

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI 13.467/2017

Bruno Paiva Gouveia

Doutorando e mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); advogado.

Ulisses Borges de Resende

Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade Nacional de Brasília (UnB); professor da graduação e pós-graduação do Curso de Direito do Centro Universitário ISEB; advogado

183

Resumo

Este trabalho visa analisar as principais questões envolvendo a contribuição sindical e as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017.

Palavra-chave: Contribuição sindical; natureza tributária; compulsoriedade; inconstitucionalidade

Abstract: *This study analyzes the main issues involving the union contribution and the changes promoted by Law 13.467/2017.*

Key-words: *Union contribution of Law – Tax nature – Compulsory – Unconstitutionality*

Sumário: 1. Evolução da contribuição sindical; 2. Alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 com relação à contribuição sindical; 3. Ilegalidades e inconstitucionalidades nas alterações promovidas pela Lei 13.467/2017; 4. Conclusão.

1. Evolução da contribuição sindical

A contribuição sindical é substancial fonte de receita das entidades sindicais, tendo sido instituída desde a carta constitucional de 1937²³⁴, que conferiu aos sindicatos o poder de impor contribuições para toda a categoria.

²³⁴ CF/1937 - 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

O Artigo 138 da Constituição Federal de 1937 foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 1.402/39, que deixou flagrante a natureza compulsória da contribuição sindical ao incluir entre as prerrogativas dos sindicatos a imposição de “contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas.”²³⁵

Por sua vez, o Decreto-lei nº 2.377/40 denominou a referida contribuição de imposto sindical e regulamentou a sua forma de cobrança, tanto para os empregados como para os empregadores, contemplando em sua redação os valores e época de pagamento do imposto, o desconto em folha de pagamento, a dedução em favor da entidades de grau superior, a fiscalização e regulamentação pelo então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, entre outros aspectos.

Tais regras foram acolhidas pela legislação posterior, inclusive pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que trata do tema no Título V – Da Organização Sindical, Capítulo III – Da Contribuição Sindical, em seus artigos 578 a 610.

Além disso, a Contribuição Sindical foi mantida pela Constituição Federal de 1988, que, não só a recepcionou, como tratou de forma explícita a respeito de sua cobrança em favor das entidades sindicais.²³⁶

A Contribuição Sindical constitui, sem dúvida alguma, uma das fontes de receita fundamentais para a subsistência e manutenção do sistema sindical brasileiro, havendo receio de que a possibilidade de corte abrupto de tal contribuição acarrete o enfraquecimento das entidades sindicais e, por consequência, das categorias por elas representadas, ou até mesmo o fechamento de uma quantidade significativa delas.²³⁷

seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

²³⁵ Decreto-lei 1.402/39 - Art. 3º São prerrogativas dos sindicatos: (...) f) impor contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas.

Art. 38. Constituem o patrimônio das associações sindicais: a) as contribuições dos que participarem da profissão ou categoria, nos termos da alínea f) do art. 3º.

²³⁶ CF/1988, Art. 8º, IV e Art. 149, *caput*.

²³⁷ Em palestra proferida no Centro Universitário IESB, o Relator da Reforma Trabalhista na Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho, do PSDB/RN, afirmou que se estimava que 70% (setenta por cento) das entidades sindicais encerrariam suas atividades, com a transformação em lei da proposta por ele apresentada, quanto a este particular.

2. Alteração promovida pela Lei 13.467/2017 com relação à contribuição sindical

A Lei 13.467/2017, que implementou a propagada reforma trabalhista, promoveu as seguintes alterações no que tange à previsão da contribuição sindical na Consolidação das Leis do Trabalho: (primeiro a legislação alterada e abaixo – hachurada – a legislação anterior)

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

~~Art. 545 — Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.~~

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

~~Art. 578 — As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de "imposto sindical", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.~~

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

~~Art. 579 — A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo êste, na conformidade do disposto no art. 591.~~

Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

~~Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos.~~

Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.

~~Art. 583 — O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro.~~

Art. 587. Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.

~~Art. 587. O recolhimento da contribuição sindical dos empregadores efetuar-se-á no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a estabelecer-se após aquele mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.~~

Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.

~~Art. 602 — Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da imposto sindical serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.~~

Como se percebe, a Lei 13.467/2017 trouxe duas aberrações jurídicas na mudança da legislação sobre a contribuição sindical: a) alterou matéria tributária por meio de Lei Ordinária (art. 8º IV e 149 da CF); b) tornou um tributo facultativo (art. 3º CTN).

Com efeito, é nítida a inconstitucionalidade e ilegalidade promovida pela Lei 13.467/17, que por meio de Lei Ordinária tornou facultativa a contribuição sindical, que possui natureza tributária, como veremos a seguir.

3. Ilegalidades e inconstitucionalidades nas alterações promovidas pela Lei 13.467/2017

Desde a sua instituição, na Constituição de 1937, a Contribuição Sindical vem sendo considerada um tributo, e, portanto, de natureza compulsória.

Dessa forma, a alteração promovida pela Lei 13.467/2017 em tão importante tributo resultará no estrangulamento do caixa da grande maioria das entidades

sindicais, dificultando o alcance do nobre objetivo a que levou a sua constituição e que vem sendo conquistado ao longo de anos em atuação e prejudicando sobremaneira as categorias que representam, diante da redução de recursos disponíveis para atingir tal finalidade.

Com efeito, se uma das principais receitas das entidades sindicais deriva das contribuições sindicais pagas anualmente pelos trabalhadores, e a modificação trazida pela Lei 13.467/17 tornou essa contribuição facultativa, pretendendo modificar, assim, sua natureza tributária prevista na Constituição Federal, é evidente que haverá uma queda abrupta, repentina, sem precedentes, no faturamento das entidades sindicais, impedindo que as mesmas façam frente à suas obrigações não apenas perante seus associados mas também perante terceiros, deixando de honrar compromissos, contratos, e correndo o risco de torná-las absolutamente inadimplentes.

A Contribuição Sindical tem natureza tributária reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátria, conforme se infere da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONTROLE – ENTIDADES SINDICAIS – AUTONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. A atividade de controle do Tribunal de Contas da União sobre a atuação das entidades sindicais não representa violação à respectiva autonomia assegurada na Lei Maior. MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO – RESPONSÁVEIS – CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA – RECEITA PÚBLICA. *As contribuições sindicais compulsórias possuem natureza tributária, constituindo receita pública, estando os responsáveis sujeitos à competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.*²³⁸

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO. COMPULSORIEDADE. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.²³⁹

²³⁸ (MS 28465, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014)

²³⁹ (RE496456, publicado em 21/08/2009, Min. Carmem Lúcia).

EMENTA: Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, in fine, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no caput do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a *própria contribuição sindical de natureza tributária* (art. 8º, IV) - marcas características do modelo corporativista resistente -, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE 146733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694).²⁴⁰

O Tribunal Superior do Trabalho também reconhece a natureza tributária da contribuição sindical, conforme se infere dos julgados abaixo:

RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. ARTIGO 174 DO CTN. *A contribuição sindical, instituída pelo artigo 578 da CLT, detém natureza tributária e parafiscal* (art. 149 da CF). Em sendo assim, o prazo de prescrição incidente na espécie deve ser o estipulado no artigo 174 do CTN, que dispõe que para a ação de cobrança do crédito tributário o prazo prescricional será de 5 (cinco) anos. Logo, intacto o disposto no artigo 7.º, XXIX, da Constituição Federal, já que a prescrição incidente não é a trabalhista. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. COOPERATIVA. Por força do disposto no art. 511 da CLT, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento sindical de seus empregados. Com efeito, o Regional empreendeu acurada análise do acervo probatório para a formação de seu convencimento e verificou que, em razão das atividades da Cooperativa - industrialização e comercialização de derivados do leite -, a legitimidade para representar os seus empregados, por se enquadrarem na categoria dos trabalhadores nas indústrias da alimentação, e não das sociedades cooperativas, é do Recorrido. Nesse contexto, para se acolher os argumentos expendidos pela Recorrente, faz-se necessário o reexame da prova dos autos, hipótese inadmissível na esfera extraordinária (Súmula n.º 126 do TST). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. O aresto colacionado não enseja o processamento do

²⁴⁰ (RE180745, publicado em 08/05/1998, Min. Sepulveda Pertence)

presente Recurso de Revista, uma vez que é inespecífico a luz do disposto na Súmula n.º 296 do TST. No presente autos discute-se a cobrança de contribuição sindical, enquanto o paradigma diz respeito à contribuição assistencial, hipótese diversa da dos autos. Recurso de Revista não conhecido.²⁴¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO BARROS. RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO BARROS. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O Pleno do STF referendou liminar concedida pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento da Medida Cautelar na ADI 3.395-6/DF, no sentido de que, mesmo após a EC nº 45/2004, a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e o servidor que a ele seja vinculado por relação jurídicoadministrativa. A decisão do STF restringiu-se ao inciso I do art. 114 da CF/88 e não se estende à competência fixada no inciso III do mesmo preceito constitucional: "ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores". Isso porque os incisos são elementos discriminativos do caput do artigo, que contém a norma geral. Os incisos são independentes entre si e enumeram hipóteses ou itens da regra inscrita no caput. Em decorrência dessa regra de técnica legislativa, não se há falar que a suspensão da competência definida no inciso I do art. 114 da CF pelo Supremo Tribunal Federal tenha afetado aquela estabelecida no inciso III, que trata de lides intersindicais, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores. Observe-se que o inciso III fez expressa diferenciação entre demandas envolvendo sindicatos e trabalhadores e sindicatos e empregadores. Ao utilizar o termo genérico "trabalhadores", o legislador inseriu na competência da Justiça do Trabalho não apenas os empregados - termo específico. Por isso, não se pode acolher o argumento de que esta Justiça Especializada é incompetente para julgar lide entre sindicatos representantes de servidores vinculados ao Poder Público por relação jurídico-administrativa. O art. 114 da CF/1998 não trouxe essa exceção, tampouco a decisão do STF. O inciso III, portanto, deve ser interpretado de forma extensiva, inclusive em consonância com o objetivo da Emenda Constitucional nº 45/2004 de conferir ao Poder Judiciário Trabalhista a competência para as causas dos trabalhadores. Entende-

²⁴¹ (RR 333002820085030045 33300- 28.2008.5.03.0045, 4ª Turma, DEJT 13/05/2011. Rel. Maria de Assis Calsing)

se, nessa linha, que a competência desta Justiça Especializada mantém-se preservada nas ações em que se discutem questões sindicais - por serem lides autônomas, desvinculadas da relação jurídica trabalhista mantida pelo obreiro. Precedentes do STF e desta Dt. 3ª Turma. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA FEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO PIAUÍ. RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. NATUREZA PARAFISCAL EXIGIBILIDADE. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 8º, IV, da CF, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. *RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. NATUREZA PARAFISCAL EXIGIBILIDADE. A contribuição sindical, prevista no art. 8º, IV, parte final, da CF, e minuciosamente regulamentada pelos arts. 578 a 610 da CLT, constitui receita derivada de lei e recolhida uma única vez, anualmente, em favor do sistema sindical, quer se trate de empregado, profissional liberal ou empregador. Tendo natureza parafiscal, deve tal contribuição ser exigida de todos os trabalhadores da categoria pertinente, incluindo-se, nesse grupo, portanto, os servidores públicos, sejam estes celetistas ou estatutários.* Precedentes do colendo STJ. Recurso de revista conhecido e provido.²⁴²

No mesmo sentido vem se manifestando a doutrina nacional, conforme se pode observar da lição de Ives Gandra da Silva Martins:

“Todas as contribuições enquadradas no art. 149, em suas três modalidades, têm natureza tributária, lembrando-se que as contribuições no interesse das categorias, por não se confundirem com as sociais, ofereceram menor polêmica, não se pondo o debate, embora fossem tidas, no passado, como contribuições parafiscais ou extrafiscais na inteligência de Walter Barbosa Corrêa, na sua tese de livre-docência para a USP (1964). Uma terceira consideração faz-se também necessária.

A “contribuição especial no interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas”, tem como nítido, claro e cristalino objetivo garantir a atuação de categorias profissionais e econômicas em defesa dos interesses próprios destes grupos, ofertando, pois, a Constituição, imposição tributária que lhes garanta recursos para que possam existir e atuar.

²⁴² (ARR 6212220125220104, 3ª Turma, DEJT 13/03/2015, Rel. Mauricio Godinho Delgado).

*Esta é a natureza jurídica da contribuição, que fundamenta o movimento corporativo ou sindical no Brasil, na redação da Lei Suprema de 1988, constitucionalizada que foi sua conformação tributária. Não é mais uma contribuição parafiscal ou fora do sistema, mas uma contribuição tributária, com objetivo perfil na lei maior.*²⁴³

No mesmo sentido é a lição de Sérgio Pinto Martins, nestes termos:

A atual contribuição sindical é o antigo imposto sindical. Como imposto, tinha natureza tributária, como espécie do gênero tributo.

O Decreto-lei n° 27, de 14-11-66, acrescentou o art. 217 ao Código Tributário Nacional, mudando a nomenclatura do imposto sindical. Este passou a chamar-se contribuição sindical, mas a mudança em sua nomenclatura não mudou sua natureza jurídica de tributo, pois o que importa é seu fato gerador, nos termos do art. 4° do CTN.

A natureza jurídica da contribuição é tributária, pois se encaixa na orientação do art. 149 da Constituição, como uma contribuição de interesse das categorias econômicas e profissionais.

*A contribuição sindical também se insere na definição de tributo contida no art. 3° do CTN. É uma prestação pecuniária, exigida em moeda. É compulsória, pois *independe da vontade da pessoa em contribuição*. O art. 545 da CLT mostra que o desconto da contribuição sindical pelo empregador independe da vontade do empregado. Não se constitui em sanção de ato ilícito. É instituída em lei (arts. 578 a 610 da CLT) e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, que é o lançamento, feito pelo fiscal do trabalho (art. 606 e seu § 1° da CLT). Logo a natureza é tributária. (grifos nossos)*²⁴⁴

Ademais, pode ser demonstrado que a contribuição sindical tem natureza de tributo justamente porque parte dos recursos recolhidos é revertida para os cofres da União, conforme a distribuição prevista no artigo 589, II, da CLT, cuja redação não foi alterada pela Lei 13.467/17, *in verbis*:

Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho:

(...)

II - para os trabalhadores

- a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente
- b) 10% (dez por cento) para a central sindical
- c) 15% (quinze por cento) para a federação
- d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e

²⁴³ MARTINS, Ives Gandra. Rev. TST, Brasília, vol. 81, no 2, abr/jun 2015, p. 93.

²⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, Saraiva, 2017, p. 1104.

e) 10% (dez por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário';

Dessa forma, e por ser da essência da contribuição a sua compulsoriedade, ela jamais poderia ser facultativa e opcional para o contribuinte, sob pena de desvirtuar completamente o instituto, além da flagrante inconstitucionalidade de tal limitação ao poder de tributar entabulada por uma lei federal ordinária e de natureza genérica.

Como visto, a contribuição sindical é considerada tributo e como tal não poderia ser alterada por lei ordinária. Ademais, não é possível transformar um tributo em facultativo, ou seja, deixar seu pagamento condicionado à escolha do contribuinte.

A cobrança da Contribuição Sindical possui expressa previsão constitucional, conforme o inciso IV, do artigo 8º, da Constituição Federal de 1988, a seguir transcrito:

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, **independentemente da contribuição prevista em lei.**

Portanto, a Constituição Federal de 1988 recepcionou a Contribuição Sindical, de que trata o Capítulo III, da CLT, de forma expressa, tal como ela sempre se apresentou, sem qualquer ressalva ou condição. Ao trazer a Contribuição Sindical para o patamar constitucional, teve o legislador constituinte a nítida intenção de preservá-la contra ataques motivados por conveniências políticas ou ideológicas momentâneas e que eventualmente gerassem no Congresso Nacional simples maioria para a aprovação de singela lei ordinária.

Por se tratar de tributo, aplica-se à contribuição sindical o disposto nos artigos 146 e 149 da Constituição Federal de 1988 que assim estabelecem:

CF/88

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir **contribuições sociais**, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Assim, qualquer alteração que fosse feita no instituto da contribuição sindical deveria ter sido feita por Lei Complementar e não pela Lei nº 13.467/2017, que é Lei Ordinária. Existe, portanto, vício constitucional formal, de origem, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei Ordinária nº 13.467/2017 no instituto da contribuição sindical.

Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. 1. *A jurisprudência do STF é firma no sentido de que a contribuição sindical rural foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, submetendo-se ao regime tributário, de modo que as disposições do CTN lhe são aplicáveis.* 2. Por se tratar de espécie tributária prevista na Constituição Federal, é possível a instituição do tributo por meio de lei ordinária, a qual deve fixar o aspecto temporal da hipótese de incidência, à luz do princípio da legalidade. Assim, em nenhum momento se infere dos autos tratamento de matéria reservada à lei complementar. 3. O Plenário desta Corte já atestou que não há repercussão geral na matéria referente ao lançamento de contribuição sindical rural, com base no art. 605 da CLT. Precedente: AI-RG 743.833, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJe 16.10.2009. 4. O afastamento, pelos órgãos judiciários a quo, de lei ou ato normativo do Poder Público sem expressa declaração de inconstitucionalidade

constitui ofensa à cláusula de reserva de plenário, consistindo em *error in procedendo* no âmbito do acórdão recorrido, tal como previsto no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante 10 desta Suprema Corte. Precedente: RE-QO-RG 580.108, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJe 19.12.2008. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”²⁴⁵

Ademais, a Lei Ordinária nº 13.467/2017 não poderia ter tornado o instituto da contribuição sindical facultativo, porque infringe o disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional, que estabelece o seguinte:

CTN - 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.

Dessa forma, a Lei Ordinária nº 13.467/17 não poderia ter tornado a contribuição sindical facultativa por não ser Lei Complementar.

O Código Tributário Nacional é Lei Complementar. Lei Ordinária não pode alterar o conteúdo de Lei Complementar. Presente, portanto, a ilegalidade da Lei Ordinária nº 13.467/2017, infringindo o sistema de hierarquia das normas do Estado Democrático de Direito ao transformar a cobrança de um tributo em facultativa.

Por outro lado, as disposições aqui mencionadas da Lei 13.467/17 atentam diretamente contra o artigo 150, § 6º, da CF/88, que assim versa:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou

²⁴⁵ STF - AgR ARE: 907065 DF - DISTRITO FEDERAL 9218720-11.5150.1.44., Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 10/11/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-237 25-11-2015.

contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

Portanto, o legislador, ao alterar os dispositivos da CLT que tratavam a Contribuição Sindical como compulsória para torna-la facultativa, estabeleceu hipóteses de isenção ou não incidência tributária através de uma legislação genérica que teve um objetivo muito mais abrangente, tratando de outras matérias de natureza laboral, além das referidas contribuições restando, portanto, mais uma vez, evidente a sua inconstitucionalidade.

Ou seja, a Lei 13.467/17 contraria o disposto no artigo 150, § 6º da CF/88 pois tratou de hipóteses de isenção ou não incidência tributária em lei genérica e não específica, conforme determina o comando constitucional.

A posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a obrigatoriedade de lei específica para a concessão de isenção ou anistia em matéria tributária, conforme se infere do precedente abaixo:

“EMENTA: Embargos de declaração recebidos como agravo regimental no recurso extraordinário. Entidade de organização social. Isenção. Inexistência de lei específica. Impossibilidade de concessão pelo Poder Judiciário. 1. A pacífica jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a *concessão de anistia ou remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica*” (ADI nº 1.247/PA-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 8/9/95). 2. O agravante não nega a inexistência de lei específica lhe concedendo o benefício fiscal pretendido e, a despeito do que dispõe o art. 150, § 6º, da Constituição Federal, pretende que o Poder Judiciário lhe conceda isenção, pretensamente com base no art. 11 da Lei Distrital nº 2.415/99, o qual apenas o equipara, na qualidade de organização social, no âmbito do Distrito Federal, às entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, sem, no entanto, dispor sobre qualquer benefício fiscal. 3. Agravo regimental não provido.²⁴⁶

²⁴⁶ STF - RE: 579708 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013.

Nesse mesmo sentido, foram proferidas decisões em outras Ações Cíveis Públicas movidas por entidades sindicais em outros Estados da Federação, como no caso da ACP movida pelo Sindicato dos Auxiliares em Administração Escolar da Região Serrana – SAAERS de Santa Catarina, no qual foi deferida a tutela de urgência requerida pela d. 1ª Vara do Trabalho de Lages (TRT 12ª Região), com os seguintes fundamentos:

É importante registrar o Juízo que não se trata de ser a favor ou contra a contribuição sindical ou à representação sindical dos empregados, ou, ainda, de estar de acordo ou não com o sistema sindical brasileiro tal como existe atualmente. Trata-se, sim, de questão de inconstitucionalidade, de ilegalidade da Lei e de segurança jurídica. Isso porque a Lei nº 13.467/2017 promoveu a alteração da contribuição sindical de forma inconstitucional e ilegal. Tivessem sido observados o sistema constitucional brasileiro e a correta técnica legislativa, nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade haveria. Assim, trata-se de questão que vai muito além da simples concordância ou oposição com a cobrança da contribuição sindical compulsória, pois é concernente, na verdade, à supremacia constitucional.

Cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da Lei quando assim o entender e é o que este Juízo faz nesta decisão, com o fim de resguardar o cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Hoje, a discussão é sobre a contribuição sindical, de interesse primeiro e direto dos sindicatos. Amanhã, a inconstitucionalidade pode atingir o interesse seu, cidadão, e você pretenderá do Poder Judiciário que a Carta Magna seja salvaguardada e o seu direito, por conseguinte, também. Está, neste ponto, o motivo pelo qual o Poder Judiciário aparece, neste momento político crítico de nosso País, como o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela declaração difusa da inconstitucionalidade.

Ante o exposto, acolho a tutela de urgência de natureza antecipada requerida pela parte autora, SINDICATO DOS AUXILIARES EM ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR DA REGIÃO SERRANA - SAAERS, para determinar que o réu, SOCIEDADE EDUCACIONAL SANTO EXPEDITO LTDA. - EPP, emita a guia e providencie o efetivo recolhimento em favor da entidade autora, respeitado o percentual de 60% (art. 589, inciso II, da CLT), do desconto de um dia de trabalho de todos os trabalhadores a contar do mês de março de 2018 e dos anos subsequentes, independentemente de autorização prévia e expressa, bem como para proceda da mesma forma quanto aos trabalhadores admitidos após o mês de março de 2018 e dos anos subsequentes, nos termos do art. 602 da CLT, por ocasião de novos admitidos, independentemente de autorização prévia.

(...)

Lages, SC, 03 de dezembro de 2017.

PATRICIA PEREIRA DE SANTANNA

Juiz(a) do Trabalho Titular

Como fica claro na r. Decisão acima transcrita, o presente artigo não pretende discutir eventual necessidade de alteração na forma de financiamento do sistema sindical brasileiro, mas tão somente demonstrar a ilegalidade e inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei Ordinária nº 13.467/17 no que tange à contribuição sindical.

Por outro lado, as alterações ora mencionadas contrariam o disposto no artigo 8º e seus incisos da Constituição Federal, uma vez que a própria existência das entidades sindicais restara comprometida, tornando impossível a perseguição dos fins ali entabulados, nestes termos:

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

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

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;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, **independentemente da contribuição prevista em lei;**

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

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

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer

A própria recepção da contribuição sindical pela Constituição Federal de 1988 decorre do disposto no artigo 8º, IV, acima transcrito, conforme se infere do seguinte precedente do Excelso Pretório:

Ementa: Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, in fine, da Constituição ; não obsta à recepção a proclamação, no caput do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) - marcas características do modelo corporativista resistente-, dão a medida da sua relatividade (cf . MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146 , III , CF , à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34 , §§ 3º e 4º , das Disposições Transitórias (cf . RE 146733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694)²⁴⁷

Por fim, a facultatividade no recolhimento da Contribuição Sindical viola frontalmente o princípio da isonomia tributária, positivado no Art. 150, II da CF, nestes termos:

CF/88 - Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(..)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

²⁴⁷ STF - RE: 180745 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 24/03/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 08-05-1998 PP-00014 EMENT VOL-01909-04 PP-00712

Sendo assim, a Lei 13.467/17 instituiu tratamento desigual entre os contribuintes titulares de uma mesma relação jurídica ao tornar facultativo o recolhimento de tal tributo, em completa e absoluta afronta ao texto constitucional, pois instituiu tratamento diferenciado para aqueles trabalhadores que se beneficiarão da atuação do ente sindical Autor, sem contribuir para o custeio das suas iniciativas estatutárias.

Reconhecendo a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº. 13.467/17 foi o conteúdo da Nota Técnica nº 1, de 27 de abril de 2018, da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical – CONALIS do Ministério Público do Trabalho, cuja ementa é a seguinte:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
COORDENADORIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA
LIBERDADE SINDICAL - CONALIS

NOTA TÉCNICA n. 1º, de 27 de abril de 2018.

Ementa: Contribuição Sindical (CLT, arts. 578 a 610). Natureza jurídica tributária. Inconstitucionalidade formal e material da Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista). A contribuição sindical tratada nos arts. 578 a 610 da CLT tem natureza jurídica tributária. As mudanças promovidas pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) quanto à contribuição sindical apresenta inconstitucionalidade formal e material. Inconstitucionalidade formal por não observar a necessidade de lei complementar para a instituição, modificação e extinção de um tributo (art. 146 e 149 da CF/1988), no caso uma contribuição parafiscal, e por não ter sido acompanhada de seu impacto orçamentário e financeiro por tratar-se de proposição legislativa que implica renúncia de receita (art. 113 do ADCT, acrescido pela EC nº 95/2016), considerando que a mesma ajuda a financiar o FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, por meio da “Conta Especial Emprego e Salário”. Inconstitucionalidade material pelo fato de enfraquecer financeiramente as entidades sindicais quando a mesma “reforma trabalhista” aumentou os encargos dos sindicatos e, também, por que a Constituição Federal prevê expressamente tal fonte de financiamento no “in fine” do inciso IV do art. 8º e art. 149 da Constituição Federal e por ofender a unicidade sindical e a representação sindical compulsória da categoria (CF, art. 8º, II e III), violando a liberdade sindical ao imputar aos associados o custo da atividade do sindicato.

Como visto, resta amplamente demonstrada a inconstitucionalidade e ilegalidade das alterações legislativas instituídas pela Lei 13.467/17 (especialmente nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT), cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle da Ordem Jurídica, tanto pelo exercício do o controle difuso de constitucionalidade quanto pelo controle direto por parte do Excelso Supremo Tribunal

Federal, onde se encontram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, não tendo sido, até o momento, proferida decisão em nenhuma dessas ações no que diz respeito à possibilidade de opção pelo pagamento ou não da contribuição sindical.

Conclusão

A Contribuição Sindical é historicamente um tema polêmico. No processo constituinte de 1987/1988, segmentos de direita e de esquerda defendiam apaixonadamente tanto a sua manutenção quanto a sua extinção, tendo prevalecido, por ampla maioria, a primeira opção, conforme consta no Artigo 8º, inciso IV, da Carta de 05 de Outubro.

Desta forma, é perfeitamente natural que a Contribuição Sindical seja uma receita imprescindível e fundamental para a subsistência e manutenção das entidades sindicais no sistema sindical brasileiro.

O corte abrupto de uma das principais fontes de receita das entidades sindicais, sem dúvida alguma, irá comprometer o adimplemento dos compromissos assumidos e enfraquecer a defesa das categorias representadas por tais entidades sindicais tanto obreiras quanto patronais, podendo acarretar no fechamento de significativo número de entidades sindicais.

Seria perfeitamente factível a redução gradual da contribuição sindical, ao longo de uma década, por exemplo, para que a mesma se extinguisse, sem que isto implicasse no fechamento puro em simples de diversas entidades sindicais.

Um debate dessa envergadura, jamais poderia ter sido levado a efeito a toque de caixa, sem a participação, inclusive, do Senado Federal, que foi instado a aprovar o projeto de lei do jeito que saiu da Câmara dos Deputados, onde também não foi objeto de maiores discussões.

De toda sorte, ficou demonstrada a ilegalidade e inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 13.467/17 (especialmente nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT), o que não pode ser tolerado pelo Ordenamento Jurídico.

Referências

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil..** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. **Decreto-lei 1.402/39**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1402.htm>

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AgR ARE: 907065 DF** - DISTRITO FEDERAL 9218720-11.5150.1.44., Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 10/11/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-237 25-11-2015

_____. **MS 28465**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014.

_____. **RE: 180745 SP**, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 24/03/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 08-05-1998 PP-00014 EMENT VOL-01909-04 PP-00712

_____. **RE496456**, publicado em 21/08/2009, Min. Carmem Lúcia.

_____. **RE: 579708 DF**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013

_____. **RR 333002820085030045 33300- 28.2008.5.03.0045**, 4ª Turma, DEJT 13/05/2011. Rel. Maria de Assis Calsing

_____. **ARR 6212220125220104**, 3ª Turma, DEJT 13/03/2015, Rel. Mauricio Godinho Delgado.

ⁱ No original: Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC *is one of the most famous cases in administrative law, but it was not regarded that way when it was decided*. O ensaio original de Thomas Merrill foi parcialmente modificado para acrescentar algumas informações e revisões mais atualizadas,

segundo informa Charles Evans Hughes, Professor da Columbia Law School. (MERRIL, 2017, p. 253 em nota explicativa).

- ii Para Ricardo Perlingeiro (2017, p 186), ao comentar sobre a deferência administrativa e controle judicial intenso, um judiciário generalista “pode se sentir tentado a agir como as courts americanas, abstendo-se de controlar as questões fáticas das decisões administrativas, e limitando-se a uma revisão de legalidade e (principalmente) formal das decisões impugnadas”. Ao longo deste ensaio, pode ser vislumbrado que o sistema judicial dos Estados Unidos está propenso a exercer um controle judicial com mais intensidade do que até então fazia e a uma tendência de esvaziar ou reinterpretar a *Doutrina Chevron*, com fortes críticas tanto da Doutrina como dos tribunais.
- iii Na decisão da Suprema Corte, 467 U.S. 837 (1984). 842-843.
- iv Em igual sentido, vide p. 255. Explica Sérgio Guerra (2010, p. 7), “Na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério único para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os Tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras, diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas Agências (*judicial deference*).”
- v Eduardo Jordão (2016, p. 207-208) anota que a não deferência “pode resultar de um cânone de interpretação segundo o qual devem ser evitadas leituras que causem problemas constitucionais quando a legislação permitir alternativas menos problemáticas [...] e pode ser invocado independentemente de *Chevron* ou através do Passo 1 do seu teste bifásico. Nesse último caso o tribunal afirmará, então, que não há ambiguidade legislativa, na medida em que apenas uma alternativa interpretativa é possível em face da Constituição.”
- vi A doutrina também fez críticas ao decidido em *Chevron* e Richard Willard afirma que a Suprema Corte parece ter resolvido o caso de uma certa forma desajeitada, o que seria até não intelectualmente justificado, pois o “step two” seria o típico caso de discricção (STARR, 1987, p. 376-377).
- vii José Guilherme Giacomuzzi (2017, p. 179) pontua que todo regulamento administrativo contém ambiguidades e a posição da Suprema Corte no que tange às interpretações das agências sobre os seus regulamentos (agency-administered statutes) antes de 1984 era muito flexível e existiam duas linhas argumentativas para instruir as cortes sobre o correto papel judicial no controle dos atos administrativos tomados pelas agências.
- viii A propósito, Scalia (1989, p. 517) afirmou em sua palestra: Certamente, me parece que referido procedimento tiraria da *Chevron* uma de suas maiores vantagens, do ponto de vista da teoria governamental, a qual permite necessária flexibilidade, assim como participação política apropriada, no processo administrativo” (tradução nossa). No original: “Indeed, it seems to me that such an approach would deprive *Chevron* of one of its major advantages from the standpoint of governmental theory, which is to permit needed flexibility, and appropriate political participation, in the administrative process.”
- ix *Vide* 5 U.S. Code § 706 – [...]Scope of review [...] The reviewing court shall— (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be— (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; [...]. Esclarece Sérgio Guerra “foi com a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946, que uniformizou-se o tratamento dispensado às Agências Reguladoras. Esse *act* definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. O *judicial review* funciona, assim, com uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular (*adjudication making*) ou normativa (*rulemaking*). Nesse contexto, o *Administrative Procedure Act*, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve

declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito” (GUERRA, 2010, p. 7). Anota Gustavo Binenbojm (2007, p. 203), “[...] o Judiciário norte-americano tem tido um papel crescente no controle das agências reguladoras. A chamada *hard-look doctrine* foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo *Administrative Procedure Act* – APA – garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito [...] e invalidar decisões ‘arbitrárias ou caprichosas’.”

- ^x As agências possuem limites em suas ações. “Há salvaguardas para abuso e arbitrariedade na regulamentação, dados o *judicial review* e o controle do Legislativo. O Congresso reservou-se o direito de exigir em certos casos formalidade por parte das agências, que devem ouvir testemunhas e coletar provas no procedimento de formulação de regras. [...] Regras interpretativas também são produzidas pela administração. Trata-se de normas para aplicação de regras legislativas em casos especiais, não previstos pelo legislador da norma geral. [...] As agências públicas também exercem funções julgadoras (*adjudicatories*) no direito constitucional norte-americano, tendo poder de determinar direitos e obrigações a particulares com base na aplicação dos regulamentos a caso específico” (GODOY, 2004, p. 117-118).
- ^{xi} SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 519, June 1989. É claro, quando a ação administrativa da agência adota uma posição legal em assuntos que não sejam da agência, o posicionamento não está qualificado para subsunção ao tratamento conferido em *Chevron* (SCALIA, 1989, p. 519).
- ^{xii} Assim já foi decidido: "Sudden and unexplained change, or change that does not take account of legitimate reliance on prior interpretation, may be arbitrary, capricious [or] an abuse of discretion," and therefore unworthy of deference. *Smiley v. Citibank (S.D.), N.A.*, 517 U.S. 735, 742, 116 S. Ct. 1730, 135 L. Ed. 2d 25 (1996).
- ^{xiii} Para o assunto, *vide* Bernstein (2016, p. 44-45).
- ^{xiv} Quanto ao assunto, *vide* MERRIL, Thomas W. *The Story of chevron: the making of an accidental Landmark*. Disponível em: <<http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/66.2.3-Merrill-Chevron.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 264-265.
- ^{xv} Eduardo Jordão (2016a, p. 202) explica que daí surge o chamado *buble concept of stationary source*.
- ^{xvi} Quanto ao assunto, *vide* Merrill (2017, p. 265). Aliás, a ironia é que Anne Gorsuch Burford, mãe do novo Justice Neil Gorsuch estava à frente da EPA à época da nova regulação, tanto que consta como demandada nos registros do Circuito D.C.
- ^{xvii} A propósito, Ricardo Perlingeiro (2015, p. 321) esclarece que “a possibilidade de revisão judicial (*judicial review*), notadamente no que diz respeito à margem de apreciação de fatos e aos Poderes Discricionários, tende a limitar-se aos casos em que a decisão administrativa ofende a razoabilidade ou os direitos fundamentais
- ^{xviii} Notadamente a nota de rodapé n. 77 do texto em comento (MERRIL, 2017, p. 275).
- ^{xix} *INS v. Cardozo-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987). Alguns anos após, o Justice Stevens ainda escreveu uma opinião concorrente em que outra vez assumiu a posição de que *Chevron* não se aplica a questões puras de Direito (*Negusie v. Holder*, 129 S. Ct. 1159 (2009) (MERRIL, 2017, p. 276).
- ^{xx} Vide comentários na nota de rodapé n. 93 do texto referido (MERRIL, 2017, p. 279).
- ^{xxi} 529 U.S. 576 (2000). O pronunciamento da *Court* em *Christensen* esclareceu que persiste a aplicação em primeiro da Doutrina da Deferência articulada anteriormente em *Skidmore* e representa um recuo claro da Doutrina *Chevron*. Para maiores desenvolvimento quanto ao tema específico, *vide* Gallai (2003, p. 737-738).

- ^{xxii} Cf. Giacomuzzi (2017, p. 183 et seq.).
- ^{xxiii} Conforme anota o autor citado, é o que foi decidido em *Heartland By-Products, Inc. v. United States*, 264 F.3d 1126 (Fed. Cir. 2001) (GALLAI, 2003, p. 757-758).
- ^{xxiv} A expressão *concurring* significa que é a opinião que acompanha o voto vencedor mas com fundamentação distinta (GOYOS JÚNIOR, 2006, p. 107).
- ^{xxv} Substituído por 453 F.3d 1237, 1242-44 (10th Cir. 2006)
- ^{xxvi} Neil M. Of Lions and Bears: judges and legislators, and the legacy of justice scalia. *Case Western Reserve Law Review*, v. 66, issue 4, p. 914, 2016. Segundo *Briones*, a BIA sustentava que o regime legal era ambíguo e que no passo 2 de *Chevron* gozava do direito de exercer seu próprio “delegated legislative judgment,” e que por questões de política preferiu uma abordagem diferente e poderia impor sua nova política de forma retroativa às pessoas, como o sr. De Niz Robles (GORSUCH, 2016, p. 914-915).
- ^{xxvii} Um precedente que fixa uma regra de Direito no sistema dos Estados Unidos permanece em vigor (precedente vinculativo) enquanto não for determinada a sua retirada dos precedentes ou lei posterior venha a substituí-lo
- ^{xxviii} Em tradução livre: “Há um elefante na sala conosco hoje. Nós temos cuidadosamente tentado encontrar um caminho e até não deixar marcado. Mas o fato é que Chevron e Brand X permitem burocracias executivas para engolir enormes quantias de poderes legislativos e judicial e concentra poder federal de modo que parece mais do que uma pequena dificuldade de alinhar com a Constituição no design de quem legislou. Talvez tenha chegado a hora de encarar o gigante”. A palavra behemoth usada no escrito de Gorsuch pode melhor ser traduzida como gigante, mas também serve para descrever uma espécie de animal, provavelmente um hipopótamo que foi referido no Livro de Jó (Velho Testamento) ou como uma criatura ou coisa de grandes dimensões
- ^{xxix} Aliás, é a opinião de Neil Gorsuch (2016, p. 909), da separação de poderes deliberadamente escolhida pelos autores da Constituição, quando fizeram uma separação cuidadosa das funções de cada poder, notadamente ao descrever em artigos distintos cada um dos poderes.
- ^{xxx} E faz referência ao caso *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892).
- ^{xxxi} *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99-100 (1997) (suggesting the use of a balancing test composed of seven non-exclusive factors to tell the difference between civil and criminal statutory penalties). A propósito, consta no referido acórdão da Suprema Corte: *In making this latter determination, the factors listed in Kennedy v. MendozaMartinez*, 372 U.S. 144, 168—169 (1963), provide useful guideposts, including: (1) “[w]hether the sanction involves an affirmative disability or restraint”; (2) “whether it has historically been regarded as a punishment”; (3) “whether it comes into play only on a finding of scienter”; (4) “whether its operation will promote the traditional aims of punishment—retribution and deterrence”; (5) “whether the behavior to which it applies is already a crime”; (6) “whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it”; and (7) “whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned.” It is important to note, however, that “these factors must be considered in relation to the statute on its face,” *id.* at 169, and “only the clearest proof” will suffice to override legislative intent and transform what has been denominated a civil remedy into a criminal penalty, *Ward, supra*, at 249 [...].
- ^{xxxii} O autor ainda cita que o Chief Justice Roberts expressou o desconforto da abnegação judicial com o crescimento da máquina administrativa e no mesmo rumo as críticas dos Professores Philip Hamburger, Jack Beermann, Michael Herz e da professora Aditya Bamzai (POJANOWSKI, 2016, p. 1079).

^{xxxiii} Referindo ao caso *Immigration & Naturalization Serv. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 454 (1987) (Scalia, J., concurring).