada quantia em dinheiro* ao sujeito ativo, ou seja, *in casu*, ao SESI.

Observe-se que na lógica de positivação das normas jurídicas, as normas de inferior hierarquia encontram fundamento de validade nas normas superiores que, em maior ou menor grau,

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

predefinem os requisitos de produção daquelas. Melhor explicando: os atos administrativos praticados pelo SESI no lançamento de débito das contribuições sociais inadimplidas pelos convenentes, encontram seu fundamento de validade na Constituição Federal que em seu artigo 240 que recepcionou as normas relativas à manutenção das contribuições instituídas pelos Decreto-lei n.º 9.403/1946 e pelo Decreto 57.375/65.

Em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil, importa ressaltar que todas as empresas fiscalizadas e autuadas pelo SESI têm a favor de si a observância de todos os direitos e garantias de contraditório e ampla defesa, sendo as mesmas tratadas de maneira absolutamente isonômica.

11.5 CONCLUSÕES

- (1) Não pode subsistir a afirmativa de que somente a Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão da União é competente para cobrar judicialmente os valores devidos a título de contribuição social especial ao SESI.
- (2) A natureza dos serviços sociais prestados pelo SESI, de modo a complementar os serviços sociais prestados pelo Estado determinam a excepcional possibilidade de fiscalizar e arrecadar as contribuições sociais que lhe são devidas.
- (3) Tal competência não se consubstancia na usurpação de qualquer função pública, mas sim, o exercício de função pública delegada legalmente, pelos Decretos que regulamentam os entes de cooperação governamental.
- (4) Destarte, não há que se questionar a possibilidade de realização de ato similar ao de lançamento com o mesmo condão, qual seja, ato administrativo delegado de constituição de débito tributário, por meio da objetivação do sujeito passivo e do valor devido, fazendo com que as Notificações de Débito sejam assim, válidas para ensejar a cobrança judicial das contribuições.
- (5) Finalmente, importa ressaltar que as considerações aqui traçadas com relação ao SESI são, em toda medida, extensíveis as contribuições sociais e atos constitutivos do SENAI.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15. ed. [S.l.]: Saraiva, 2009, p. 294

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. Rio de Janeiro: Ed, Lumen Júris, 2010. p. 354

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. [S.l.]: Saraiva, 2009, p. 333.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições (uma figura “sui generis”)**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 240.

HOVART, Estevão. **Lançamento tributário e autolançamento**. São Paulo, Dialética, 1997, p. 71 e ss.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, [s.d.]. p. 338.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIBEIRO DE MORAES, Bernardo. **Compêndio**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1995. p. 369.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



12 – EXTENSIBILIDADE DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA ADI 173-6 E DA 394- 1 ÀS ME E ÀS EPP MEDIANTE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA VISÃO VANGUARDISTA DA AÇÃO

**RÉGIS LUIZ JORDÃO DE ALCÂNTARA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ**

12.1 INTRODUÇÃO

É palmar o inconformismo no meio empresarial da atuação fazendária. Além da massacrante carga tributária, a administração tributária exige a realização de determinados atos a comprovação de ausência de débito fiscal. Está-se a comentar o estratagema pífio contido na Lei nº. 7.711/98, julgada em parte inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADI 173-6 e ADI 394-1, impetradas pela Confederação Nacional da Indústria e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A operacionalização de expedientes cartorários – arquivamento e registro de contratos sociais, alteração contratual e distrato social – eram obstaculizados, caso não demonstrada a quitação de dívida fiscal por meio de certidão negativa do débito fiscal. Obvia-se disso o prejuízo aos empresários, tolhidos em sua liberdade por um comando legal à margem da constituição.

Avançou-se ao se proferir a inconstitucionalidade parcial de seus termos, porém se perdeu a oportunidade de se ir mais além¹. A exclusão das Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) não se perfaz à vista das razões invocadas da decisão ser-lhes aplicáveis da mesma forma. A possibilidade, todavia, não se foi com a oportunidade. O expediente processual da reclamação constitucional é hábil a tal desiderato no cenário jurídico atual. A jurisprudência da Corte Suprema já evidenciou seu cabimento neste sentido. Seu manejo constitui uma meio célere de extensão da decisão a menor proferida como forma maximizá-la a fim de se velar pela força normativa da constituição.

12.2 ADI 173-6/ ADI 394-1: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI Nº. 7.711/98

A Lei nº. 7.711/98 dispõe sobre formas de melhoria da administração tributária. Seu art. 1º prevê a quitação de débitos tributários como condição para os seguintes atos jurídicos: 1- transferência de domicílio para o exterior; 2 - habilitação e licitação promovida por órgão da administração federal direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União; 3 - registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência; 4 - quando o valor da

¹ O Supremo Tribunal Federal poderia ter se utilizado da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos contidos na Lei Complementar nº. 123/06 e Lei nº. 9.137/97, em função de serem-lhes aplicáveis às mesmas razões da decisão que culminou na declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei nº. 7.711/88.

operação for igual ou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil) obrigações do Tesouro Nacional - OTNs:

A natureza jurídica da imposição carecia de razão jurígena, limitando-se a um político azo. Explica-se. O empecilho da quitação de débitos tributários ou da apresentação da Certidão Negativa de Débito (CND) para efetuação dos atos supracitados amparava-se em mero expediente de ordem política. O Min. Joaquim Barbosa, no julgamento das ações em comento, traduziu o termo da seguinte forma:

Entende-se por sanção política as restrições não razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos².

A atitude do Leviatã ultrajou direitos fundamentais prosaicos de ordem tanto formal quanto material, cujas minudências far-se-á nos subtópicos seguintes:

12.2.1 Acesso ao Estado

A lei se desincumbiu de oportunizar o exame da validade do tributo e da aplicação da penalidade por acaso existente. Veda-se a possibilidade de discussão da adequação do ato administrativo, administrativa e judicialmente. O Min. Joaquim Barbosa reproduz, com previsão, em seu voto o lado pragmático negativo da aplicação da lei: “é inequívoco que a interrupção das atividades econômicas coloca um óbice pragmático relevante à manutenção do processo administrativo ou judicial que tenha por objetivo examinar a validade da sanção³”. É oportuno, neste passo, lançar mão do seguinte trocadilho: o direito não pode ignorar a realidade, sob pena de a realidade ignorá-lo.

Entende-se por acesso ao Estado a oportunização de se valer do Estado-Juiz para se alcançar uma decisão justa cujas regras sejam subsidiadas pela processualística constitucional, norteadas pelo formalismo valorativo das normas constitucionais processuais⁴. Salutar, neste giro, colacionar-se o inciso XXXV do art.5º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB: “a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

² ADI 394. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pleno, 25.09.08.

³ ADI 394. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pleno, 25.09.08.

⁴ Atribui-se a essa denominação o fenômeno do neoprocessualismo, correspondente ao neoconstitucionalismo em sua acepção processual. Essa norma ordem constitucional norteia-se pela valorização exacerbada dos princípios constitucionais, em detrimento da frieza das leis. Intenta, portanto, vislumbra a lei através de um perspectiva interpretativa teleológica, buscando-se a harmonia das normas contidas em cada dispositivo legal com os princípios que as regem.

12.2.2 Devido processo legal substantivo

O *substantive due process of law* consiste na exigência de equilíbrio nas relações processuais, de sorte a abraçar a razoabilidade e a proporcionalidade. *In casu* a permuta dos mecanismos jurídicos para a apuração da validade e cobrança dos créditos tributários por instrumentos de coação e indução vão de encontro ao princípio em berlinda.

A Administração Pública não pode se furtar a respeitá-lo pelo fato de os direitos e garantias fundamentais não serem absolutos, muito embora possuam aplicação imediata de acordo com o §1º do art. 5º da CRFB: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Soma-se a isso a miríade de prerrogativas do Poder Público na execução de seu mister, quer na via administrativa, quer na via judicial. Fatos estes que o tornam transgressor do direito dos contribuintes, se não respeitarem o limite do seu. Neste sentido, pronunciou-se o Min. Celso de Mello:

A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

Ofato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles – e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso⁵.

Cabe-nos, a fim de pôr cobro ao assunto ora versado, prestigiar a melhor doutrina na pena de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 66), ao diferenciar interesse público primário de interesse público secundário, com vistas a fincar a máxima no sentido de o interesse público em sua acepção de coletividade ser superior, e muito, o interesse público em sua acepção de Estado. Eis-la: “[...] interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”.

⁵ Voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento do RE 413.782. Rel.Min. Marco Aurélio. 17.03.05.

12.2.3 Livre iniciativa: livre exercício da atividade econômica lícita

Livre iniciativa consiste na liberdade de qualquer cidadão⁶ exercer atividade econômica sem restrição estatal⁷. É fato de cuja origem remonta ao liberalismo do limiar do século XVIII, na expressão do Estado Liberal, ou seja, o Estado não intervencionista, também chamado abstencionista, cujo desiderato maior, e, para alguns, único, era garantir a liberdade *lato sensu*.

O termo possui voz ativa no texto constitucional, que lhe faz referência em duplicidade, tanto no inciso IV do art. 1º da CRFB no título I atinente aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito quanto na cabeça do art. 170 no capítulo I do título VII, que cuida da ordem econômica e, especificamente, de seus princípios gerais. Eis-los:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

.....
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

O Supremo Tribunal Federal vislumbrou a mácula ao livre exercício de atividade econômica lícita em diversas oportunidades no decorrer de sua labuta judicante. O Min. Marco Aurélio apurou-a no julgamento do RE nº. 413782/05. Eis-lo:

DÉBITO FISCAL - IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - PROIBIÇÃO - INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa⁸.

Robustece a argumentação o orientação sumulada do STF nos seguintes verbetes:nº. 70: “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança do tributo”; 323: é inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo de pagamento de tributos”, e 547: “não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”

⁶ O universalismo suscitado é passível de mitigações, entretanto. O CRFB ressalva a possibilidade de determinadas atividades econômicas serem controladas pelo Poder Público no parágrafo único do art. 170.

⁷ Isso não quer dizer que o Estado não possa fiscalizá-las, controlá-las e regulá-las, a exemplo das atividades exercidas por concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos.

⁸ RE 413782. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, 17.03.05.

Como se vê, a Suprema Corte forneceu fortes argumentos de ordem hermenêutica de que continuará a se pronunciar em desfavor da conduta, por vezes, arbitrária da Administração Fazendária em obter a liquidação de seus créditos tributários para com os contribuintes.

12.2.4 Livre exercício profissional

O preceito está contido no livre exercício de atividade econômica, sendo-lhe consectário lógico. Da mesma forma, ampara-se na CRFB desde que não decorrente de ilicitudes. O inciso XIII do art.5º prevê que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Embora se trate de norma constitucional de eficácia contida⁹, é-lhe inerente o efeito negativo, qual seja, o legislador não possui o poder de suprimir o direito posto, no caso, a liberdade de profissão.

A censura fazendária inviabiliza, de igual modo, o exercício profissional. Isso porque impõe ao contribuinte a obrigação constitucional ao sucesso financeiro *ut* a obrigação constitucional à submissão e concordância ao entendimento fiscal sobre a validade dos créditos tributários. Obrigações que estão à margem da ordem constitucional, face seu truísmo.

12.3 EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI Nº. 7.711/88

Cumpre-se, de proêmio, salientar o porquê da menção de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 173-6 e ADI 394-1). A razão reside na equivalência de objeto, motivo pelo qual a Suprema Corte julgou-as conjuntamente.

O controle de constitucionalidade concentrado¹⁰ gera efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. A bem da verdade são faces da mesma moeda. O efeito vinculante consiste na disseminação da decisão para todo o Poder Judiciário e para toda a Administração Pública, de forma a

⁹ Infere-se da classificação a possibilidade de o legislador disciplinar restringir o direito posto, mas nunca suprimi-lo, repisa-se. São também chamadas de normas constitucionais de eficácia restringível, por conta disso.

¹⁰ Curioso é o fato de apenas dois meses e alguns dias definirem a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal apreciou o caso. A Lei nº. 7.711 data de 22 de dezembro de 1.988, enquanto a CRFB, de 5 de outubro do mesmo ano. Se promulgada dois meses e alguns dias antes, seria caso de inconciliabilidade com a constituição superveniente, e não inconstitucionalidade. Para tanto, manejar-se-ia ação de descumprimento de preceito fundamental, e não ação declaratória de inconstitucionalidade.

atribuí-los a responsabilidade de respeitá-la¹¹. A eficácia *erga omnes* consiste na validade do decidido para todos aqueles que se encontrem na mesma situação de direito¹². Nestes termos, o §2º do art. 102 da CRFB:

Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

As decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade possuem efeitos *ex tunc* (retroativo), via de regra. Caso assim não seja, cabe ao tribunal se pronunciar a respeito de quando a decisão valerá. São os termos do art. 27 da Lei nº. 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Reconheceram o efeito ordinário da decisão em controle abstrato de constitucionalidade no caso em apreço; em outras palavras: o comando decisório do julgamento gerou efeitos a partir da promulgação dos dispositivos legais reputados inconstitucionais. Saliente-se, no ponto, uma ponderação, qual seja, seus efeitos somente modificarão atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação. Gilmar Mendes (2007, p. 1216) reverbera o entendimento nestes termos:

Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação.

O cerne do tópico toca à extensão do efeito vinculante da decisão. Resumamos em uma pergunta: O efeito vinculante das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade incide somente na parte dispositivos ou se espriam em seus fundamentos? Sim. Esse é o efeito recorrente no STF. Gilmar Mendes (2007, p. 1219), com base na doutrina alemã, estabelece o seguinte:

¹¹ O efeito vinculante não atua sobre o próprio STF, exceto quando o tribunal se pronuncia favoravelmente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade em ADI, pois o ato jurídico passa a não mais existir no ordenamento jurídico. Já o Poder Legislativo é imune aos efeitos da decisão. Em tese, o legislador poderia editar uma nova lei com o mesmo teor da declarada inconstitucional. Isso ocorre em prol da manutenção do equilíbrio entre os poderes assim como da obstacularização da fossilização da constituição. No ponto, saliente-se a peculiar circunstância no sentido de que a birra do Poder Legislativo, caso editasse e promulgasse lei de teor idêntico a anteriormente declarada inconstitucional, seria em vão. Isso porque o tribunal, caso instado a se pronunciar novamente sobre a constitucionalidade da nova lei, declararia de pronto sua inconstitucionalidade.

¹² A inexistência de partes formais torna necessária a adoção de disseminação de seus efeitos contra todos. Cuida-se de corolário do controle abstrato.

[...] a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

O efeito vinculante ressalta o papel do Supremo Tribunal Federal. Guardião-mor da ordem constitucional, incumbe-lhe fazer valer a consagração dos princípios constitucionais. Para tanto, a interpretação do tribunal deve ser respeitada, sob pena de a força de sua autoridade ser posta em xeque. Sobre o tema, Thomas Cooley (1982, p.165-166), defensor da aplicação dos precedentes da Suprema Corte Americana:

Os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e autoridade, que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter à outra jurisdição, nem privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é a autoridade suprema da Constituição e na interpretação das leis, e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos... Suas sentenças tornam-se leis do país nos pontos decididos por eles, e a desobediência ou desatenção que sofram, tanto de um simples particular como de um funcionário público, produzirá nova controvérsia que em última instância virá ser decidida da mesma maneira pelo poder judiciário.

Denota-se nulidade da declaração de inconstitucionalidade. De há muito se posiciona os constitucionalista deste modo. Tomam, por norte, o brocardo jurídico estadunidense segundo o qual *the unconstitutional statute is not law at all*. O reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição (BUZAID). Constate-se, a par disso e pelo até então prescrito, a conferência de nulidade aos dispositivos legais julgados inconstitucionais.

12.4 EXTENSIBILIDADE À LEI COMPLEMENTAR Nº. 123/06 E À LEI Nº. 9.317/96 DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI Nº. 7.711/88

A Suprema Corte furtou-se a pronunciar-se a respeito da inconstitucionalidade das leis que dispõem sobre ME e EPP. Acusou dessemelhança entre a matéria apresentada, em face de possuírem regulação própria. Resgata-se a oportunidade à vista do expediente processual da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Fundamenta-se o mecanismo processual na interconexão entre leis, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei deve ser aplicada a outra de teor equivalente ou análoga, cujos fundamentos decisórios sejam-lhe aplicáveis. No caso, trata-se de declaração de inconstitucionalidade por

arrastamento horizontal, em razão de não existir hierarquia entre as normas¹³.

O teor da Lei nº. 9.137/97 e da Lei Complementar nº. 123/06 evidencia o porquê das razões da decisão proferida no julgamento conjunto da ADI 173-6 e 394-1 serem-lhes pertinentes e adequáveis. Eis-los, respectivamente:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: V- que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

É notória a adequação dos fundamentos da decisão ao controle de constitucionalidade desses dispositivos por meio da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. É fato inconteste a ofensa ao devido processo legal substantivo, direito ao exercício profissional, do direito a atividade econômica lícita frente ao truísmo da assimetria entre tais princípios e as regras elencadas. Em relação ao direito de acesso ao Estado, cumpre-se maior inserção no debate.

Uma análise perfunctória da norma iludira o respeito ao direito de acesso ao Estado, em virtude da aceitabilidade de recolhimento de tributos em caso de obtenção de suspensão de sua exigibilidade. Todavia, a exceção condiciona sua força ao sucesso do pleito, via administrativa ou judicial. Ou seja, somente a discussão do débito não seria hábil a se alcançar a benesse. Eis a razão de a norma não abraçar o direito fundamental em apreço. Os direitos fundamentais não são aplicáveis em parte¹⁴.

Saliente-se a ausência de limites em relação aos fundamentos constitucionais invocados na apreciação da ação. Isso significa inexistir adstringência aos motivos suscitados pelo impetrante. Condição que robustece a pertinência da abrangência da decisão, pois seus fundamentos tornam-se mais veementes em virtude do favorecimento constitucional às ME

¹³ A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento vingaria ainda que se considerasse a lei complementar hierarquicamente superior à lei ordinária, em razão da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento vertical, muito embora a doutrina mais abalizada pronuncie-se em sentido contrário. Eis o posicionamento de Michel Temer (2006, p.142) sobre o tema: “não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas”.

¹⁴ A bem da verdade, os direitos fundamentais são limitados. A limitação de sua força normativa ocorre à medida que outro direito fundamental ou outro valor de ordem constitucional deva prevalecer diante de um caso concreto por ser a escolha mais justa. Argumento estranho ao tema ora tratado. O condicionamento de participação no SIMPLES pela comprovação de suspensão da exigibilidade do crédito traduz uma genuína arbitrariedade fazendária coativa impassível, e muito, de relativizar um direito fundamental.

e EPP. André Tavares (2008, p.303) sublinha a peculiar ressalva nos seguintes termos:

Nesse passo, importa sublinhar que vale a regra geral do processo objetivo no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não fica restrito aos fundamentos específicos invocados pelo autor, podendo considerar que é o caso de inconstitucionalidade por força de outra argumentação (fundamentação).

A causa primária da edição e conseqüente promulgação da Lei complementar nº. 123/06 e da Lei nº. 9.317/96 foi no sentido de concedê-las um tratamento jurídico diferenciado de forma a favorecê-las, a exemplo das prerrogativas do recolhimento único e do parcelamento de débitos. A CRFB estabelece, por vezes, o tratamento diferenciado que deve ser conferido as ME e as EPP. Isso traduz o escopo do constituinte de impingir-lhes uma condição ímpar de modo a se promover a paridade fiscal entre as empresas. Eis as normas constitucionais sobre o tema:

Art. 146. Cabe à lei complementar: I - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

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

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

Apercebe-se, então, a robustez franqueada à arguição de inconstitucionalidade do inciso V do art. 17 da Lei complementar nº. 123/06 e do inciso XV do art. 9º da Lei nº. 9.137/96, seja pelos motivos já aferidos no julgamento da ADI nº. 394, seja pelos razões ora apresentadas, seja por ambas as justificativas.

12.5 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES: ADOÇÃO DA ADI 171 E 394 COMO PARADIGMAS PARA OBTENÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. V DO ART. 17 DA LEI Nº. 9.137/97 E DO INC. XV DO ART. 9º DA LC Nº. 123/06

A reclamação constitucional nasceu com a missão de fazer valer a autoridade das decisões e a competência da Suprema Corte, na forma da alínea I do inciso I do art. 102 da CRFB: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Em essência, o constituinte pretendia consagrar efetividade as decisões proferidas pelo STF na medida de lhe ser atribuído o mister de guardião da constituição¹⁵.

Entende-se por respeito à autoridade da decisão a veladura pela coisa julgada material oriunda de processo decisório engendrado através de controle concentrado de constitucionalidade. Como dito, são consequências da conclusão de processo em controle abstrato a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. O efeito vinculante constitui a força motriz das decisões dimanadas do STF, alçadas uma condição ímpar. Do contrário, a preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional, finalidades iminentes do tribunal, estariam em xeque. O Min. Moreira Alves ungiu em seu voto o entendimento no julgamento da ADI 1-1/DF neste sentido:

A sentença proferida em na ação declaratória de constitucionalidade, em verdade, tem efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário, de modo que, no julgamento de casos concretos, em que a mesma questão constitucional deva ser decidida incidenter tantu, o juiz ou o tribunal competentes deverão observar aquele pronunciamento. Decisão em sentido contrário constitui afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal, que pode ser proclamado pelas instancias superiores nos julgamentos dos recursos, ou mesmo por via da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, na forma dos arts. 156 a 162 do Regimento Interno¹⁶.

O STF paulatinamente grassa-se como Corte Constitucional. O pragmatismo pretoriano demonstra isso. A objetivação do controle difuso, a edição de súmulas vinculantes, a consagração da corrente concretista no julgamento de mandado de injunção são exemplos do movimento. Como se vê, o caminho trilhado pelo tribunal tem por fim fortalecer o

¹⁵ Teori Albino Zavascki (2001, p.16) ressalta o papel do S.T.F nos seguintes termos:” o STF é órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional, com atribuições para resolver, originariamente, ou em instância recursal extraordinária, as demandas que se alega ofensa a dispositivo constitucional. O Supremo Tribunal Federal ocupa, assim, a posição mais importante no sistema de tutela de constitucionalidade dos comportamentos. Suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais”.

¹⁶ ADI 1-1/DF. Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, 16.06.05.

efeito vinculante de suas decisões como forma de disseminar a vontade da Constituição, por meio da interpretação de suas normas. A reclamação constitucional segue esse influxo. O Min. Carlos Velloso (2003, p. 187) enunciar o compromisso dos juízes para com os valores constitucionais, com os seguintes dizeres:

É necessário ressaltar, principalmente numa reunião de magistrados, que as constituições de nada valem se aqueles que devem aplicá-las não estiverem imbuídos daquilo que Pablo Verdù denomina de sentimento constitucional, desenvolvendo, aliás, tese formulada por Karl Loewenstein, que pode ser resumida no que os romanos chamavam de constants voluntas, que envolve a ideia de coragem de, sejam quais forem os percalços, os sacrifícios e os esforços, proteger, guardar, aplicar e fazer vingar a Constituição, assim os direitos e garantias constitucionais, missão maior que é conferida aos juízes.

Nessa perspectiva, quadra a aplicação da transcendência dos motivos determinantes a fim de se consagrar a força de um precedente obtido por meio do controle concentrado. Senão vejamos:

Transcender significa ir além de suas limitações (HOUAISS). Ou seja, transcendência dos motivos determinantes significa a aplicação da razão da decisão de um precedente em outra hipótese por conta da identidade existente entre o objeto delas. O modelo decisório já possui assento no plenário do STF. A seguir, passagem do voto do Min. Maurício Corrêa que traduz e se deduz o pensamento da corte:

[...] A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou com decisão definitiva proferida na ADI 1.662 como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Min. Gilmar Mendes (RCL 2.126, DJ de 19.08.02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segundo a qual a eficácia da decisão do tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição, devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional¹⁷.

No julgamento da ADI 173 e 394, os ministros posicionaram-se, em sua maioria, contra o condicionamento da quitação de débitos fiscais para a prática de determinados atos cartorários. Isso significaria uma afronta ao acesso ao Estado, ao devido processo legal substantivo, livre iniciativa e ao livre exercício profissional. A ausência de quitação de débitos fiscais também constitui empecilho às microempresas e às empresas de pequeno porte de aderirem ao SIMPLES de forma a obter forma diferenciada de recolhimento de tributos. A par disso, a adoção da tese da transcendência dos motivos determinantes mediante

¹⁷ RCL 1987. Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, 21.05.2004.

reclamação é hábil para se alcançar a cassação de decisão judicial desfavorável à alegação de inconstitucionalidade das normas proibitivas dispostas no inc. V do art. 17 da Lei nº. 9.137/97 e no inc. XV do art. 9º da LC nº. 123/06?

A possibilidade possui previsão legal do ponto de vista teleológico da norma, conforme se depreende do art. 543-B: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”. Vê-se o escopo de racionalização do procedimento com o desiderato de se obter a vinculação vertical as decisões interpretativas (GOIÉS, 2009).

O atendimento literal a garantia da autoridade da decisão redundaria na pronta negação do precedente. A irradiação dos fundamentos determinantes restringir-se-ia a decisões contrárias a norma declarada inconstitucional. O Min. Sepúlveda Pertence compartilha do entendimento conforme se depreende de seu voto-vista no julgamento da Rcl. 4219: “[...] o que se faz vinculante, nos termos do § 1º do art. 103-A da CF, é a decisão do STF sobre norma determinada, ou seja, a norma impugnada”¹⁸. Seguem-no o Mins. Joaquim Barbosa, relator, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia.

A outra bancada afigura-se mais consentânea com a tendência hodierna do tribunal de se firmar como Corte Constitucional como dito alhures. A divergência iniciada pelo Min. Eros Grau ressalta a interpretação dada à norma como determinante do efeito vinculante. As decisões do STF traduziriam a melhor exegese das normas constitucionais, motivo pelo qual seus fundamentos devem ser respeitados por todos e salvaguardados pelo tribunal caso instado a se manifestar sobre sua pertinência sob outra circunstância. Seguem-no os Mins. Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello. Eis seu voto:

Min. Eros Grau entendeu que o que produz eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do disposto no § 2º do art. 102 da CF, é a interpretação conferida pelo Supremo à Constituição, além do seu juízo de constitucionalidade sobre determinado texto normativo infraconstitucional, estando, portanto, todos, sem distinção, compulsoriamente afetados pelas conseqüências normativas das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. [...] Dessa forma, concluiu que a decisão de mérito na ADI ou na ADC não pode ser concebida como mero precedente vinculante da interpretação de texto infraconstitucional, asseverando que as decisões do Supremo afirmam o que efetivamente diz a própria Constituição e que essa afirmação, em cada ADI ou

¹⁸ RCL. 4219. Rel. Joaquim Barbosa, Plenário, julgamento suspenso, pedido de vista da Min. Ellen Gracie. Dados coletados no Informativo nº. 441.

*ADC, é que produz eficácia contra todos e efeito vinculante*¹⁹.

Gilmar Mendes (1994, p. 102) afirma ser a vinculação dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade global, ou seja, extensível aos alicerces do dispositivo, nestes termos:

O efeito vinculante postula uma eficácia adicional à decisão proferida, transcendendo os limites inerentes à eficácia erga omnes da decisão, para o fito de determinar aos órgãos estatais por ele abrangidos que não se limitem a obedecer ao conteúdo do dispositivo sentencial, senão que, desbordando desse limite, observem a norma abstrata que é extraída do decisum. Em outro dizer, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

A vinculação não necessita ser idêntica, e sim se relacionar a essência da decisão paradigmática. Sobre o tema, Celso Silva (2005, p. 224-225):

Assim, toda vez que os órgãos submetidos ao precedente da corte vinculante se defrontarem com situações e/ou hipóteses que, embora não idênticas ao caso precedente, se insiram no âmbito mais geral de aplicação do princípio extraído da decisão vinculante, devem se abster de praticar a conduta que viola aquela norma.geral vinculante

A turbulência pela qual passa o Supremo Tribunal Federal demonstra uma virada de jurisprudência no horizonte. A proposta segue uma tendência da corte de assegurar não só uma decisão, mas também os motivos que a ensejaram. A reclamação seria um mecanismo de reafirmação, e não de afirmação, portanto.

12.6 CONCLUSÃO

A necessidade de comprovação de quitação de débitos fiscais ficou-se a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial Lei nº. 7.711/88 suscitadas pela ADI nº. 173 e nº. 394, julgadas concomitantemente. Todavia, as hipóteses restringiram-se aos termos dos incisos I, III e IV do art.1º da lei²⁰. Isso significa ser-lhe estranha a restrição imposta pela Lei Complementar nº. 123/07 e pela Lei nº. 9.137/96, segundo a qual as empresas em débito para com o Fisco não podem recolher impostos e contribuições na forma do Super Simples.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Transferência de domicílio para o exterior, registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência, quando o valor da operação for igual ou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil) obrigações do Tesouro Nacional – OTNs

Não obstante, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão franqueia a apresentação de reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal com vistas a obter decisão equivalente em face da identidade entre as razões fundantes da decisão proferida na ADIs supracitadas. A discussão, embora esteja em discussão e em votação empatada, demonstra argumentos robustos em relação à vitória da bancada dissidente em face do movimento constitucionalista que se apercebe pela paulatina consolidação do *stare decisis*²¹ em seus julgamentos. A reclamação pode se tornar não só um meio de efetividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas também um mecanismo de imposição de seus fundamentos constitucionais a controvérsias afins.

²¹ Teoria oriunda do direito norte-americano segundo a qual se deve atribuir o devido peso aos precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

_____. **Lei nº 7.711**. Dispõe sobre as formas de melhoria da administração tributária e dá outras providências. Brasília, DF, Executivo, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 jun de 2010.

_____. **Lei nº 8.038**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, Legislativo, 1990. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

_____. **Lei nº 9.137**. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. Brasília, DF, Executivo, 1997. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

_____. **Lei nº 9.868**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, Executivo, 1999. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

_____. **Lei complementar nº 123**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF, Legislativo, 2006. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, Senado. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1**. Rel. Min. Moreira Alves. 16.06.05. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 394**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 25.09.08. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1987**. Rel. Min. Maurício Corrêa. 21.05.2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 4219**. Rel. Joaquim Barbosa, Plenário, julgamento suspenso, pedido de vista da Min. Ellen Gracie. Dados coletados no Informativo nº. 441.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 413.782**. Rel.Min. Marco Aurélio. 17.03.05. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

_____. **Súmula 70**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

_____. **Súmula 323**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

_____. **Súmula 547**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos do Norte**. São Paulo: RT, 1982.

GOÊS, Gisele Santos Fernandes; DIDIER JR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. São Paulo: Podivm, 2009.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico Houaiss de língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva Ltda. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo tributário**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito processual: inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



**13 – A INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO PONTO
ELETRÔNICO E O IMPACTO NO
SISTEMA INDÚSTRIA E NA SOCIEDADE**

**VICTOR TAINAH F. DIETZOLD
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO**

13.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Portaria nº 1.510 expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em 21 de agosto de 2009, bem como analisar o impacto econômico, social e ambiental no sistema indústria e em toda sociedade, notadamente a empresarial.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos questões de Direito Constitucional, Processual Civil e de Direito do Trabalho, bem como a análise da própria Lei de Mandado de Segurança (12.016/2009), da seguinte forma:

- a) A Portaria nº 1.510 do MTE e suas disciplinas;
- b) A inconstitucionalidade da Portaria nº 1.510 em vários aspectos;
- c) A ilegalidade da Portaria nº 1.510 frente à CLT;
- d) O remédio jurídico adequado para impugnar a Portaria nº 1.510; e
- e) O impacto no sistema indústria e em toda sociedade gerado pela Portaria;

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar que a Portaria nº 1.510 do Ministério do Trabalho Emprego, não obstante seus aspectos inconstitucionais e ilegais, impactará economicamente no sistema indústria, notadamente em razão de sua complexidade, além de impactar negativamente na sociedade empresária, sob o enfoque sócio-econômico e, ainda, em toda a sociedade em geral, sob o enfoque ambiental.

13.2 A PORTARIA Nº 1.510 E SUAS DISCIPLINAS

Em 21 de agosto de 2009, o Ministro do Estado de Trabalho e Emprego, no uso de suas atribuições legais, resolveu expedir a Portaria nº 1.510¹ com a finalidade de disciplinar o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto – SREP.

A justificativa para a elaboração da referida portaria, fundamentou-se, principalmente, na alegação da existência de muitas fraudes nos processos de controle eletrônico de ponto.

Vale ressaltar, de plano, que todos os empregadores com mais de 10 empregados que se utilizam do registro eletrônico de ponto para controlar horário de entrada e saída de seus funcionários, obrigatoriamente passam a sujeitarem-se as disciplinas contidas na referida portaria.

¹ Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/pontoeletronico/default.asp>>

A “Super Portaria” ou “Portaria-LEI”, assim chamada por algumas pessoas, introduziu profundas modificações, criando novas obrigações aos empregadores, exigindo, por exemplo: a impressão diária de comprovantes de entrada e saída imediatamente após a marcação do horário de trabalho realizado; determina que deverá ficar com o empregado uma espécie de recibo impresso; determina ainda a padronização dos sistemas das empresas, com o uso de equipamentos munidos de conexão USB etc.; em suma, determinou diretrizes inéditas para as empresas utilizarem o novo sistema de ponto eletrônico (SREP).

Especificamente, nos termos do art. 4º e seguintes da Portaria nº 1.510, o novo Registro Eletrônico de Ponto (REP) deverá atender, dentre outros, os seguintes requisitos, *in verbis*:

Art. 4º O REP deverá apresentar os seguintes requisitos:

- I - relógio interno de tempo real com precisão mínima de um minuto por ano com capacidade de funcionamento ininterrupto por um período mínimo de mil quatrocentos e quarenta horas na ausência de energia elétrica de alimentação;*
- II - mostrador do relógio de tempo real contendo hora, minutos e segundos;*
- III - dispor de mecanismo impressor em bobina de papel, integrado e de uso exclusivo do equipamento, que permita impressões com durabilidade mínima de cinco anos, para cada batida ele terá que emitir uma boleta, são quatro por dia por cada empregado;*
- IV - meio de armazenamento permanente, denominado Memória de Registro de Ponto - MRP, em que os dados armazenados não possam ser apagados ou alterados, direta ou indiretamente;*
- V - meio de armazenamento, denominado Memória de Trabalho - MT, em que ficarão armazenados os dados necessários à operação do REP;*
- VI - porta padrão USB externa, denominada Porta Fiscal, para pronta captura dos dados armazenados na MRP pelo Auditor-Fiscal do Trabalho;*
- VII - para a função de marcação de ponto, o REP não deverá depender de qualquer conexão com outro equipamento externo; e*
- VIII - a marcação de ponto ficará interrompida quando for feita qualquer operação que exija a comunicação do REP com qualquer outro equipamento, seja para carga ou leitura de dados.*

Dentre as diversas diretrizes, a Portaria praticamente inviabiliza a utilização do ponto eletrônico, determinando tais diretrizes somente para as empresas que se utilizam do sistema de ponto eletrônico, impondo tratamento desigual e mais oneroso às grandes empresas e geradoras de maior número de postos de trabalho, instituindo mais um obstáculo à competitividade empresarial e ao desenvolvimento econômico.

Não obstante, cabe realçar que a emissão de comprovante do horário de trabalho gerará um custo adicional para todas as empresas usuárias do sistema de ponto eletrônico. Não somente pelo custo do papel e de sua impressão, como também pelo custo mais elevado dos equipamentos complexos, dotados de impressoras e pelo maior número de equipamentos necessários ao registro, tendo em vista o tempo da impressão.

Demais disso, a Portaria nº 1.510 vai de encontro com a política de preservação natural, tema que será mais bem abordado a frente.

Na prática, significa dizer que todas as empresas devem literalmente jogar fora seus relógios de ponto eletrônico e adquirirem novos super relógios, caso contrário, ficarão sujeitas a fiscalizações por parte da Superintendência Regional do Trabalho e, por via de consequência, sujeitas aos autos de infração que serão instaurados.

A Portaria nº 1.510 do MTE, publicada em 21 de agosto de 2009, entrou em vigor na data de sua publicação, exceto para o uso do registro eletrônico de ponto (REP), que se tornará obrigatório após 01 ano, ou seja, 21 de agosto de 2010.

13.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA Nº 1.510

O Ministro do Trabalho e Emprego expediu a Portaria 1.510 que altera por completo o sistema de registro eletrônico de ponto (SREP), trazendo uma gama de obrigações e inovações tecnológicas hoje não existentes, que recai sobre os empregadores e que não estão previstas em Lei.

Com efeito, ao contrário de tão somente disciplinar o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto – SREP, a portaria veio ao mundo jurídico como se Lei Federal Fosse, alterando, inclusive, as normas já existentes na Consolidação das Leis do Trabalho.

Entendemos, portanto, que, justamente por não ser LEI, a Portaria ofende diversos princípios constitucionais, razão pela qual precisamos enfrentar cada enfoque constitucional face às disciplinas criadas pela Portaria 1.510.

13.3.1 A violação ao Princípio da Legalidade

Conforme já demonstramos, a Portaria 1.510 trouxe uma gama de exigências e de novas obrigações antes inexistentes, ingressando no mundo jurídico como se lei federal fosse.

A nosso ver, da maneira em que essas novas “normas” foram criadas, viola-se a máxima do Direito Constitucional preconizada no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, a qual determina que “NINGUÉM É OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA, SENÃO EM VIRTUDE DE LEI”.

Com efeito, apenas a lei regularmente elaborada pelo órgão competente para tanto é instrumento idôneo para inovar na ordem jurídica², criando direitos e obrigações para os indivíduos e, assim, afetando sua esfera jurídica.

Qualquer fonte normativa de inferior hierarquia, a exemplo da Portaria 1.510/2009, é inconstitucional para a finalidade pretendida.

Destacamos que o princípio da legalidade, que é o postulado máximo das conquistas democráticas, funciona como verdadeiro freio as tendências arbitrárias do Estado e de todos aqueles que atuam em seu nome.

Nossa Constituição assume e é reconhecida como “direito superior, como “lei superior”, que vincula, em termos jurídicos e não apenas políticos, os titulares do poder. Através da subordinação ao direito dos titulares do poder, pretende-se realizar o fim permanente de qualquer lei fundamental – a limitação do poder³.

Parece-nos claro, portanto, que uma portaria que traz em seu bojo 31 (trinta e um) artigos e anexos, modificando por completo o sistema de registro de ponto eletrônico, não se trata, na verdade, de uma portaria com meras instruções, mas sim, de uma lei, que cria diversos deveres e ônus às empresas.

13.3.2 A ausência de competência do Ministro do Trabalho e Emprego

Na linha de raciocínio até aqui apresentada, chegamos ao entendimento de que, ao passo que a portaria é inconstitucional por violar o princípio da legalidade, também o é pela ausência

² MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2007. p.170

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Edições Almedina. 2003. p.1440

de competência do Senhor Ministro do Trabalho e Emprego.

A competência do Senhor Ministro do Trabalho, encontra-se esculpida no art. 87 da Constituição Federal, verbis:

Art. 87 - Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

*Parágrafo único - **Compete ao Ministro de Estado**, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:*

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
(grifos nossos)

III - (...)

IV - (...)

Destarte, sustentamos ser flagrante a inconstitucionalidade da referida portaria, posto que o Sr. Ministro do Trabalho ultrapassou com folga sua competência, em razão de ir muito além de uma mera instrução, pois, em verdade, legislou sobre a matéria criando obrigações extremamente complexas.

O grande equívoco, vale dizer, está na forma pela qual a Portaria 1.510 com suas regras foram criadas, por um caminho inadequado, ilegal, consubstanciada numa atribuição funcional do Senhor Ministro que, definitivamente, não existe.

13.3.3 A violação ao princípio da separação dos poderes

O poder executivo tem como função típica a administrativa por meio da qual se busca de modo direto e imediato, a realização de determinada utilidade pública, mediante a aplicação das leis às situações em concreto.

A Constituição outorgou a cada um dos poderes da República o desempenho de certa função como típica, como própria do poder, sendo tal desempenho o fundamento, a justificativa para sua existência.

O exercício da função de cada um dos Três Poderes não pode ser delegado a outros poderes nem violado, salvo quando a CRFB/88 assim ressaltar. No caso da portaria 1.510, como já dito, o Sr. Ministro ao contrário de tão somente disciplinar lei já existente, criou uma nova, violando o princípio constitucional da separação dos poderes, preconizado no art. 2º da Constituição Federal.

13.3.4 A violação aos princípios da razoabilidade, equivalência e isonomia

A portaria, nos termos em que foi criada, parece-nos violar frontalmente os princípios da razoabilidade, da equivalência e do tratamento igualitário (isonômico) aos empregadores, uma vez que o empregador com mais de 10 (dez) funcionários que adotar o sistema manual de registro de ponto, não será atingido pelas exigências e mecanismos dos que adotarem o sistema eletrônico de ponto.

Com efeito, a violação ao tratamento isonômico, sem razão que o justifique, viola a regra mais democrática presente em nossa Constituição Federal, qual seja, “que são todos iguais perante a Lei”.

13.4 A ILEGALIDADE DA PORTARIA Nº 1.510 EM FACE DA CLT

Não obstante a inconstitucionalidade da Portaria nº 1.510, nos parece, ainda, que a referida portaria é ilegal, posto que viola as normas já existentes na CLT.

Por oportuno, cumpre destacar o que menciona o art. 74, § 2º da CLT, senão vejamos:

CLT: Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministério do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Considerando o que preconiza a CLT, a Portaria supera e vai além das obrigações e exigências já existentes, pois a própria CLT diz que o papel do empregador é de simplesmente regular a anotação da hora de entrada e saída do trabalhador, não vinculando à validade desse ato a parafernália tecnológica do relógio de ponto que a portaria instituiu, entre as demais inovações já citadas.

A portaria desconsidera, ainda, princípios básicos como a boa fé das partes contratantes e o poder diretivo do empregador, que se consubstancia na subordinação jurídica do empregado, um dos requisitos da relação de emprego.

Com efeito, uma SUPER portaria com 31 (trinta e um) artigos e anexos, repita-se, não é uma

portaria, mas sim, uma lei travestida de decreto, que, ao contrário de tão somente orientar ou disciplinar, altera por completo o artigo 74, parágrafo 2º, da CLT.

13.5 REMÉDIO JURÍDICO ADEQUADO PARA IMPUGNAÇÃO

Sem prejuízo de eventual propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja entidade legitimada, no sistema indústria, é a Confederação Nacional da Indústria, ao SESI/SENAI e a todos os sindicatos filiados as federações da indústria cabe a impetração de Mandado Segurança Preventivo, com a finalidade de que a autoridade coatora competente se abstenha de autuar e multar as entidades com base na Portaria nº 1.510, evitando-se, por via de consequência, que a ameaça de lesão se torne em uma lesão efetiva⁴.

O fundamento do MS consubstancia-se no direito líquido e certo do impetrante, ainda que não haja um efetivo ato de lesão concreta, se submeter tão somente ao Decreto - LEI nº 5.452 de 01 maio de 1943 - CLT, e não se sujeitar as normas criadas pela portaria 1510/2009, em razão dos seus vícios (manifesta inconstitucionalidade, ilegalidade e abuso de poder).

13.5.1 Aspectos sobre a competência do Juízo

A competência é a repartição da jurisdição entre os diversos órgãos encarregados da prestação jurisdicional segundo critérios estabelecidos na lei⁵, sendo, portanto, um imperativo da divisão do trabalho.

No mandado de segurança, a competência é fixada em razão da autoridade coatora, isto é, trata-se de critério de fixação de competência em razão da pessoa, tendo em conta as partes envolvidas (*rationae personae*)⁶.

Com efeito, a autoridade coatora no caso da Portaria nº 1.510, ou seja, a autoridade que tem poderes para determinar a fiscalização, é o Superintendente Regional do Trabalho, autoridade federal nos termos do art. 2º da Lei do Mandado de Segurança⁷.

⁴ MOTTA; BARCHET, 2007. p. 315.

⁵ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p.104.

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Bahia: Podivm, 2008. p.119.

⁷ Art. 2º da Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009.

Portanto, pela ótica da Lei nº 12.016/09 a justiça competente para apreciar e julgar mandado de segurança preventivo contra ato do Superintendente Regional do Trabalho é a Justiça Comum Federal.

Por outro lado, fazendo uma interpretação extensiva ao art. 114, inciso VII da CF/88, podemos chegar ao entendimento de que a Justiça competente para apreciar e julgar o MS é a Justiça do Trabalho, senão vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

Ou seja, interpretando extensivamente, se cabe à Justiça Trabalhista processar e julgar as “ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”, talvez lhe caiba também processar e julgar ações que objetivem obstar a aplicação de tais penalidades, já que a finalidade do MS é a prevenção.

No entanto, nos parece mais razoável a impetração do MS perante a Justiça Federal, tendo em vista que a lei do mandado de segurança define a competência, como já dito, em razão da autoridade coatora.

13.5.2 Aspectos sobre a legitimidade das partes

Quanto à legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança preventivo, não há dúvida que SESI/SENAI têm legitimidade, notadamente para defender seus direitos, que é denominada *legitimidade ordinária*, isto é, que decorre da garantia constitucional do direito de ação, da garantia à tutela jurisdicional efetiva⁸.

Já com relação à legitimidade passiva, entendemos estar fora de dúvida que o Superintendente Regional do Trabalho é a autoridade federal coatora que dever figurar na qualidade de impetrado.

Vale destacar que cabe ao Sr. Superintendente Regional do Trabalho, a execução da fiscalização do trabalho, observando as diretrizes e procedimentos emanados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Desta forma, é a Autoridade Coatora na medida em que a atividade de fiscalização do

⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.236. v.1.

cumprimento da portaria 1.510/2009, está plenamente vinculada ao Superintendente Regional do Trabalho, vez que é a pessoa munida de poder decisório de ordenar as autuações decorrentes de eventual infração oriundos da super portaria.

(Anexo I à Portaria nº-153, de 12 de fevereiro 2009, publicada no DOU de 13/02/09, Seção 1, Págs. 73 a 76).

REGIMENTO INTERNO DAS SUPERINTENDÊNCIAS REGIONAIS DO TRABALHO E EMPREGO NOS ESTADOS DE MINAS GERAIS, RIO DE JANEIRO, RIO GRANDE DO SUL E SÃO PAULO CAPÍTULO I DA CATEGORIA E COMPETÊNCIA

Art. 1ª-As Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego nos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, unidades descentralizadas subordinadas diretamente ao Ministro de Estado, compete a execução, supervisão e monitoramento de ações relacionadas a políticas públicas afetas ao Ministério do Trabalho e Emprego na sua área de jurisdição, especialmente as de fomento ao trabalho, emprego e renda, execução do Sistema Público de Emprego, as de fiscalização do trabalho, mediação e arbitragem em negociação coletiva, melhoria contínua nas relações do trabalho, e de orientação e apoio ao cidadão, observando as diretrizes e procedimentos emanados do Ministério.

13.5.3 Fundamentos para concessão de liminar

Importante realçar que nos termos da Lei nº 12.016/2009, é cabível pedido liminar no MS cujos requisitos são, além dos pertinentes a qualquer tutela de urgência, o fundamento relevante e se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida⁹.

O fundamento relevante consubstancia-se na inconstitucionalidade da Portaria, pela falta de competência do Senhor Ministro, que “legislou” e foi muito além de uma Instrução ou Portaria na forma legal. Literalmente criou Lei instituindo obrigações complexas e regras tão incisivas, violando o art. 5º, II da Constituição da República.

Por outro lado, não menos relevante é o fato da referida portaria alterar significativamente a CLT, em frontal ilegalidade, como já demonstrado.

O segundo requisito específico da lei tem estreita relação com o *periculum in mora*. Desta

⁹ Art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009.

feita, o pedido de liminar se justifica, uma vez que a não adaptação ao SREP criado pela Portaria 1.510 até o dia 21/08/2009, sujeitará o sistema indústria (SESI/SENAI) e demais empresas que utilizam o controle de ponto eletrônico a autuações e multas que aumentarão em progressão geométrica.

A respeito da multa administrativa, por não haver previsão específica na portaria, aplica-se a tabela geral, segundo a qual, o valor da multa dependerá da conjugação de critérios fixos e variáveis, quais sejam: natureza da infração, porte econômico do infrator, extensão da infração, intenção do infrator de praticar a infração e meios ao alcance do infrator para cumprir a lei.

Com base nesses critérios, como parâmetro médio, a multa giraria em torno de R\$ 17 mil para cada infração cometida, podendo ainda ser duplicada em caso de reincidência. Além disso, a imposição de multa poderá ser reiteradamente aplicada até a adequação das empresas às disposições da Portaria.

Analisando por outro ângulo, não obstante as multas administrativas, é importante destacar que o descumprimento de qualquer determinação ou especificação constante da portaria, descaracterizará o controle eletrônico de jornada feito pela empresa, invalidando os registros na Justiça do Trabalho e, portanto, trazendo novos prejuízos para os empregadores, posto que não poderão se utilizar do controle de ponto como meio de defesa¹⁰.

Soma-se ao curto prazo para adaptação, o fato de, atualmente, existirem apenas e tão somente 12 (doze) fornecedores credenciados no Ministério do Trabalho e Emprego para vender e instalar o novo SREP. Parece-nos óbvio que, considerando que a portaria atinge todo o Brasil, 12 (doze) empresas não serão capazes de suportar uma demanda de pedidos tão grande.

Na verdade, já há uma evidência de que os poucos fornecedores não darão conta da alta demanda, na medida em que alguns fornecedores, quando demandados, estão dando prazo mínimo de 60 (sessenta) dias para entrega do novo equipamento (SREP) e sem compromisso efetivo com a data.

Em outras palavras, significa dizer a União está exigindo compulsoriamente algo que não tem condições de ser cumprido, e o pior é que é a própria União que não dá condições para esse cumprimento.

Neste passo, há iminente perigo da portaria causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, já que a não adaptação ao novo SREP ensejará autuações e multas, valendo ressaltar, por oportuno, que as multas poderão ser aplicadas, nos termos da portaria, até a efetiva adaptação.

¹⁰ Art. 28 da Portaria nº 1.510/2009 do Ministério do Trabalho e Emprego

Não menos relevante é fato de que a concessão da liminar não implicará irreversibilidade do provimento e, principalmente, não acarretará prejuízos para os cofres públicos. A UNIÃO não terá qualquer prejuízo.

O pedido liminar, frise-se, tem a finalidade de que a autoridade coatora tão somente se abstenha de autuar o Impetrante com base na Portaria 1.510 e, por conseqüência, que o mesmo continue se submetendo a fiscalizações fundamentadas nas regras da CLT.

Portanto, o que se pretende no MS, não é uma blindagem contra a fiscalização, mas sim, que esta fiscalização permaneça nos moldes estabelecidos na Consolidação das Leis Trabalhistas. Demais disso, o provimento liminar prestigia a segurança jurídica e permite um maior debate sobre as regras criadas pela Portaria 1.510.

Resta patente a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar, notadamente o *periculum in mora*, já que as entidades SESI/SENAI, ainda que tentem, não conseguirão se adaptar ao novo SREP pela impossibilidade de entrega pelos próprios fornecedores, não restando dúvidas, desta feita, de que há iminência do perecimento do direito.

13.5.4 Os efeitos da decisão em sede liminar

Conforme já ressaltado, no âmbito do sistema indústria, a portaria em questão pode ser impugnada através de uma ADIN, eventualmente proposta pela CNI, ou, através de mandado de segurança impetrado pelas entidades do sistema.

Na primeira hipótese, seria exercido o controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que na segunda, seria exercido o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores¹¹.

No controle difuso a decisão proferida tem eficácia subjetiva limitada às partes do processo, sem afetar terceiros. Assim, eventual decisão liminar ou de mérito em mandado de segurança impetrado pelo SESI ou SENAI, somente gera efeito *inter partes*, ao contrário do controle concentrado, onde a decisão afeta a todos, portanto, efeito *erga omnes*.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2004. p.76.

13.6 O IMPACTO ECONÔMICO, SOCIAL E AMBIENTAL DA PORTARIA Nº 1.510

Como já dito, até o momento há somente 12 (doze) fornecedores cadastrados no MTE e, portanto, credenciados para vender o novo SREP.

O número de empresas no Brasil, por sua vez, supera a casa dos 05 (cinco) milhões. Segundo dados do IBGE¹² (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2000 o número total de empresas ativas no Brasil era de 3.736.766 (três milhões setecentos e trinta e seis mil e setecentos e sessenta e seis). Já em 2006 esse número pulou para 5.140.951 e continua subindo a cada ano.

Estima-se que existam hoje mais de 01 milhão de relógios eletrônicos em atividade, o que demandaria a mesma quantidade de troca, tudo ao mesmo tempo, e em todo o país. Estima-se, ainda, que o impacto da nova medida na economia brasileira seja de R\$ 1,8 bilhão de reais, não somente pelos custos iniciais onde o custo médio para adquirir o novo equipamento é de aproximadamente 3 mil reais como também pela manutenção do novo sistema, isso tudo criado por uma portaria e não por uma LEI.

Não se nega, em outro plano, a criação de um mercado exclusivo de fornecedores (12 empresas nesta data) para um país de dimensão continental como o BRASIL, onde 90% destas empresas têm sua sede na região sudeste.

Já do ponto de vista ambiental, a infeliz portaria geraria a emissão de mais de 01 bilhão de tickets por ano, o que por óbvias razões vai de encontro à política ambiental sustentada pelo Brasil e demais potências em desenvolvimento, ou seja, na contramão mundial. Os cartões de crédito etc., respondem por 2,2 bilhões de emissões de tickets, que se tornam lixo imediatamente na maioria das vezes.

A portaria é contraditória em relação aos preceitos da sustentabilidade, pois terá grande impacto ambiental: a previsão é que mais de 400 mil árvores serão derrubadas por ano¹³ para suprir o consumo do papel necessário à impressão dos registros de ponto.

O impacto, vale ressaltar, não é apenas pela demanda de papel, mas também da criação de lixo que precisa ser melhor avaliada.

É de se ressaltar, ainda, que a emissão destes tickets (comprovantes), nos termos da portaria,

¹² Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1273>.

¹³ Disponível em: <<http://www.dimep.com.br/>>

deve ter durabilidade de 05 cinco anos, sendo que essa durabilidade deve ser garantida pelo empregador, colocando os empregadores a mercê dos fornecedores do REP (Reg. de Ponto Eletrônico), pois se o papel não durar os cinco anos a responsabilidade será dos empregadores.

Outro aspecto da portaria com relação à emissão de papel é que os comprovantes ficarão com os empregados, transferindo uma responsabilidade que antes não existia. Ou seja, é coerente raciocinar que, ao entregar os comprovantes aos funcionários, eventual pedido de pagamentos de horas extras em reclamações trabalhistas implicará, no mínimo, na mitigação do instituo da inversão do ônus da prova, já que a prova do trabalho em horas extraordinárias estará nas mãos do empregado.

Noutro norte, a emissão dos comprovantes acarretará em um acúmulo de papel incalculável, considerando que cada comprovante terá cerca de 10 centímetros de comprimento e, considerando, ainda, que serão pelo menos 02 comprovantes por dia guardados ao longo de 05 anos. Trata-se de inegável retrocesso.

Estima-se, também, que grandes empresas perderão produtividade, ao passo que a emissão dos comprovantes implicará na formação de filas dos funcionários.

Resta claro que a INOVAÇÃO TECNOLÓGICA criada e pretendida pela portaria ainda é duvidosa e não confiável, transferindo para as empresas uma mega responsabilidade não prevista em lei.

Cabe registrar que no próprio site do MTE são apresentadas 93 perguntas e respostas sobre a portaria, gerando desequilíbrio, ansiedade e violando a segurança jurídica, deixando claro que há ainda muitas questões a serem debatidas e enfrentadas até mesmo sobre o equipamento obrigatório criado pela portaria.

Diante de todo o exposto, parece-nos evidente que o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego verdadeiramente, como se procurou demonstrar, criou Lei Federal, em manifesta violação a Constituição Federal e a CLT, isto é, foi muito além daquilo que a Constituição Federal lhe assegura, que nada mais é do que expedir INSTRUÇÕES para EXECUÇÃO das LEIS.

13.7 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos às seguintes conclusões com relação à Portaria nº 1.510/2009 do MTE:

1. É inconstitucional face à violação do Princípio da Legalidade;
 2. É inconstitucional pela ausência de competência do Ministro do Trabalho e Emprego;
 3. É inconstitucional pela violação ao Princípio da Separação dos Poderes e pela violação aos Princípios da Razoabilidade, Equivalência e Isonomia;
 4. É ilegal face à Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, na medida em que altera as normas nelas existentes;
 5. É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato do Superintendente Regional do Trabalho, por ser direito líquido e certo do impetrante de se submeter, tão somente ao Decreto - LEI nº 5.452 de 01 maio de 1943 - CLT, e não se sujeitar ao ineditismo das normas criadas pela portaria 1510/2009, em razão dos seus vícios, e pelo perigo de ser autuado ou multado com base em uma portaria nula e contrária a Lei;
1. A portaria oferece impacto ambiental negativo, além de impactar de forma negativa sob o aspecto econômico-social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 76.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e do Emprego**. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/pontoeletronico/default.asp>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Edições Almedina. 2003. p. 1440.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Bahia: Podivm, 2008. p. 119.

DIMEP. **Site**. Disponível em: <<http://www.dimep.com.br/>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 104.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 236.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. **Site**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1273>. Acesso em: 21 jul .2010.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2007.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO



14 – REPRESENTATIVIDADE SINDICAL. CATEGORIAS ESPECÍFICAS, SIMILARES OU CONEXAS E ECLÉTICAS. SENTIDO JURÍDICO

**WANDERLEY MARCELINO
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO GRANDE DO SUL**

14.1 INTRODUÇÃO

O título que elegemos para falar sobre os aspectos técnicos da representação e enquadramento sindicais, teve por escopo provocar o debate sobre a efetiva representação do sindicato em relação, basicamente, às categorias econômicas. Quais os critérios jurídicos que norteiam a representatividade? Legitimação no âmbito das categorias ecléticas, específicas, similares ou conexas. Sentido jurídico.

Nessa perspectiva, e com vistas a facilitar a compreensão, faz-se pequena incursão no campo do sindicalismo no Brasil e do fenômeno associativo-sindical; onde o sindicato exerce sua representatividade sindical, ou seja, limites de identidade e circunscrição territorial. Afinal, a quem o sindicato representa e como identificar a sua efetiva e jurídica representatividade? Como saber se a representatividade é ou não legítima? Essas e outras indagações conexas ou correlatas serão analisadas sob o ponto de vista eminentemente jurídico.

14.2 SINÓPSE HISTÓRICA

Diferentemente dos demais países, o fenômeno associativo não surgiu por imposição da classe trabalhadora. O despertar da consciência de classe dos operários, dos empregados dos estabelecimentos comerciais e dos profissionais liberais, foi um ato do Estado.

O Estado brasileiro adotou mecanismos próprios, legislativos, para despertar nas categorias de trabalhadores a consciência de classe para a defesa e o estudo dos problemas a eles inerentes.

O sindicato, então, se firmou como um meio através do qual o Estado procurava conhecer as necessidades do trabalhador. Não houve uma solicitação ou exigência destes, mas um ato de quase-império, de cima para baixo, diferentemente do que acontecia no mundo inteiro, onde o fenômeno sindical constituía um fato social espontâneo.

Foi somente a partir do movimento revolucionário de 1930 que o Governo passou a outorgar leis trabalhistas, a partir do qual a Nação passou a possuir uma legislação social, como disciplina autônoma.

Getúlio Vargas, chefe do Governo Provisório cria, então, em 26.11.30 o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, nomeando como seu titular o revolucionário *Lindolfo Collor*.

A organização das classes obreira e patronal e das profissionais liberais em Sindicatos constituiu uma das primeiras realizações do Governo Provisório. Um dos primeiros ensaios da atividade legislativa nesse campo, sob comando de Lindolfo Collor, foi o **Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931** que constitui, cronologicamente, o marco inicial do que se convencionou chamar de edificação socialista brasileira. Esse decreto se constituiu na primeira lei sistemática e autenticamente sindical.

Arnaldo Süssekind, a propósito desse decreto, assenta: “Combatido, tanto pelos extremados liberais como pelos não menos extremados conservadores, o Decreto n. 19.770, apesar de lei de experiência, marcou o início de nossa verdadeira organização sindical. Ainda uma vez se verificava no Brasil a ‘ação descendente’ para solução do problema social”. (Instituições, 22. ed. LTr, p. 1108).

Pelas normas do aludido **Decreto nº 19.770/31**, “patrões e operários” podiam se agrupar em associações profissionais e, ulteriormente, pleitear o reconhecimento de sua personalidade jurídica ao poder público.

A constituição de 1934 estabeleceu, de maneira taxativa, a pluralidade sindical.

Um outro documento legislativo relevante para a estruturação dos sindicatos foi o **Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934**, que, de acordo com os princípios constitucionais da carta de 34, frustrou os adeptos do pluralismo em face das condições exigidas para a formação do segundo sindicato. Contudo, esse novo decreto conferiu ao sindicato maior soma de poderes. Passou a ser conhecida como nossa segunda lei sistemática e autenticamente sindical, que teve vigência até o advento do **Decreto-Lei nº 1.402, de 05.07.1939**.

De acordo com esse diploma legal, os sindicatos passavam a atuar como órgãos representativos, patrocinando os seus interesses, os dos seus associados e aqueles da respectiva categoria, perante o poder executivo e o judiciário, no exercício de um mandado coletivo.

O legislador previu, ainda, a reunião dos sindicatos em federações e confederações, com indicação precisa de sua designação e processo de legalização.

Posteriormente foi promulgada a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, que retornou ao regime da **unidade sindical**, remetendo à lei a forma da organização sindical. Com efeito, em 1939 deu-se o que se denominou de **reforma sindical** através do **Decreto-Lei nº 1.402, de 10 de novembro daquele ano**, cujas regras, no contexto do tema em foco, serão enfatizadas por força da sua inegável pertinência com a evolução do sindicalismo no Brasil. Esse decreto tem sido saudado pela doutrina como a *terceira lei sistemática sindical*.

A **Constituição Federal de 10 de novembro de 1937** constitui marco significativo na representação sindical, tendo reconhecido o princípio da unicidade sindical ou do monopólio legal das associações reconhecidas, declarando, expressamente, que o sindicato reconhecido pelo Estado “tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria”, na forma do artigo 158.

Essa liberdade, por certo, era relativa, na medida em que o Sindicato precisava da outorga Estatal para exercer suas prerrogativas, como revela o texto antes reproduzido e grifado.

Almir Pazzianotto Pinto, *in 100 anos de Sindicalismo*, São Paulo, pp. 33-4, dando ênfase à inspiração fascista da organização sindical, em textos comparativos, organizados em duas colunas, afirma, de igual modo, que A Carta de 1937 se inspirou na Carta Del Lavoro, de 21 de abril de 1927, de Benito Mussolini. Eis, a propósito, o quadro comparativo da obra referida:

Carta Del Lavoro	Carta Constitucional de 1937
<p>“Artigo III – A organização sindical ou profissional é livre. Mas só o Sindicato legalmente reconhecido e sujeito à fiscalização do Estado tem o direito de representar legalmente toda a categoria de empresas (<i>datori di lavoro</i>) ou de trabalhadores para a qual é constituído; de defender os interesses desta perante o Estado e as outras associações profissionais; de celebrar contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os membros da categoria; de impor-lhes contribuições; e de exercer em relação a eles funções delegadas de interesse público”.</p>	<p>“Art. 138. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, <i>impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público</i>”.</p>

REFORMA SINDICAL. Em razão da alta relevância das funções que a Constituição de 1937 cometeu aos sindicatos, imperioso se fez a reforma da anterior legislação sindical, que se materializou através do **Decreto-lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939**, onde as linhas mestras da nova estrutura sindical foram detalhadas. Esse decreto-lei estava disposto em 59 artigos, distribuídos em dez capítulos.

Décadas depois verifica-se que a estrutura ditada pelo aludido decreto-lei não difere muito daquela consagrada no Título V, Capítulo I, “da Instituição Sindical” da atual CLT.

No âmbito dessa representatividade, o **Decreto-Lei nº 1.402**, no artigo 54, fala sobre a organização do **quadro das atividades e profissões**, a ser ulteriormente disciplinado, com vistas ao enquadramento sindical.

14.3 FILIAÇÃO E INTEGRAÇÃO OBRIGATÓRIA. DISTINÇÃO

Parece conveniente que se esclareça o sentido da expressão “filiação”, mormente em face da sua recorrência nos artigos 5º, XXI e 8º, V e VII, da Constituição Federal¹ e, ainda, em razão de algumas manifestações equivocadas quanto ao seu efetivo sentido jurídico, dada sua sensível conexão com o tema.

O STF, ao se pronunciar acerca da contribuição sindical, da cláusula assistencial e da contribuição para o custeio do sistema confederativo, esclareceu, do ponto de vista técnico, o sentido da expressão “**filiados**”, visando superar discussões desnecessárias acerca do tema. Filiação e integração automática a um sindicato não se confundem: ao contrário, são coisas distintas, com significados próprios. **A filiação decorre de manifestação de vontade**, o que corresponde ao associativismo espontâneo, enquanto a **integração se dá automaticamente** e de modo compulsório na razão direta da posição categorial, profissional ou econômica.

A esse respeito, vale reproduzir trecho do voto condutor do Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário 189.960-3, SP, onde ele faz a distinção entre “filiação” e “integração obrigatória”:

Descabe confundir filiação, sempre a depender da manifestação de vontade do prestador dos serviços ou da pessoa jurídica de direito privado que integre a categoria econômica, com o fenômeno da integração automática no âmbito da categoria.

Tanto as sociedades empresárias como os empregados não estão obrigados a se filiar ou a

¹ XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus **filiados** judicial ou extrajudicialmente.

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

VII - o aposentado **filiado** tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

se manter filiados ao sindicato da sua representação categorial, na forma prevista no artigo 8º, V, da CF. No entanto, em face da profissão ou atividades exercidas, todos possuem um enquadramento sindical compulsório, que consiste, na linguagem do STF, no ‘fenômeno da **integração automática** no âmbito da categoria.’

14.4 DO ENQUADRAMENTO SINDICAL – LIMITES DE IDENTIDADE, ESPECIFICIDADE, SIMILARIDADE OU CONEXIDADE. BASE TERRITORIAL.

Desde os primórdios da sua estruturação sindical no Brasil o critério para o enquadramento sindical não era outro senão o da **categoria homogênea**, hoje definida como “**categoria específica**”, ou seja, os sindicatos se formando tendo por base categorias idênticas, como regra. Na impossibilidade de uma delimitação absoluta, por categorias **similares ou conexas**.

Passou-se à adoção de alguns princípios, dentre eles o da simetria ou da correspondência entre as categorias. Empregadores e empregados devem ficar separados, mas em disposição simétrica, de modo que o enquadramento dos empregadores fique em correlação com o dos empregados.

A estruturação sistemática das atividades econômicas e profissionais com vistas ao enquadramento sindical teve seu primeiro arcabouço legislativo no **Decreto-Lei nº 2.381, de 9 de julho de 1940**, cumprindo preceito do **Decreto-Lei nº 1.402**, de 5 de julho de 1939. O artigo 54, do Decreto-Lei nº 1.402 previra: “**O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio organizará, para os fins da presente lei, o quadro das atividades e profissões**”. O referido Decreto-Lei nº 2.381, para os efeitos do Decreto-Lei 1.402, aprovou “**o quadro das atividades e profissões que a este acompanha ...**”.

Esse decreto-lei promoveu a organização sistemática de todas as atividades econômicas e profissionais então desenvolvidas no país, com a determinação para que os sindicatos se constituíssem por categorias **homogêneas**, de conformidade com a **especificação constante do quadro** ou segundo as sub-divisões que, por proposta da Comissão de Enquadramento, fossem sendo criadas pelo que então se denominava Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

Na impossibilidade dessa constituição rigorosamente homogênea (específica), e desde que houvesse afinidade entre as atividades, a lei permitia a fusão de categorias **similares ou conexas**, entendendo-se, como tais, as que se achassem compreendidas nos limites de cada grupo mencionado no quadro das atividades e profissões.

O artigo 2º e seu parágrafo único, e os artigos 3º e 4º do supradito Decreto-Lei nº 2.381, assim direcionavam o enquadramento sindical:

*Art. 2º - Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, **homogêneas**, na conformidade da especificação constante do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo anterior, ou segundo as sub-divisões que, sob proposta da Comissão de Enquadramento Sindical, de que trata o art 8º, forem criados pelo Ministro do 'Trabalho, Indústria e Comércio.*

*Parágrafo único - Quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo seu número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério da homogeneidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo **critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se achem compreendidas nos limites de cada grupo constante do quadro das atividades e profissões.***

*Art. 3º - Qualquer das atividades ou profissões agrupadas na forma do parágrafo único do artigo anterior poderá dissociar-se do sindicato principal, **formando um sindicato específico**, desde que o novo sindicato, a juízo da Comissão do Enquadramento Sindical ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente.*

Art. 4º - Os sindicatos que se constituírem por categorias similares ou conexas, nos termos do parágrafo único do art. 2º, adotarão denominação em que fiquem, tanto quanto possível, explicitamente mencionadas as atividades ou profissões agrupadas, de conformidade com o quadro das atividades e profissões, ou, se se tratar de subdivisões, de acordo com o que determinar a Comissão do Enquadramento Sindical.

14.5 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL

Os princípios que nortearam a instituição do plano de enquadramento sindical, e, por extensão ao da representatividade sindical, não se distanciam dos princípios inscritos na atual Consolidação das Leis do Trabalho, valendo reproduzir, por pertinente, as disposições vigentes dos artigos 511, §§ 1º e 2º, 570 a 572, de onde avultam que o vínculo social básico do que se denomina categoria econômica, traduzido, basicamente, na solidariedade, está immanentemente ligado ao princípio da especificidade. *In verbis*:

Art. 511. *É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.*

§ 1º - *A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.*

§ 2º *A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.*

§ 3º *Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares*

§ 4º *Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.*

[...]

Art. 570. *Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.*

Parágrafo único - *Quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar **eficientemente pelo critério de especificidade de categoria**, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de **categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo** constante do Quadro de Atividades e Profissões.*

Art. 571. *Qualquer das atividades ou profissões concentradas na forma do parágrafo único do artigo anterior poderá dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato específico, desde que o novo sindicato, a juízo da Comissão do Enquadramento Sindical, ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente.*

Art. 572. *Os sindicatos que se constituírem por categorias similares ou conexas, nos termos do parágrafo único do art. 570, adotarão denominação em que fiquem, tanto quanto possível, explicitamente mencionadas as atividades*

ou profissões concentradas, de conformidade com o quadro das atividades e profissões, ou se se tratar de subdivisões, de acordo com o que determinar a Comissão do Enquadramento Sindical.

Parágrafo único. *Ocorrendo a hipótese do artigo anterior, o sindicato principal terá a denominação alterada, eliminando-se-lhe a designação relativa à atividade ou profissão dissociada.*

O fato relevante, no contexto de tudo o que até aqui se explicitou, é o de que qualquer estudo que se faça a respeito da representatividade sindical terá que necessariamente retroagir aos critérios adotados pelo legislador de 1940, com ênfase para o multicitado Decreto-Lei nº 2.381, de 9 de julho de 1940, conjugado com o Decreto-Lei nº 1.402, de 5 de julho de 1939.

Ambos os decretos-lei, 1.402/39 (Regula a associação em sindicato) e o 2.381/40 (que trata do quadro das atividades e profissões e do enquadramento sindical), constituem os primeiros textos legislativos percussores do Título V da CLT de 1943 (da Organização Sindical), que até hoje conserva significativa parte de seus princípios e regras.

A disposição simétrica dos dispositivos do Decreto-Lei nº 2.381/40 com as normas correlatas da atual CLT, revela que pouco se alterou ao longo dessas décadas, mantida a prevalência do princípio da **especificidade** para efeito da representatividade e enquadramento sindicais:

Decreto-Lei nº 2.381/40	Dispositivos da CLT
<p>Art. 2º - Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, homogêneas, na conformidade da especificação constante do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo anterior, ou segundo as sub-divisões que, sob proposta da Comissão de Enquadramento Sindical, de que trata o art 8º, forem criados pelo Ministro do "Trabalho, Indústria e Comércio.</p>	<p>Art. 570. Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.</p>

O quadro das atividades e profissões, assinado pelo então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, aprovado e que acompanhou o Decreto-Lei nº 2.381/40, foi precedido de longa Exposição de Motivos do Ministro, onde se acha ressaltada a colaboração oferecida pelas associações de classe.

O quadro original compreendia **quinze confederações, sendo sete para os empregadores e sete para os trabalhadores**, dispostas em ordem simétrica e representando todos os ramos de então da produção nacional, e uma para as profissões liberais.

O quadro de atividades da Confederação Nacional de Indústria, o que se convencionou denominar de **Plano da CNI**, se achava distribuído em **quatorze grupos de atividades**, iniciando pelo 1º Grupo – Indústrias da alimentação, e terminando no 14º Grupo – Indústrias metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico.

O quadro em vigor encontra respaldo no artigo 577 da CLT (“O Quadro de Atividades e Profissões em vigor fixará o plano básico do enquadramento sindical”), sendo que o Plano da CNI é composto de dezenove Grupos Federativos, do Grupo 1 – Indústrias de Alimentação ao Grupo 19 - INDÚSTRIAS METALÚRGICAS MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO.

Alguns debates que se travaram sobre a eficácia ou não desse quadro, por força da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, resultaram superados à vista de pronunciamentos judiciais supervenientes que consagraram o entendimento de que as regras relativamente ao aludido quadro resultaram recepcionadas pela nova Carta Política da República. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 1121-9 assentou “... art. 535 da CLT – norma legal que foi recebida pela CF/88”, afirmando, com isso, que remanesce em vigor a estrutura sindical da CLT.

Decisões do STJ, como revelam, por amostragem, o AGREsp 438.724/DF, Rel. Min. Luiz Fux e o RESP 449.786/RS, Rel. Milton Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unanimidade, DJ de 10.03.2003, no concernente ao Quadro de Atividades e Profissões, foi incisivo: “O art. 577 da CLT foi recepcionado pela Nova Carta, reafirmando sua eficácia plena”.

Noutra oportunidade, assentou o STJ que são “sujeitos passivos as indústrias integrantes do Plano da Confederação Nacional da Indústria, no anexo do art. 577 da CLT, recepcionado pela Constituição Federal, conforme jurisprudência da Excelsa Corte e do STJ”. (Recurso Especial nº 524.239 – PE (2003/0070181-5 - DJU do dia 01/03/04).

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, também tem se pronunciado reiteradamente pela manutenção das categorias instituídas pelo artigo 570 da CLT (Proc. TST – RO – DC 423.687/98.2), permanecendo incólume o paralelismo que o art. 570, c/c o 577 estabelece entre categorias.

Corresponde a isso que toda sociedade empresária, quer queira quer não, há de se enquadrar em algum dos grupos federativos, de acordo com o quadro de atividades e profissões que fixa o plano básico de enquadramento sindical.

14.6 DA PREVALÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO

À vista das considerações jurídicas postas em destaque parece superar uma indagação relativamente frequente que diz respeito à prevalência da representatividade de um sindicato em face de outro do mesmo grupo federativo, na mesma base territorial. Alguns se encontram no mesmo grupo, porém são específicos; outros, embora específicos, são de base territorial mais próxima; outros na representação das categorias similares ou conexas, e, por fim, aqueles que se acham enquadrados como ecléticos.

Quando sindicatos se encontram no mesmo grupo federativo e em relação a outros, do mesmo grupo, são de base mais ampla ou mais próxima, e assim sucessivamente, faz surgir questionamento de extrema pertinência: qual deles é o legítimo representante da categoria econômica localizada em sua base territorial de atuação?

Usando a nomenclatura da lei, a organização sindical pode ser por **atividade idêntica, leia-se, específica**, ou por **atividades similares** ou **conexas**. É o que decorre do já reproduzido § 4º do artigo 511 da CLT.

Portanto, a questão deve ser examinada sob dois prismas, que se completam e se interpenetram, a saber: (1) homogeneidade da atividade categorial, que se revela, sobretudo, pelo princípio da especificidade, ou, subsidiariamente, pela conexidade ou similaridade, e que se verifica pela solidariedade espontânea, e (2) circunscrição territorial, ou seja, base territorial de atuação do sindicato, que tem seu fundamento na maior proximidade.

A base territorial constitui aspecto importante para verificação da representação sindical. O outro, como já referido, e na ordem de importância e prioridade destacada na lei, diz respeito à maior homogeneidade da categoria, da chamada solidariedade espontânea, que se verifica pela maior identidade entre as categorias, traduzida, quase sempre, na especificidade.

Dissertando sobre os elementos da solidariedade sindical, ensina o Professor José Martins Catharino, que:

A solidariedade maior existe quando há identidade, e esta é máxima na categoria profissional diferenciada, formada dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em conseqüência de condições de vida similares... Quanto maior e melhor a homogeneidade, melhor e maior a solidariedade... Cada categoria, portanto, dá a dimensão sócio-jurídica da entidade sindical, mas não é a única. A outra, a territorial, também muito importante, em termos gerais e brasileiros, baseia-se

na proximidade, fator positivo de homogeneidade, de solidariedade espontânea. (Tratado Elementar de Direito Sindical, LTr, 1982, p. 121).

Nesse aspecto, convém ter presente o que dita o artigo 511, da CLT, já reproduzido acima. Recordando que o sindicato objetiva preencher no vazio relações jurídicas que se estabelecem com os grupos profissionais e econômicos, e que estes constituem formação social espontânea, que surge na sociedade ao lado e interagindo com tantos outros grupo. Essa espontaneidade tem substrato nos vínculos de solidariedade, que os aproximam e os unem. Trata-se, em princípio, de uma preocupação dos sociólogos.

Essa concepção sociológica é bem abordada por Orlando Gomes e Élfson Gottschalk, *in* Curso de Direito do Trabalho, no capítulo XXX “O Sindicalismo no Brasil”, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 582:

A nossa lei sindical elaborada por um sociólogo² e jurista não podia deixar de refletir este pensamento de forma explícita; daí a referência que se fez a ‘vínculo social básico’ e à ‘expressão social elementar’, contida nos §§ 1º e 2º do art. 511 da CLT. Diz-se, ali, que a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica. Trata-se, aí, da profissão exercida pelos empregadores, pelos homens de empresa. Em seguida, diz-se que similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional [...]

A maior solidariedade sindical é diretamente proporcional à maior homogeneidade da categoria. Equivale dizer que essa homogeneidade é maior entre as categorias **específicas**, em contraposição às categorias similares ou conexas, e muito mais ainda em relação às ecléticas (ver CLT, artigos 570 e 571).

Logo, o sindicato de categoria **específica** prefere os de **similares** ou de **conexas** e, sobretudo, os de **categoria genérica** ou **eclética**, sendo que os de categorias **conexas** ou **similares preferem os sindicatos de categorias genéricas**. Num conflito de representatividade sindical entre um sindicato específico e um conexo, ou similar, ou eclético, prevalece o específico, que afasta todos os demais. Se o debate envolver sindicato de categoria conexa ou similar, em relação ao eclético, prevalece o primeiro.

² Oliveira Viana, sociólogo e jurista, foi um dos autores do projeto de lei que organizou os sindicatos. Decreto-Lei nº 1.402, de 05.07.1919.

No entanto, havendo conflito entre sindicatos de mesma representação categorial, exemplificando, entre dois sindicatos específicos, ou entre dois sindicatos de categorias conexas ou similares, o mesmo será resolvido pela circunscrição territorial, de maneira que o sindicato de base mais próxima afasta o de base mais ampla.

Lembrando, mais uma vez, a definição legal de categorias similares ou conexas, inscrita no artigo 570, parágrafo único, da CLT, qual seja, entende-se como categorias similares ou conexas aquelas que se encontram compreendidas **nos limites de cada grupo** constante do Quadro de Atividades e Profissões.

O debate, portanto, como referido, deverá se cercar dos princípios informadores da representatividade sindical, a saber, os princípios da solidariedade, homogeneidade, identidade e especificidade, nos aspectos relativos à dimensão sócio-jurídica da categoria, e, por último, pela proximidade da base territorial.

São princípios que emanam dos dispositivos legais antes transcritos, nomeadamente os artigos 570 a 572 da CLT, os quais deverão estar sempre presente para a solução de conflitos dessa natureza.

No conflito de representatividade entre categorias específicas, ou entre categorias de idêntica representação por conexidade ou similaridade, a preferência deve ser examinada no âmbito, então, da circunscrição territorial. Nesse caso, o sindicato municipal prefere ao intermunicipal, este ao estadual, ao interestadual e ao nacional.

O magistério do jurista Uiracy Torres Cuóco, especialista em Direito Sindical, ex-assessor do Ministério do Trabalho, em monografia escrita antes do advento da Constituição Federal de 1988, é nesse sentido, quando examina a questão no âmbito da circunscrição territorial:

A lei deu preferência à organização de sindicatos regionalizados, de modo que o sindicato distrital prefere ao municipal, este ao intermunicipal, ao estadual, ao interestadual e ao nacional. O municipal prefere ao estadual, ao interestadual e ao nacional... Em contrapartida, a existência do sindicato de maior base não impede que em sua área de atuação se formem sindicatos de bases menores. E, à medida que estes vão se formando, o sindicato de base mais extensa vai perdendo sua atuação sobre a área atribuída ao de base menor. (Enquadramento Sindical no Direito Brasileiro. Obra premiada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no concurso de monografias de 1982 - Prêmio Oliveira Vianna - São Paulo: LTr, 1984, p. 16).

Referida lição remanesce atual, embora a menor base territorial esteja hoje limitada ao município.

Portanto, o exame relativo à legitimidade da representação sindical remete à conjugação de alguns fatores normativos que, apesar de eventual complexidade, não pode refugir às normas legais em vigor. O sindicato de categorias específicas prefere aos de categorias similares ou conexas e, *ipso facto*, aos genéricos.

No conflito de representação entre dois sindicatos específicos, o de base territorial mais próxima prefere ao de base mais extensa. O mesmo critério é aplicável no conflito de representação entre sindicatos de categorias conexas ou similares. A representatividade, nesse caso, é examinada sob o ângulo da circunscrição territorial de cada um: o de base mais próxima afasta o de base mais extensa. Essa regra é aplicável também no conflito de representação entre sindicatos genéricos ou ecléticos.

A premissa básica e jurídica está na especificidade, na conexidade ou na similaridade. Esse é o critério vetor, jurídico, para se apontar o efetivo representante da categoria. Somente depois de vencida essa premissa, é que se passa à análise da circunscrição territorial de atuação do sindicato – a base territorial, para se superar o conflito pela extensão da base de atuação do sindicato: o de base mais próxima prefere ao de base mais extensa, no conflito entre dois sindicatos de idêntica representação.

14.7 CONCLUSÃO

O sindicato, como revela a legislação de regência, é o legítimo representante das correspondentes categorias, segundo o Plano de Enquadramento Sindical. *In casu*, o Plano da CNI.

No conjunto das indagações preliminares, pode-se afirmar que o marco inicial do sindicalismo no Brasil está associado ao Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931, tido como um dos primeiros ensaios legislativos a respeito da matéria, sob o comando de Lindolfo Collor.

A representatividade está immanentemente vinculada à especificidade, tendo por base a formação de sindicatos por categorias idênticas. A lei admite a formação por categorias similares ou conexas, na hipótese de não ser possível uma delimitação absoluta, consoante se demonstrou.

Um segundo critério para se aquilatar da representatividade efetiva é o da circunscrição territorial de atuação do sindicato, a chamada base territorial. O sindicato de base mais

próximo prefere ao sindicato de base mais extensa. Contudo, esse constitui um segundo critério de investigação, depois da análise de eventuais conflitos entre os sindicatos específicos, similares ou conexos e os chamados ecléticos ou genéricos.

A premissa básica está na especificidade, na conexidade ou na similaridade. Depois que vencida essa premissa é que se passa a análise da base territorial de atuação do sindicato.

Ainda que se admita a dinamicidade do Plano de Enquadramento Sindical é de se concluir que o mesmo remanesce válido e eficaz, por força de atuação jurisprudencial. É nele que se encontram os elementos e variáveis para o enquadramento e representatividade sindicais, segundo os grupos federativos das atividades econômicas e profissionais, os quais formam, então, o Plano Básico de Enquadramento.

Esses grupos federativos revelam, sobretudo, as chamadas categorias específicas, conexas ou similares, sob a nomenclatura das chamadas categorias genéricas ou ecléticas.

O presente estudo, ainda que sucinto, em que pese sua relevância no âmbito das atividades sindicais, constitui um arcabouço para eventuais discussões acerca da representatividade e enquadramento sindicais, de maneira que se possa ter um mínimo de segurança jurídica no enfrentamento das questões aqui suscitadas, no âmbito da efetividade da representação e do enquadramento sindicais. Problemas sobre a legitimação do sindicato, em relação à categoria econômica ou profissional, podem ser resolvidos com o manejo adequado dessas ferramentas jurídicas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, M. Cavalcanti de. **Direito sindical e corporativo**. Sistematização doutrinária de um direito sindical brasileiro. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1941.

CATHARINO, José Martins. **Tratado elementar de direito sindical**. São Paulo: LTr, 1977 e 1982.

CUÓCO, Uiracy Torres. **Enquadramento sindical no direito brasileiro. Obra premiada pelo Tribunal Superior do Trabalho**. Concurso de Monografias de 1982. São Paulo: LTr, 1984.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. São Paulo: LTr. 2005.

**SISTEMA INDÚSTRIA
DIRETORIA JURÍDICA – DJ**

Helio Rocha
Diretor Jurídico

Cassio Borges
Gerente Executivo Jurídico

Comissão Organizadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Elizabeth Homsí
Raul Caldas
Sidney Ferreira Batalha (Coordenador)
Sylvia Lorena Teixeira de Sousa

Comissão Julgadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Antonio Carlos Brito Maciel
Cassio Borges
Helio Rocha
José dos Santos Carvalho Filho
Sylvio Capanema
Vantuil Abdala

Elaboração

André Luiz de Carvalho Cordeiro
Antônio Carlos Francisco Araújo Júnior
Carlos José Kurtz
Cheryl Berno
Diogo de Souza e Mello
Fabírcia Lemser Martins
Francisca José de Melo
Jean Alves Pereira Almeida
Leandro Gayer Gubert
Marcos Abreu Torres
Maria Antonia Amboni
Patrícia da Silva
Régis Luiz Jordão de Alcântara
Rodrigo de Paula Stadler
Victor Tainah F. Dietzold
Wanderley Marcelino
Wanessa Figueredo

**DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO - DIRCOM
Gerência Executiva de Publicidade e Propaganda – GEXPP**

Carla Cristine Gonçalves de Souza
Gerente Executiva

Walner Pessoa
Produção Editorial

Eduardo Pessoa
Elaboração de Capa

**DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS - DSC
Área de Administração, Documentação e Informação – ADINF**

Renata Lima
Normalização



CNI
SESI
SENAI
IEL **Sistema**
Indústria

*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*