

Flávio Roberto Collaço

É Consultor Jurídico (OAB/SC nº 7.428) em Florianópolis, SC. Foi Auditor Fiscal de Tributos Estaduais, Subchefe da Casa Civil para Assuntos Legislativos, Consultor do Estado, Procurador Geral do Estado, Membro do Conselho Estadual de Educação em Santa Catarina e Assessor da Comissão Relatora da Constituição Federal de 1988 e da Comissão de Sistematização da Constituição Estadual de 1989. Prestou serviços de assessoramento jurídico-educacional e técnico-legislativo a universidades, ao Semesp e à Abmes.

Impactos negativos da legislação brasileira na oferta e gestão do ensino superior privado

1 - Introdução

1.1 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CF), estabelece que em nosso País deve ser mantido e preservado um Estado Federal Democrático de Direito, tendo como fundamentos, entre outros, “a cidadania” (CF, art. 1º, II) “a dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º III) e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CF, art 1º, IV).

1.2 Esses princípios ditos “fundamentais” são complementados por dicções constitucionais que conduzem à inarredável conclusão de ser a prestação dos serviços de ensino superior (a) direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF, art. 205), (b) estar a prestação aberta à iniciativa privada (CF, art. 209, “caput”), desde que atendidas as condições de (c) cumprimento das normas gerais da educação nacional (art. 209,I) e (d) de autorização e avaliação de qualidade do ensino pelo Poder Público (art. 209,II).

1.3 Os serviços de ensino privados, em princípio, são pagos. São proporcionados por instituições que detêm poder econômico-financeiro para tanto. Todas elas também podem oferecer aos seus alunos serviços de ensino total ou parcialmente gratuitos, fomentados

com recursos próprios, na conformidade de seus atos internos, ou pelo Estado, nos termos da lei.

1.4 No Brasil, como em todo o mundo, só existem dois tipos básicos de oferta do ensino superior: o pago e o gratuito. Nosso País optou pelo ensino superior privado, portanto pago, ainda que subsidiado em pequena monta. O Censo da Educação Superior de 2017, realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), atesta que, naquele ano, 87,9% das instituições de ensino superior eram privadas e em seus cursos de graduação estavam matriculados 75,3 dos alunos.

1.5 Os serviços de ensino superior privado, por sua inegável finalidade desenvolvimentista, estão submetidos à avaliação de qualidade por órgãos da União (CF, art. 211). Essa avaliação é obrigatória e deve ser permanente, mas a atuação estatal não deve ser repressora, ressalvados os casos em que a atuação dos braços estatais se faz necessária pela expressão de um fato irregular ou pela precariedade do ensino oferecido durante anos seguidos e sem a tomada de providências por parte da Instituição de Ensino Superior (IES).

1.6 Com atenção a essa evidência, no presente trabalho abordo, além de questões relativas ao ensino superior visto como um todo, alguns aspectos de nossa legislação que ainda estão a constranger o desenvolvimento do ensino superior privado no Brasil, por deficiências normativas resultantes da ação da burocracia incrustada na esfera federal de governo.

1.7 Ressalto que tamanha burocracia costuma voltar-se com mais notoriedade exatamente contra a atuação da livre iniciativa (ou das IES sujeitas ao controle dos Conselhos Estaduais de Educação), seja pela incapacidade dos agentes públicos de compreenderem os princípios e regras constitucionais, seja por agirem, a partir deles, de forma equivocada ou preconceituosa. É a luta da estatização e da centralização nefastas contra a iniciativa privada e a descentralização benfazeja.

1.8 Os mais lúcidos e atentos observadores da evolução de nossa legislação educacional (juristas, economistas, sociólogos, filósofos, antropólogos e outros pensadores) vêm, há décadas, chamando a

atenção para a necessidade da eliminação desses notórios comportamentos negativos, mas expressiva parcela dos burocratas permanece resistindo à ideia de romper com o atraso, pois dele só pode estar tirando proveito.

1.9 Na verdade, esses atos burocráticos condenáveis não raro são produzidos por inúmeras nulidades que apreciam desfilarem pela Esplanada dos Ministérios ou pelos corredores do MEC, seus órgãos e suas entidades periféricas, dizendo-se detentores ou influenciadores do poder decisório.

1.10 Aliás, todos sabem que os impactos negativos causados por nossa legislação às atividades de ensino ora decorrem de leis não bem elaboradas e que precisam ser alteradas ou revogadas – quando não declaradas inconstitucionais ou interpretadas em conformidade com a Constituição pelo Poder Judiciário -, ora são provocados pela chamada legislação subalterna produzida com irresistível profusão - decretos, portarias, resoluções, instruções normativas, pareceres normativos e notas técnicas - por órgãos do Executivo, tudo isso contaminado por robustas evidências de contrariedade à ordem jurídica nacional.

1.11 Cabe ressaltar que o Poder Judiciário também tem colaborado, em certo grau, com esse estado de coisas, talvez pela falta, entre nós, de um Direito Educacional Sistematizado ou mesmo pela falta de conhecimento de nossa realidade educacional por alguns juízes em todos os graus de jurisdição. Essa conduta indesejada, nos últimos tempos vem sendo represada, ainda que com altos e baixos. As Academias e as Escolas judiciais e do Ministério Público têm muito a oferecer nesse campo, devendo, para tanto, incrementar suas ações na capacitação e atualização dos membros das respectivas carreiras jurídicas.

1.12 Para concluir esta introdução, penso ser relevante observar que a Constituição Federal, depois de traçar um rol de princípios que devem guiar a livre iniciativa - portanto a escola privada -, estabelece no art. 170, parágrafo único, que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

1.13 O Supremo Tribunal Federal (STF) tem impedido inúmeras tentativas de agressão ao princípio da livre iniciativa, mediante a contenção da aplicação de sanções ditas políticas. As agressões, rechaçadas de longa data, têm sido objeto de jurisprudência antiga e consolidada e pelas agora denominadas súmulas vinculantes (CF, art. 102,§ 2º), que buscam impedir que órgãos da Administração Pública ou do Poder Judiciário decidam em desconformidade com o seu enunciado.

1.14 Valem como exemplos desse impedimento aqueles traçados pelas súmulas elaboradas por nossa Corte Suprema com base em sua jurisprudência reiterada sobre determinado tema. É bom lembrar que antes da CF de 1988 as súmulas funcionavam como indicativo a ser seguido pela administração, juízes e tribunais. Com o advento da CF de 1988 as súmulas ganharam força, passando a ser denominadas “vinculantes”, isto é, de respeito obrigatório. Vejamos dois casos de sumulas vinculantes em vigor:

SÚMULA VINCULANTE 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

SÚMULA VINCULANTE 49: Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

1.15 Desse entendimento do STF, depreendo que nenhum obstáculo administrativo, financeiro ou patrimonial pode ser estabelecido na esfera administrativa, seja para a tramitação de processos envolvendo interesses de instituições privadas de ensino superior, seja quanto a sua localização. Disso também decorre que nem a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal estão aptos a impedir que as instituições privadas de ensino superior possam estar localizadas umas próximas das outras ou em que o Poder Público julgue dispensável sua presença para a oferta do ensino privado.

2 - Ensino superior privado e restrições na ordem tributária

2.1 As estatísticas governamentais, conforme já salientado, comprovam que, na sociedade brasileira, o ensino superior é proporcionado, em grau superlativo, por instituições privadas. Na ordem tributária, isso significa que elas atuam no mercado e buscam o lucro ou o superávit financeiro, segundo se enquadrem como instituições lucrativas e por isso estão sujeitas à tributação ou como

instituições não-lucrativas (buscam superavits financeiros para a sua sustentação e desenvolvimento), podendo, portanto, gozar de imunidade de impostos nos termos do art. 150, III, "c" e "e" da CF, observado o disposto no art. 14, I a III do Código Tributário Nacional (CTN), porque abrangidas por regime tributário específico.

2.2 O direito sumular do STF, que protege a livre iniciativa tanto quanto o seu funcionamento ou os abusos em matéria tributária, pode ser assim sintetizado:

SÚMULA 70:É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

SÚMULA 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

SÚMULA 547:Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

SÚMULA VINCULANTE 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

2.3 Também merece citação, por sua clareza e propriedade, a seguinte ementa do acórdão produzido pelo Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento pelo STF do RE 413.782/SC, que bem traduz o costumeiro desrespeito do Fisco aos direitos dos contribuintes:

DÉBITO FISCAL. – IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS. – PROIBIÇÃO INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da Republica 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 avulsa. Precedentes: Recursos Extraordinários nº 413.782-8/SC e 565.048/RS, ambos de minha relatoria.

2.4 Apesar dessa orientação jurisprudencial de peso, a certidão negativa de débitos tributários – impostos, taxas e contribuições com diferentes denominações – e obstáculos assemelhados constitui erva daninha plantada pela burocracia estatal que se incrustou na legislação educacional, prejudicando as instituições de ensino e seus alunos. Contribuem para esse estado de coisas os membros do Congresso Nacional, que sabem da existência do problema, mas nada ou pouco fazem para saná-lo. Por exemplo: propondo projetos de decretos legislativos destinados a "sustar os atos normativos do

Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (CF, art. 49, V).

3 - A restrição ao princípio da livre iniciativa pela imposição da apresentação de certidões negativas de débitos tributários

3.1 Inexiste lei complementar obrigando instituições de educação, qualquer que seja seu regime jurídico, a apresentar certidão negativa de tributos para o desempenho de atividades de ensino, conforme previsto no art. 146 da CF. Somente no art. 195, § 3º, da CF faz referência à exigência de certidão negativa, com caráter deveras limitado, isto é, em dispositivo que impede “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, de contratar com o Poder Público” ou “dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”. Contudo, a oferta de ensino superior pela iniciativa privada independe de contrato com o Poder Público. Cumpre anotar que a concessão de bolsas de estudo ou estímulos financeiros ao aluno de ensino superior não se destinam às entidades mantenedoras das instituições de ensino, as quais, quando muito, atuam como simples repassadoras aos alunos nelas matriculados.

3.2 É certo que a exigência da certidão negativa vem sendo eliminada aos poucos em todos os campos em que se desenvolvem atividades privadas de ensino, mas algumas derrapagens ainda são cometidas pelos diferentes órgãos governamentais, não raro pelo mau exemplo proporcionado pelo estamento burocrático federal.

3.3 Dispensada uma análise mais aprofundada do que se passa nos últimos tempos no Brasil, chamo a atenção para o fato de que, no começo deste século de XXI, o Decreto Federal nº 3.860, de 8 de julho de 2001, já revogado, ainda mantinha uma imposição que predominou durante todo o século XX, pela qual as instituições mantenedoras de escolas de ensino superior deveriam, quando da apresentação de pedidos de credenciamento e de reconhecimento da instituição de ensino ou de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento dos respectivos cursos superiores fazer prova “de regularidade perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal” (art. 20, III) e “de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” (art. 20, IV).

3.4 Em outras palavras: para se instalar e permanecer instalada e em funcionamento considerado "regular", a mantenedora de instituição privada de ensino superior precisava apresentar ao Ministério da Educação certidão negativa de tributos (impostos, taxas e contribuições) sob pena de ver indeferidos os pedidos ou paralisados os processos de seu interesse em tramitação naquele órgão, incluídos os de autorização ou reconhecimento de cursos, o que conduzia à impossibilidade de reconhecimento de diplomas, tanto para pobres quanto para ricos, um verdadeiro despautério. Com efeito, diz a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), no art. 48, que o **reconhecimento** dos cursos superiores é condição para que os diplomas por eles expedidos tenham "validade nacional". (grifei)

3.5 Tal exigência, sobretudo abusiva, conforme já sublinhado, não encontra fundamento na Constituição de 1988, ou em lei válida, com a agravante de gerar ônus capaz de emperrar as atividades dos empreendedores privados e de ser incompatível com o bom desenrolar das atividades de ensino, sempre voltadas para o aluno, na medida em que produz despesas desnecessárias: a demora na tramitação de processos administrativos, o retardamento dos frutos a serem proporcionados por investimentos de vulto, as idas e vindas a Brasília de seus dirigentes ou servidores e o necessário, sobretudo custoso, apelo ao Poder Judiciário, para afastar os despropositados requisitos impertinentes, tudo isso repercutindo sobre o valor das mensalidades escolares, a qualidade do ensino e o desenvolvimento do ensino superior.

3.6 Quanto à tributação, a exigência de certidão negativa é atualmente disciplinada pelo CTN. Depois de estabelecer que "a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa" (CTN, art. 205), arrola o Código o seguinte elenco de situações em que ela deve ser apresentada: (a) extinção das obrigações do falido (CTN, art. 191); (b) concessão de recuperação judicial (CTN, art. 191-A); (c) proferimento de sentença judicial de julgamento de partilha ou adjudicação quanto aos tributos relativos aos bens do espólio ou às suas rendas (CTN, art. 192); (d) celebração de contrato ou aceitação de proposta em concorrência pública, relativos à atividade em cujo exercício o agente privado contrata ou concorre (CTN, art. 193), ressalvados os casos de "suspensão do crédito tributário" (CTN art. 151).

3.7 Por aí se vê que, excluídos os casos de exibição obrigatória de certidão negativa de tributos mercedores de referência expressa na CF ou no CTN, nenhum outro, sem “lei complementar federal”, pode ser criado, o que conduziu à revogação, mas apenas em parte, do Decreto nº 3.860, de 2001, pelo Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006.

3.8 Em parte, por quê? Porque o Decreto nº 5.773, de 2006, somente corrigiu um aspecto do problema, na medida em que deixou de impor a apresentação de certidões negativas de débitos tributários para a autorização e o reconhecimento de cursos por instituições já credenciadas pelo MEC, mas a manteve para o credenciamento ou credenciamento da “mantenedora” da instituição de ensino no art. 15, I, impondo a instrução do respectivo processo com os seguintes documentos: (a) comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF); (b) comprovante de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal, quando for o caso; (c) certidões de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal; (d) certidões de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

3.9 Aliás, tão absurda a imposição do decreto que o SEMESP - Sindicato das Mantenedoras de Ensino Superior no Estado de São Paulo logrou obter no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a garantia de suas associadas estarem eximidas do cumprimento de tais regras regulamentares, portanto subalternas à lei (decisão transitada em julgado). Apesar disso, as IES eram obrigadas a instruir os processos com cópia da decisão judicial para que a eles fosse dado andamento. Vale perguntar: o MEC não consulta, não quer consultar ou não confia no Diário Oficial da Justiça? O MEC não tem em sua robusta estrutura um órgão que cuide dos assuntos jurídicos, pelo menos para impedir o cometimento de erros crassos?

3.10 Esse decreto teve seu texto recentemente substituído pelo do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017, que “dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino”.

3.11 O novo ato normativo representa relativa evolução na regulação da oferta de ensino superior por instituições privadas, abolindo

anomalias gritantes detectadas no texto dos regulamentos que o antecederam, mas ainda mantém outros pecados, em diferentes áreas de atuação, o que comentarei em outra oportunidade. Ressalto, todavia, que os dispositivos antes declarados inconstitucionais retornaram com o novo decreto, pois o MEC entendeu que poderia novamente exigir a apresentação das certidões negativas, nos termos seguintes, no tocante ao credenciamento institucional:

Art. 25.

§ 3º O processo de credenciamento observará, no que couber, as disposições processuais e os requisitos exigidos nos pedidos de credenciamento previstos nos art. 19 e art. 20.

§ 4º Os documentos a serem apresentados no processo de credenciamento destacarão as alterações ocorridas após o credenciamento ou o último credenciamento.

§ 5º A irregularidade perante a Fazenda federal, a Seguridade Social e o FGTS ensejará o sobrestamento dos processos regulatórios em trâmite, nos termos do Capítulo III.

3.12 Desde já, é de se dar relevo ao disposto no art. 20 do decreto supracitado, que não conseguiu se desgarrar do que parece ser uma mancha irremovível:

Art. 20. O pedido de credenciamento será instruído com os seguintes documentos:

I - da mantenedora:

-
- b) comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ);
- c) certidões de regularidade fiscal perante a Fazenda federal;
- d) certidões de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS);
-

§ 4º A comprovação da regularidade de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ) e da regularidade perante a Fazenda federal, a Seguridade Social e o (FGTS) poderão ser verificadas pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação nas bases de dados do Governo federal e as mantenedoras deverão estar devidamente regulares para fins de credenciamento ou de credenciamento.

3.13 Quanto à alínea "c" do inciso I do art. 20, foi suprimida a antiga exigência de prova de inscrição nos cadastros estaduais e municipais de contribuintes, tendo sido reconhecido que o assunto não pertence à esfera de competência da União e muito menos de órgãos

supervisores da educação. O enunciado do § 4º do citado art. 20, ao prever que a comprovação da regularidade de inscrição no CNPJ e da regularidade perante a Fazenda federal, a Seguridade Social e o FGTS poderão ser verificadas pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES) do MEC, nas bases de dados do Governo federal traduz um besteirol deveras asnático. Qual a finalidade do devido respeito ao "sigilo" das informações coletadas pelos órgãos fiscalizadores?

3.14 O despropósito de pretender ressuscitar preceitos declarados inconstitucionais por iniciativa do SEMESP, apenas revela que o MEC descumpre e usa de malícia para impor os entendimentos irracionais de seus servidores para descumprir decisões judiciais irrepreensíveis.

3.15 Além disso, se o MEC pode, de fato, "espiar" os cadastros federais, para que exigir a prova por parte das mantenedoras de IES? Por que o MEC não "espia" seus atos com notórios defeitos de forma ou de mérito, para as devidas correções? Por último, pode o MEC, sem autorização judicial, indeferir postulações ou arquivar processos em que interessada determinada IES, pelo simples fato, ilícito, de "espiar" os cadastros de outros órgãos? Isso não representa quebra de sigilo? É evidente que sim.

3.16 É de acrescentar a pergunta: por que inexistente lei complementar prescrevendo a exigência da apresentação de certidão negativa para que os processos protocolados no Ministério da Educação pela entidade mantenedora de estabelecimento de ensino superior tenham andamento favorável? A razão é simples: o aluno, destinatário do ensino proporcionado por uma instituição de ensino superior paga, autorizada e avaliada (controlada) permanentemente pelo Estado, nada tem a ver com a forma de gestão e com as práticas administrativo-fiscais do mantenedor da escola em que matriculado. Exatamente por isso o legislador nacional se absteve de prescrever tamanha obtusidade.

3.17 Assim, eventuais práticas irregulares no campo tributário por uma ou mais IES não podem inviabilizar a continuidade de sua operação e, muito menos, a continuidade ou a validade de estudos por elas oferecidos, causando a impossibilidade da expedição e do registro de diplomas. Se uma instituição privada de ensino estiver em funcionamento por autorização do Estado, a responsabilidade pela diplomação será da instituição e, em última instância, do próprio

Estado. O aluno não pode ser enganado ou punido pela burocracia impenitente.

3.18 Já foi observado que a orientação firmada pelo STF afasta a aplicação de sanção política em matéria tributária. Cumpre ressaltar, contudo, que para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação de dispositivo legal ou regulamentar deve atender para os seguintes parâmetros: (a) o valor dos créditos tributário exigíveis, cujo não pagamento resultar em restrição ao funcionamento da empresa; (b) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (c) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários (...), conforme esclareceu o Ministro do STF, Joaquim Barbosa no RE 550.769.

3.19 De toda a sorte, é sempre bom lembrar que não cabe ao Ministério da Educação ou órgão estadual ou municipal correspondente desempenhar funções inerentes à fiscalização de tributos. Muito menos exigir certidões negativas nas seguintes hipóteses em que os ditames do CTN, por si sós, garantem à Fazenda Pública:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

.....

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento

comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

3.20 Demais disso, é preciso que não sejam esquecidas as lições de Kiyoshi Harada e de Hugo de Brito Machado em uma coleção de artigos sobre a aplicação das certidões negativas de débitos tributários em campos diferentes do educacional, mas que corroboram o acima assinalado. Esses artigos, de indiscutível excelência, estão publicados na **Revista Eletrônica Jus Navigandi**.

3.21 O elevado grau de despropósito da exigência de certidão negativa de débitos tributários das instituições privadas de ensino superior alcança seu cume quando se verifica que o Conselho Federal de Educação, os Conselhos Federais reguladores de profissões ou os Conselhos Estaduais de Educação costumam fazer idênticas exigências de entidades públicas, isto é, para o funcionamento de instituições públicas e gratuitas. Nem todos têm observado a jurisprudência dos tribunais.

3.22 Antes de encerrar este segmento em que me detenho sobre alguns dos assuntos relativos à tributação, devo me referir à contribuição para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), visando a esclarecer que também é impertinente a exigência de certidões negativas quando resultantes de decretos, resoluções e portarias da área educacional.

4 - Certidões negativas relativas ao FGTS

4.1 Sempre existiram dissensões na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza jurídica da contribuição para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, hoje regulado principalmente pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

4.2 Seguindo a linha dos doutrinadores trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) firmou jurisprudência no sentido de ser o FGTS, desde o nascedouro, um instituto garantidor do trabalhador e, desse modo, submetido à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), motivo pelo qual o prazo para a sua cobrança seria de trinta anos, no que foi acompanhado pelo STF. Essa doutrina e jurisprudência pontificaram mesmo após o advento da Constituição de 1988, cujo art. 7º, III, estabelece que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social o fundo de garantia do tempo de serviço", tendo o STF no (RE 100.249-2), Relator para o Acórdão o Ministro Nery A Silveira, assentado o seguinte:

"Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei nº 5.107, de 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. **Os depósitos do FGTS pressupõe vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN.** Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação" **Grifei**

4.3 Com o passar do tempo, os argumentos expendidos pela corrente tributarista, contrariando a decisão do STF, ganharam corpo. Por seu prestígio intelectual, vale lembrar as lições Victor Nunes Leal (1971 p. 34) e Rubens Gomes de Souza (1973, V.112, pp. 27-49). O trabalho do segundo acolho como citação, por me parecer mais esclarecedor sobre a natureza tributária do FGTS e conseqüente sujeição aos princípios constitucionais e regras de leis complementares aplicáveis aos tributos:

6.1 A exação criada pela Lei nº 5.107/66 "Tem caráter de imposto por ser cobrada compulsoriamente de um contribuinte (o empregador) independentemente de qualquer atividade estatal específica, diretamente relativa a ele. Participa da taxa porque o fundamento da sua cobrança é um serviço estatal específico, porém dela se afasta porque esse serviço é relacionado diretamente a outra pessoa (o empregado ou seus herdeiros ou dependentes), diversa do contribuinte. (...)

E adianta:

6.2 A figura da "contribuição" é, portanto, a que lhe convém e que, nos termos do art. 21 § 2º nº I da Constituição Federal de 1969, lhe confere caráter tributário. Aliás, o que em definitivo confirma esta configuração é o fato de que a relação jurídica se estabelece exclusivamente entre o empregador como contribuinte (sujeito passivo) e o poder público como sujeito ativo, através dos órgãos a que este delegou a administração do FGTS. Nenhuma relação jurídica se estabelece entre o contribuinte (empregador) e o beneficiário (empregado): este ou seus herdeiros ou dependentes, poderá ser titular ativo de uma segunda relação jurídica, cuja natureza não interessa indagar porque não se reflete sobre a da primeira, mesmo porque o seu sujeito passivo não é o mesmo daquela (o empregador), mas o que nela figurou como sujeito ativo (o poder público representado por seus órgãos delegados). Pode-se dizer, como fórmula resumida capaz de abranger as duas relações jurídicas descritas, autônomas entre si, que o poder público, por seus órgãos delegados, interpõe-se entre as duas partes interessadas (empregador e empregado), substituindo-se respectivamente a uma e à outra como sujeito ativo do direito de exigir a prestação e como sujeito passivo da obrigação de prestar o benefício.

Em outra passagem do parecer, alerta Rubens Gomes de Souza:

5.5 (...) a destinação da receita é uma providência de tesouraria relacionada com a *despesa pública* e não com a própria receita, por isso mesmo enquadrada em outro ramo do direito – o financeiro ou orçamentário - mas não no direito tributário.

4.4 Mais incisivo é Alfredo Augusto Becker (1963, p. 34 e 36):

Nenhuma influência exerce sobre a natureza jurídica do tributo, a circunstância de o tributo ter uma destinação determinada ou indeterminada; ser ou não ser, mais tarde, devolvido ao próprio e mesmo contribuinte em dinheiro, em títulos ou serviços. Nada disso desnatura o tributo, até mesmo se o Estado lhe der uma utilização privada (não-estatal) e esta utilização privada estiver predeterminada por regra jurídica.

4.5 Essa doutrina tinha respaldo nos arts. 3º e 4º do CTN, já que o fato gerador do FGTS corresponde à definição de tributo deles constante, e, mais que isso, é expressamente prevista em seu art. 217.

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

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Art. 217. As disposições desta Lei, não excluem a incidência e a exigibilidade:

.....
IV - da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criada pelo art. 2º da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966; (Incluído pelo Decreto-lei nº 27, de 1966).

4.6 Seguindo o pensamento de Rubens Gomes de Souza e Alfredo Augusto Becker e comentando o enunciado do art. 4º, II, do CTN, Paulo de Barros Carvalho (1991, p. 25), anota:

O inc. II vem como um aviso providencial: o destino que se dê ao produto da arrecadação é irrelevante para caracterizar a natureza jurídica do tributo. Coincide, a ponto, com o limite do ponto de especialização do Direito Tributário, que não se preocupa de momentos ulteriores à extinção do liame fiscal. Aquela entidade que vier a preencher os requisitos estipulados no art. 3º do Código Tributário Nacional será, juridicamente, um tributo, a despeito da destinação que for atribuída aos valores arrecadados. Mantenhamos na retentiva esse conselho, elucidativo e prático, aplicando-o sempre que for o caso.

4.7 Em 13.11.2014, no julgamento do ARE 709.212/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, o STF veio pacificar as dissensões entre trabalhistas e tributaristas, firmando o entendimento de que o FGTS é tributo e o prazo de prescrição é de cinco anos, conforme previsto no CTN. O voto do Relator é extenso e minucioso e enfrenta todas as questões pertinentes ao tema, resultando na aprovação da tese seguinte:

Tese de Repercussão Geral nº 608. Relator o Min. Gilmar Mendes: O prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

4.8 Em face dessa decisão da Suprema Corte, cujos efeitos foram por ela modulados, o TST atualizou sua Súmula 362, nos termos seguintes:

Súmula nº 362 do TST. FGTS. Prescrição (nova redação):

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF, ARE 709212/DF).

4.9 Consideradas a doutrina e a jurisprudência acima expostas, Sérgio Pinto Martins (2017, p. 90), tudo sintetiza dizendo que o FGTS possui natureza jurídica híbrida, devendo ser distinguido o ponto de vista do empregado e o do empregador:

“A relação obrigacional do FGTS é uma relação tributária. O sujeito ativo é a União, embora esta delegue a arrecadação à Caixa Econômica Federal e a fiscalização do Ministério do Trabalho, o que encontra amparo legal no art. 7º do CTN. O sujeito passivo é, de modo geral, o empregador. O fato gerador é o pagamento de remuneração ao trabalhador. A base de cálculo é a remuneração. A alíquota é fixa no percentual de 8%. A atividade plenamente vinculada é feita pelo lançamento por intermédio do Ministério do Trabalho, o que é realizado pelo lançamento por homologação ou autolancamento.”

4.10 Resta, assim, reconhecido pelo STF que o FGTS é um tributo, independente da destinação legal do produto de sua arrecadação e, sabido que o FGTS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação (quando a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa) tem-se que o prazo para a sua realização é de 5 (cinco) anos contados de sua ocorrência. Não ocorrendo a antecipação do pagamento o prazo para o fisco fazê-lo de ofício é contado a partir do primeiro dia do ano seguinte àquele em que poderia ter sido realizado. (CTN, art. 150, §4º, combinado com o art. 173, I). Constatada a decadência, a Procuradoria Geral da Fazenda

Nacional deve ser instada à inscrição do débito em dívida ativa, para cobrança amigável ou judicial.

Florianópolis, outubro de 2018

REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acesso em 30. jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualizada até a E.C. nº 91, de 2016. Presidência da República: Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 30.jul.2018.

BRASIL. STF. SÚMULAS VINCULANTES.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 30.jul.2018.

BRASIL. STF. SÚMULAS. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em 30.jul.2018.

BRASIL. STF. (RE 100.249-2), Relator para o Acórdão o Ministro Nery a Silveira. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192646>
Acesso em: 30.jul.2018.

BRASIL. STF. (ARE 790212), Relator o Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3857469>
Acesso em: 20.jul.2018

CARVALHO, Paulo De Barros. **Curso de Direito Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva 1991, p.25.

HARADA, Kiyoshi. Certidão negativa como instrumento de coação indireta do contribuinte. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18700/certidao-negativa-como-instrumento-de-coacao-indireta-do-contribuinte>>. Acesso em: 30.jul.2018.

HARADA, Kiyoshi. Inexigibilidade da certidão negativa de tributos para práticas de atos notariais e de registro público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3159, 24 fev. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21154>>. Acesso em: 30. jul. 2018.

HARADA, Kiyoshi. Lançamento por homologação e prazo decadencial. Abordagens práticas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2322, 9 nov. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13812>>. Acesso em: 30. jul. 2018.

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. **Censo da Educação Superior 2017**. Disponibilizado em http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2018/censo_da_educacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf

LEAL, Victor Nunes. **LTr Legislação do Trabalho**. Ano 35. São Paulo, 1971.

MACHADO, Hugo de Brito. A exigência de certidões negativas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan.2002. Disponível em: <A exigência de certidões negativas Jus Navigandi.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do FGTS**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

SOUZA, Rubens Gomes de. Natureza tributária da contribuição do FGTS. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 27-49, out. 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37909>>. Acesso em: 30.jul.2018.