

SEGURANÇA JURÍDICA PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

ANÁLISES DE IMPACTO LEGISLATIVO

COORDENAÇÃO

KASSIO NUNES MARQUES
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO

APRESENTAÇÃO

ROBSON BRAGA DE ANDRADE

ALEXANDRE AGRA BELMONTE
BRENO MEDEIROS
DANIEL VIANNA VARGAS
HUMBERTO MARTINS
JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
LUIS FELIPE SALOMÃO
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO
MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES
PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

**JUSTIÇA
CIDADANIA**



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

SEGURANÇA JURÍDICA PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

ANÁLISES DE IMPACTO LEGISLATIVO

SEGURANÇA JURÍDICA PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

ANÁLISES DE IMPACTO LEGISLATIVO

COORDENAÇÃO

KASSIO NUNES MARQUES
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO

APRESENTAÇÃO

ROBSON BRAGA DE ANDRADE

ALEXANDRE AGRA BELMONTE
BRENO MEDEIROS
DANIEL VIANNA VARGAS
HUMBERTO MARTINS
JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
LUIS FELIPE SALOMÃO
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO
MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES
PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

**JUSTIÇA
CIDADANIA**

CNI

Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

Rio de Janeiro, 2022



1ª edição - 2022

Editora JC

Av. Rio Branco, 14, 18º andar

20090-000 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil

Tel/Fax 55 21 2240 0540

editorajc@editorajc.com.br

www.editorajc.com.br

Editores: Erika Siebler Branco e Tiago Salles

Capa, projeto gráfico e diagramação: Diogo Tomaz

Revisor: Rafael Rodrigues

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Segurança jurídica para o desenvolvimento econômico : análises de impacto legislativo / coordenação Kassio Nunes Marques, Paulo Moura Ribeiro. -- Rio de Janeiro : Editora J & C : Justiça & Cidadania : Confederação Nacional da Indústria, 2022.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-86303-10-0

1. Desenvolvimento econômico 2. Direito constitucional 3. Projetos de leis - Brasil 4. Responsabilidade civil do Estado 5. Segurança jurídica 6. Sistema Tributário Nacional (Brasil)
I. Marques, Kassio Nunes. II. Ribeiro, Paulo Moura.

22-109067

CDU-342:336.2

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Segurança jurídica : Direito constitucional 342:336.2

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

SUMÁRIO

9 **NOTA DOS EDITORES**
TIAGO SALLES | ERIKA BRANCO

13 **APRESENTAÇÃO**
ROBSON BRAGA DE ANDRADE

17 **PENSAMENTO ECONÔMICO, DIREITO
E SEGURANÇA JURÍDICA**
KASSIO NUNES MARQUES

33 **SEGURANÇA JURÍDICA, REEMPREENDEDORISMO E
SUPERENDIVIDAMENTO**
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO

45 **O PROJETO DE LEI Nº 149/2021 NA CÂMARA
DOS DEPUTADOS E A QUESTÃO DA DISPENSA POR
JUSTA CAUSA DE EMPREGADO QUE SE RECUSA
A SE VACINAR**
ALEXANDRE AGRA BELMONTE

59 **IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS NO
PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 539/2018, QUE
ESTABELECE REGRAS PARA O PROCEDIMENTO DE
REGULAMENTAÇÃO DA SEGURANÇA E SAÚDE NO
TRABALHO**
BRENO MEDEIROS

77 **A RESPONSABILIDADE CIVIL DE INSTITUIÇÕES
FINANCIADORAS DE ATIVIDADES POTENCIALMENTE
POLUIDORAS**
HUMBERTO MARTINS

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E
AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI DE LIBERDADE
ECONÔMICA**

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

85

**PROJETO DE LEI Nº 2.630/2020. A RESPONSABILIDADE
NA INTERNET. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O
SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

LUIS FELIPE SALOMÃO | JUIZ DANIEL VIANNA VARGAS

91

**SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL: A SEGURANÇA
JURÍDICA E A CONTRIBUIÇÃO QUE O PLS Nº 298/2011
PODE EMPRESTAR NA BUSCA PELA SIMPLICIDADE**

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

109

**O PROJETO DE LEI Nº 1.646/2019 E A REGULAMENTAÇÃO
DO DEVEDOR CONTUMAZ**

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

121

**AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS: DAS
INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.133/2021
À PROPOSTA LEGISLATIVA PARA UMA LEI GERAL DE
CONCESSÕES**

MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES

127

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PLP Nº 33/2020 -
A PRESERVAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS
BRASILEIRAS**

PAULO DE TARSO SANSEVERINO

147

**A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO
PROJETO DE LEI Nº 21/2020**

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

167

NOTA DOS EDITORES

Tiago Salles

Presidente do Instituto Justiça & Cidadania

Erika Branco

Vice-Presidente do Instituto Justiça & Cidadania

A análise de impacto legislativo (AIL) é uma metodologia capaz de apoiar a definição fundamentada de políticas públicas e outras iniciativas que, em geral, só podem ser colocadas em prática após a aprovação e o início da vigência de lei federal específica. O que é especialmente vantajoso no caso das proposições que imponham custos relevantes ou que promovam alterações de difícil reversão na distribuição de recursos da sociedade.

Ao identificar o problema a ser enfrentado e as possibilidades de solução propostas, uma análise de impacto legislativo criteriosa, transversal e interdisciplinar pode fazer toda a diferença em termos de efetividade ao comparar o custo-benefício das opções aventadas. O que inclui os prós e os contras para a coletividade e os agentes econômicos envolvidos, sua adequação às leis e à jurisprudência dos tribunais, bem como a viabilidade de sua execução por parte do Poder Público.

Nesta obra, produzida a partir de nova parceria entre o Instituto Justiça & Cidadania e a Confederação Nacional da Indústria (CNI), reunimos AILs produzidas por eminentes juristas e ministros de três tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST). Sob a coordenação científica dos ministros Kassio Nunes Marques e Paulo Dias de Moura Ribeiro, do STF e do STJ, respectivamente, e amparados em seu notório saber sobre os temas escolhidos, os autores convidados analisaram em profundidade diferentes proposições relacionadas à retomada do desenvolvimento econômico, que atualmente tramitam no Congresso Nacional, na forma de projetos de lei.

Não é a primeira AIL conduzida pelo Instituto. O Projeto de Lei que, em 2020, resultou na reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falências, por exemplo, incorporou várias propostas que surgiram da AIL realizada por iniciativa do Instituto – que neste caso reuniu magistrados e juristas especializados em Direito Empresarial – e foram entregues aos relatores da matéria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Dada a boa aceitação, certamente muitas outras análises de impacto legislativo virão.

Apesar dos parlamentares brasileiros poderem contar, ao menos na esfera federal, com qualificada assessoria técnica especializada em diversas áreas do conhecimento, há a preocupação de padronizar a avaliação dos projetos legis-

lativos, algo que já ocorre de forma sistemática em diversos países. No âmbito da União Europeia, por exemplo, a avaliação de impacto legislativo é elemento chave para a aprovação de novas diretrizes pela Comissão Europeia, ao ponto de ter sido publicado guia oficial para ajudar na elaboração dos relatórios das AILs.

Ao ajudar a disseminar essa cultura no Brasil, acreditamos que o Instituto Justiça & Cidadania assim contribui para a produção de leis e políticas de melhor qualidade, menos onerosas, com mais alto índice de aceitação e incrementada eficácia.

APRESENTAÇÃO

Robson Braga de Andrade

Presidente da Confederação Nacional da Indústria

O Brasil precisa ampliar os investimentos em inovação e dar prioridade às obras de infraestrutura, às privatizações, e às reformas tributária e administrativa para voltar a crescer de forma vigorosa e criar empregos de qualidade. A liberação do enorme potencial de desenvolvimento do País também depende da redução das incertezas causadas pela insegurança jurídica.

Há uma percepção empresarial de que cabe ao Estado promover um ambiente juridicamente estável. Na busca por uma sociedade mais próspera e justa, os poderes constituídos devem estimular a atração de capitais produtivos, afastando situações que provoquem a desconfiança dos investidores, comprometam o planejamento, e desacreditem as instituições e os marcos legais.

Garantir a segurança jurídica deve, portanto, ser uma ação permanente dos Três Poderes da República, com a participação dos órgãos de controle, incluindo o Ministério Público. Afinal, iniciativas disfuncionais, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, podem atingir a confiança dos agentes econômicos e agravar cenários adversos ao crescimento sustentado.

No âmbito do Poder Legislativo, é comum associar a insegurança jurídica a leis pouco claras, às vezes confusas, que dão margem a interpretações dúbias e até contraditórias. No entanto, também pode estar diretamente relacionada a leis concebidas sem base constitucional, que acabam gerando conflitos e celeumas judiciais, ou ser resultado de constantes alterações legislativas, principalmente daquelas em que não se estabelecem regimes de transição. Além disso, há as leis com baixa qualidade normativa ou sem uma avaliação prévia dos impactos que provocarão sobre a economia.

Os motivos e as fontes da falta de segurança jurídica no Brasil são muitos e precisam ser identificados com precisão. É igualmente importante conhecer os danos provocados por esse grave problema, que abala a certeza sobre o passado, prejudica a confiança no presente e compromete a expectativa em relação ao futuro.

Por isso, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) aceitou o honroso convite do Instituto Justiça & Cidadania para apoiar esta obra inovadora, que analisa projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Além de conferir mais transparência às proposições legislativas, as avaliações de renomados juristas ajudarão a aperfeiçoar a qualidade das leis brasileiras.

Estou certo de que este trabalho, intitulado Segurança Jurídica para o Desenvolvimento Econômico – Análise de Impactos Legislativos, será uma extraordinária e indispensável contribuição para que Brasil tenha normas claras e um ambiente institucional estável e seguro para a expansão dos negócios e dos investimentos.

PENSAMENTO ECONÔMICO, DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA

Kassio Nunes Marques

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Coordenador da publicação

1. O PENSAMENTO ECONÔMICO

Segundo a clássica definição de Lionel Robbins, a economia é o estudo da forma de utilização de recursos escassos que podem ter usos alternativos.

Essa definição, por sua grande amplitude semântica, abrange desde a situação do assalariado, que tem de decidir, por exemplo, se deve usar parte da sua remuneração para ir ao cinema, ou se deve poupar tal valor em vista da aquisição de um bem durável; até a do empresário que avalia se convém usar seu lucro para investir na compra de uma nova máquina para produzir mais, se é mais interessante investir no mercado financeiro, ou, enfim, se é melhor empregar esses recursos em alguma outra finalidade.

Em todos esses exemplos e em outros análogos que se pode figurar, a economia tenta compreender matematicamente e estatisticamente o que induz as escolhas humanas, ante a escassez, a direcionar-se para uma ou outra opção; bem como quais as consequências esperadas para a opção escolhida, tanto na perspectiva individual quanto na coletiva.

Verifica-se, assim, que a economia procura entender objetivamente a lógica das escolhas humanas num contexto em que não é possível ter tudo, isto é, em que há escassez e, conseqüentemente, concorrência de soluções reciprocamente excludentes. O que leva o indivíduo a tomar esta decisão e não aquela? Seria possível influir no seu processo decisório? Como? Quais as variáveis envolvidas nesse cálculo? Seria possível modelar matematicamente esses comportamentos para prever eventos futuros semelhantes? Essas são algumas das questões que se colocam em todo estudo de decisões sob a perspectiva econômica.

Em tese, pode-se fazer a “análise econômica” de praticamente qualquer área em que haja liberdade de escolha entre vários usos alternativos possíveis de bens escassos, ainda que ilícitos ou não suscetíveis de avaliação monetária precisa. Assim, por exemplo, pode-se aplicar a análise econômica para estudar a criminalidade, o casamento, a paternidade, a política, a guerra, etc.

É célebre, nessa linha de ideias, a abordagem econômica que, no final dos anos 1960, Gary Becker fez da criminalidade. Segundo o economista, laureado com o Nobel de Economia de 1992, a decisão de cometer ou não um crime pode ser racionalmente dissecada sob o crivo do pensamento econômico. O criminoso agiria orientado por um cálculo individual de benefícios (obter o que deseja de modo rápido e sem trabalho) e custos (risco de ser preso, de ser morto, de ter de cumprir uma pena longa, etc.) para a prática do delito. As políticas de segurança, por seu turno, também podem ser avaliadas sob a pers-

pectiva econômica, afinal há custos enormes na manutenção de aparatos de policiamento e de encarceramento de criminosos. Os benefícios desses gastos podem ser mensurados por aproximação, para que se avalie se contrabalançam os custos ou se podem ser substituídos por políticas mais eficazes.

Os economistas normalmente não se interessam pelos processos psicológicos dos decisores em cada caso. Na verdade, eles trabalham com modelos estatísticos abstratos – que claramente não refletem a realidade de cada decisão individualmente considerada, mas podem ser muito úteis quando se pensa em números agregados.

Voltando ao exemplo da análise econômica dos crimes, é claro que há crimes premeditados que se ajustam, em grande parte, ao modelo estatístico; por outro lado, há crimes espontâneos que ocorrem inopinadamente até para o agente, e aqui pouco ou nada de cálculo se pode esperar da decisão no sentido de cometer o crime. Mas, quando se pensa em grandes números, essas pequenas variações não têm tanta relevância. De resto, estudos recentes na área da economia comportamental têm tentado explicar de modo objetivo mesmo essas decisões rápidas e os estímulos que levam a elas.

Seja como for, a análise econômica tem uma preocupação fundamental: a predição. O intuito do estudioso que analisa um fenômeno qualquer sob o prisma econômico, mesmo que se trate de algo fora do mercado, é entender de forma crua e quantitativa o que incentiva ou desincentiva o comportamento humano a dirigir-se neste ou naquele sentido, e como se pode prever o que ocorrerá no futuro, dadas certas condições conhecidas: conhecendo o futuro provável, o pensamento econômico oferece ferramentas para intervenções oportunas – por isso o pensamento econômico tende a produzir posições consequencialistas na área jurídica.

Os economistas, ao se debruçarem sobre áreas aparentemente estranhas à Economia, acabam emprestando o seu olhar hiper-realista à avaliação de temas que parecem ter uma lógica peculiar, não objetivável.

2. O DIREITO SOB A ÓTICA DO PENSAMENTO ECONÔMICO

O Direito é particularmente suscetível à análise econômica, porque ele próprio consiste em uma técnica de concertação prévia e abstrata de diferentes pretensões sobre bens escassos. A norma jurídica (de direito material) tem por escopo preordenar escolhas humanas (qualificando umas como lícitas e outras como ilícitas) e atribuir efeitos específicos (incentivos ou desincentivos) para

cada uma delas. O choque de pretensões sobre o mesmo bem, que equivaleria à concorrência na Economia, no Direito configura o litígio, o qual, por sua vez, encontra num monopólio (o da jurisdição) a sua solução.

A Economia pode contribuir com o Direito em vários aspectos, notadamente ao propiciar melhor compreensão de fatores que levam a certos comportamentos, bem como das medidas aptas a encorajá-los ou a desencorajá-los.

Richard Posner, um dos grandes expoentes da análise econômica do Direito, observa, com razão:

Para mim, o aspecto mais interessante do movimento de associação entre Direito e Economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo do Direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos das hipóteses. O Direito é uma instituição social de enorme antiguidade e importância, e não vejo razão por que ele não devesse ser acessível ao estudo científico. A Economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles.

A análise econômica do Direito, por isso mesmo, é útil para o juiz, como também é para o legislador, para o administrador, para o advogado e para o jurista de modo geral.

Não se pode, é verdade, deixar de lembrar que o Direito tem propósitos éticos, políticos, culturais e ideológicos que estão, em alguns aspectos, acima de considerações puramente econômicas, por terem alguma finalidade transcendente. Muitas vezes, o Direito intenta exatamente eliminar o fator econômico de uma operação, como se dá, por exemplo, com a lei brasileira que, seguindo aquilo que manda a Constituição Federal (art. 199, § 4º), proíbe a comercialização de órgãos humanos (Lei nº 9.434/1997). Isso, porém, não significa dizer que o Direito deva ser antieconômico e indiferente aos fatos como eles são independentemente de toda consideração deontológica.

Do ponto de vista histórico, pode-se encontrar mesmo no mundo antigo alguma ideia econômica por trás da compreensão do Direito, embora de maneira ainda muito rudimentar. Quando Ulpiano disse que todos os preceitos jurídicos podem ser resumidos em três máximas (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu), observa-se que dois terços da definição são econômicos. De fato, o “não causar dano a outrem” (*neminem laedere*) e

o “dar a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*) têm fundo eminentemente econômico, visto que se reportam à preservação da relação entre bens escassos e seus “donos”. O componente ético vem do “viver honestamente”, que permite acomodações de outros valores dentro do sistema jurídico.

A tomada de consciência da importância do pensamento econômico para o Direito, no entanto, apenas surge nos Estados Unidos da América nos anos 1960. Afirma-se comumente que foi a partir dos trabalhos de Ronald H. Coase e Guido Calabrese que a análise econômica do Direito passou a ser levada abertamente em consideração. E é fato que dos anos 1970 em diante o discurso econômico tomou conta dos debates jurídicos, especialmente nos Estados Unidos. Robert Cooter e Thomas Ulen observam a esse respeito:

O impacto do novo campo [referindo-se à análise econômica do Direito] vai além das universidades, estendendo-se à prática do Direito e à implementação de políticas públicas. A Economia ofereceu os fundamentos intelectuais para o movimento de desregulamentação na década de 1970, que resultou em mudanças drásticas nos Estados Unidos, como, p. ex., a dissolução de entidades regulatórias que estabeleciam os preços e as rotas para aviões, caminhões e ferrovias, e agora está ajudando a examinar a desregulamentação – anteriormente inconcebível – da geração de energia elétrica. A Economia também constituiu a força intelectual por trás da revolução ocorrida no Direito antitruste dos Estados Unidos nos anos 1970 e 1980, e atualmente está desempenhando uma função semelhante na revolução antitruste que está apenas começando na União Europeia. Numa outra área de políticas públicas, uma comissão criada pelo Congresso norte-americano em 1984 para reformar as sentenças penais nos tribunais federais usou explicitamente os resultados do Direito e da Economia para alcançar alguns de seus resultados.

No Brasil, embora com algum atraso, temos assistido a várias ações voltadas a incorporar o pensamento econômico ao *ethos* do ensino e da prática jurídica. Um exemplo recente e de grande impacto foi a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de inserir no programa de matérias cobradas nos concursos para ingresso na magistratura do tema Análise Econômica do Direito (AED), por meio da Resolução CNJ 432, de 5 de outubro de 2021.

O Supremo Tribunal Federal (STF), nos últimos anos, frequentemente tem se valido de argumentos econômicos para fundamentar suas decisões. Um caso

particularmente relevante nesse sentido foi o da ADI 5.062, da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Discutia-se, nessa ação, a constitucionalidade da gestão coletiva de direitos autorais. O caso era bastante ilustrativo porque se tratava de avaliar a opção política feita pelo legislador (Lei nº 12.853/2013) a respeito da forma de arrecadação e repartição dos valores decorrentes da exploração de criações artísticas e culturais. Esses bens imateriais, concebidos pelos titulares dos direitos, têm maneira de fruição bastante peculiar, que consiste na possibilidade de assistir ou ouvir gravações dessas obras, disponíveis em certas mídias passíveis ou não de ser adquiridas em definitivo pelo usuário. O legislador institucionalizou uma forma de gestão coletiva dos recursos que, a seu ver, atendia tanto ao interesse dos titulares dos direitos autorais quanto ao dos usuários desses bens. Porém, a complexidade das trocas envolvidas nesse tipo de operação levou a questão a sofrer o teste de constitucionalidade perante o STF, notadamente por conta da garantia constitucional da exclusividade dos autores sobre o direito de exploração das próprias obras (CF, art. 5º, XXVII).

A controvérsia reunia em si uma gama de problemas que tocavam vários aspectos do complexo relacionamento entre Direito e Economia. A compreensão da racionalidade econômica, por isso, era de fundamental importância para que a solução do caso fosse consistente com a realidade prática. O relator da ação, Ministro Luiz Fux, que foi acompanhado pela maioria do Plenário, enfatizou no seu voto várias premissas típicas do pensamento econômico. Assim, por exemplo, quanto à compreensão de exclusividade da exploração do direito autorais como mecanismo de incentivo econômico para novas criações, disse o relator:

Essa exclusividade se justifica como mecanismo de incentivo à criação intelectual: caso não fosse possível ao autor auferir, em caráter restrito e por período de tempo adequado, benefício superior ao custo de reprodução da obra, dificilmente alguém investiria recursos monetários e não monetários na produção intelectual (LANDES, William M., POSNER, Richard A. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 21: “*Unless there is power to exclude, the incentive to create intellectual property in the first place may be impaired*”). À exclusividade do direito do autor corresponde, como face simétrica, a necessidade de todo interessado obter autorização prévia do titular para poder utilizar a obra.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux observou que a dinâmica peculiar das trocas a envolverem obras intelectuais, especialmente em vista da progressiva desmaterialização das mídias que as registram, faz com que haja elevados *custos de transação*, os quais precisam ser minimizados para que o mercado venha a encontrar o equilíbrio ótimo:

O termo ‘custos de transação’ ganhou destaque nas ciências econômicas com o trabalho seminal de Ronald Coase, que posteriormente lhe rendeu o Prêmio Nobel em 1991 (“The problem of social cost”. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44). Quer-se, com essa ideia, designar os recursos sacrificados (i) na procura e na identificação da contraparte negocial, (ii) na barganha e na decisão quanto aos termos contratuais; (iii) na supervisão das condutas e na responsabilização das violações ao ajuste firmado. Custos de transação elevados comprometem o sistema de incentivos voltado a induzir a produção intelectual ao reduzirem o retorno esperado dos criadores. Daí a importância de mecanismos que, mitigando as aludidas dificuldades práticas, tornem atrativa a dedicação humana à criação intelectual. É o que faz a gestão coletiva.

Em linhas gerais, compreende-se por gestão coletiva de direitos autorais o exercício e a defesa das prerrogativas legais inerentes à criação intelectual através de associações formadas por titulares desses direitos. Esse modelo de gestão reduz as dificuldades operacionais geradas tanto pela cotitularidade das obras quanto pelos custos de monitoramento da sua execução. Ao reunir autores, torna-se mais simples a identificação e a negociação do licenciamento dos direitos. Ao mesmo tempo, viabiliza-se que uma mesma estrutura de fiscalização e cobrança seja utilizada por diferentes titulares, diluindo os custos de manutenção pela presença de economias de escala (HANDKE, Christian. “Collective administration”. *Handbook of the Economics of Copyright*. Cheltenham: Edwar Elgar Publishing Inc., 2014, pp. 179-206). Por esse ângulo, a gestão coletiva tende a aperfeiçoar o mercado na direção socialmente eficiente.

Sucedem que, nessa tentativa de eliminar os custos de transação, o Estado pode indiretamente criar agentes econômicos com poderes imoderados sobre o mercado, o que, por sua vez, pode induzir prejuízos para os consumidores. Nesse sentido, fez ver o relator da ADI 5.062:

Não obstante suas vantagens, a gestão coletiva também gera preocupa-

ções. É que a congregação de titulares acaba por lhes conferir relevante poder de mercado, assim compreendida a possibilidade de afetar o preço de equilíbrio por comportamento próprio, o que, *in casu*, se dá sobretudo pela fixação conjunta dos valores de repertórios (BESEN, Stanley M., KIRBY, Sheila N. e SALOP, Steven C. “An Economic Analysis of Copyright Collectives”. *Virginia Law Review*, vol. 78, 1992, pp. 383-411). Na literatura econômica, a existência de poder de mercado resulta, via de regra, em alocações não eficientes do ponto de vista social. No caso do monopólio, isso se dá pelo fato de a oferta efetiva do bem transacionado ficar aquém da oferta (socialmente) ótima (cf. NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. “Microeconomic Theory. Basic Principles and Extensions”. Ohio: Thomson SouthWestern, 10th Edition, 2007, pp. 497-500). Tal circunstância implica desperdício de recursos escassos, caracterizados pela existência de oportunidades não exploradas de transações mutuamente benéficas. É o que se costuma chamar de “perda de peso morto” (*deadweight loss*). Por esse ângulo, a gestão coletiva tende a distorcer o mercado na direção oposta à socialmente eficiente.

Após criteriosa pesquisa histórica da evolução legislativa do tema no Brasil – o que demonstra também típica visão empírica do fenômeno jurídico – o Ministro Luiz Fux ponderou que a lei impugnada, ao prever mecanismos de fiscalização estatal sobre a entidade privada monopolista (ECAD), acabou por encontrar um ponto de equilíbrio para a eficiência do mercado de arrecadação de direitos autorais, e, de resto, não caberia ao Judiciário, em tal contexto, revisar a política regulatória, se ela é razoável e transparente. Consignou o relator:

Em uma democracia, a Constituição é o documento fundante, mas não exauriente do Estado. Isso significa que a resposta para a maioria dos dilemas sociais, embora balizada, não está predefinida na Lei Maior. Cabe a cada geração, através de seus representantes eleitos, disciplinar, com significativa margem de conformação, os conflitos intersubjetivos. Nesse cenário, toda inflação semântica dos enunciados constitucionais implica supressão de espaço de escolha das maiorias eleitas. Bem por isso já advertia o *Chief Justice* Marshall, da Suprema Corte Norte-americana, que “We must never forget that it is a constitution we are expounding” (*McCulloch v. Maryland* — 1819).

Reservo ainda dúvidas quanto à real capacidade de juízes, com formação intelectual, via de regra, estritamente legalista, procederem a um exame profundo sobre a correção técnica de marcos regulatórios específicos. À pouca *expertise* se somam as limitações de tempo e de informação típicas do processo judicial, o que tende a gerar uma perspectiva, senão equivocada, ao menos parcial do problema regulatório (“visão de túnel”). Tais contingências justificam cautela e prudência, rechaçando qualquer visão messiânica do Poder Judiciário como instância redentora da sociedade.

Reputo que esses dois parágrafos resumem as implicações da adoção de uma visão econômica do Direito pelo Poder Judiciário. Parece-me que se pode chamar a isso de um *consequencialismo austero*, o qual se corporifica na adoção de duas premissas fundamentais: repúdio a soluções sem base empírica que as recomende; e ceticismo quanto à capacidade do Judiciário de oferecer melhores respostas que o legislador ou os órgãos reguladores específicos.

Especificamente quanto ao Supremo Tribunal Federal, o *consequencialismo austero*, a meu ver, traduz-se em maior autocontenção diante dos debates constitucionais que lhe são propostos. A banalização do debate constitucional deve ser evitada, tanto em deferência ao legislador, quanto também porque as discussões em abstrato, sobretudo em relação a diplomas legislativos ainda não testados na prática, acabam carecendo de base empírica suficientemente rica para uma apreciação consistente.

Tenho enfatizado esse ponto em minhas manifestações no Tribunal, como fiz, por exemplo, no julgamento da ADI 5.970, na qual se discutia a proibição legal de “showmícios” em campanha eleitoral:

Tenho para mim, Senhor Presidente, que em casos nos quais o legislador encontra uma resposta técnica de escala microscópica para um problema do mundo real, que vai aos menores detalhes desse problema, não cabe ao Tribunal, em controle abstrato de constitucionalidade, desarranjar a solução legislativa, sob fundamentos de alta indagação constitucional, sobretudo se não há demonstração concreta de prejuízo a direito fundamental. Parece-me que aqui devemos adotar aquela postura que os americanos chamam de *constitucional avoidance* (esquiva ou evasão constitucional), permitindo que a atividade legislativa possa brotar e desenvolver-se livremente, dentro de um amplo quadro de opções, e deixando aos tribunais locais a tarefa de arbitrar conflitos específicos em torno da aplicação

dessas normas. Com isso, penso que evitamos a banalização do debate constitucional, que traz prejuízos para o desenvolvimento orgânico da democracia.

Essa diretriz interpretativa prudencial, que tem como fonte primitiva o julgamento do caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), pela Suprema Corte dos Estados Unidos, parece-me inteiramente oportuna para momentos de grande impasse político. Como disse o *Justice Brandeis*, no referido julgamento, “nenhum ramo do governo pode interferir na atividade do outro sem perigos.

A eficácia prática das manifestações do Estado está no cerne de uma visão pragmática do Direito, como tal entendida aquela baseada em elementos empíricos e em previsão baseada em evidências. A obstinação do legislador, do administrador ou do juiz em impor uma norma sem qualquer consideração quanto aos efeitos práticos esperados a partir de análises objetivas dos fatos muitas vezes pode ter custos sociais imensos; nesses casos, em vez de produzir paz e prosperidade social, a disciplina jurídica termina por gerar resultados opostos, de intranquilidade e empobrecimento. A ideia de que se deve fazer justiça ao custo do perecimento do mundo (*fiat justitia, pereat mundus*) não se compatibiliza com uma sociedade democrática e, ademais, em si mesma representa um fanatismo ideológico extravagante.

O que nos ensinam as sadias escolas filosóficas, aquelas que historicamente não levaram a nenhum tipo de radicalismo ou de violência física, é que se deve, na aplicação do Direito, avaliar desapassionadamente os fatos e as suas consequências objetivamente previsíveis, com base em seus elementos intrínsecos e sem qualquer preferência antecipada por certas respostas para os problemas apresentados – e isso é, nada mais, nada menos, uma análise econômica.

Uma boa lei, uma boa política pública, uma boa decisão judicial devem produzir resultados positivos para a sociedade em termos de desenvolvimento econômico e humano. É vão o cumprimento de ritos estéreis, o atendimento de conselhos doutrinários, a atenção nominalista aos preceitos, se os resultados assim obtidos, em última análise, são ruins para as pessoas. A função última do Direito, como da vida social em si mesma, é produzir felicidade e bem-estar para o maior número de pessoas (Bentham).

E é justamente aqui que entra em jogo um aspecto particularmente relevante para o desenvolvimento econômico: a segurança jurídica.

3. A SEGURANÇA JURÍDICA

O conjunto de normas jurídicas, como afirmei acima, traduz-se num conjunto de incentivos e desincentivos a condutas humanas, que naturalmente têm importantes reflexos econômicos.

O sistema jurídico cria sanções e prêmios para comportamentos abstratamente definidos ao redor de “direitos subjetivos”, tais como, exemplificativamente: (a) ter propriedade imobiliária; (b) investir em ações na bolsa de valores; (c) contribuir para Previdência Social; (d) alugar imóveis, etc. Desse modo, o Direito interfere direta e indiretamente nos fatos econômicos e passa a constituir uma relevante variável para a predição de resultados econômicos esperados.

O indivíduo que vai tomar a decisão econômica levará em conta a norma jurídica vigente e a sua real eficácia prática. Assim, para ficar nos exemplos referidos: (a) antes de adquirir a propriedade imobiliária, o interessado cogitará de como ela é realmente garantida pelo Direito, e não apenas se há uma lei protegendo a propriedade em abstrato; (b) antes de investir na bolsa, o interessado pesquisará os mecanismos jurídicos de fiscalização do mercado de capitais e a credibilidade das sanções impostas contra fraudes; (c) antes de pagar à Previdência Social (facultativa), o indivíduo levará em conta as garantias jurídicas que efetivamente terá para resgatar o seu investimento; e, finalmente, (d) antes de alugar um imóvel, o proprietário avaliará se tem garantias jurídicas efetivas nas instituições para a retomada do bem em caso de inadimplemento.

A confiança é o elemento central para que os decisores possam dar um passo à frente nas relações econômicas. E o que mais fortemente pode minar a confiança é o aumento desmesurado do risco. Se o risco é alto demais, o decisor tende a manter a sua posição e a não seguir em frente numa nova relação econômica. Quando o risco é generalizado e vários decisores mantêm a sua posição, está claro que a economia se encaminha para a estagnação e a queda de produtividade.

O Direito, por definição, deve inspirar confiança. As normas devem reduzir a álea da vida em sociedade. Um sistema jurídico eficiente tende a minimizar os riscos físicos, morais e econômicos a que uma pessoa pode se expor na vida em coletividade. O Direito Penal deve proteger a integridade física e moral das pessoas; o Direito Civil (em sentido amplo) deve tutelar o seu patrimônio; e, por sobre tudo isso, o Direito Constitucional deve salvaguardar a liberdade e a dignidade do ser humano, além do próprio processo de criação do Direito infraconstitucional.

Quando algum desses direitos deixa de cumprir, na prática, a sua finalidade, o sistema de incentivos e desincentivos perde a confiabilidade. Logo, o Direito, em vez de contribuir para tornar mais previsível o resultado das decisões individuais das pessoas, faz justamente o contrário, tornando-se, ele mesmo, mais um fator imponderável.

Os pronunciamentos judiciais, nesse contexto, são particularmente importantes como elementos de edificação ou degradação da confiança no sistema jurídico. Se o criminoso infringe o Direito Penal, mas é efetivamente punido; se o devedor descumpre a obrigação, mas tem seus bens excutidos; se o poluidor de um ecossistema afeta certo bioma, mas é obrigado a recompô-lo, então podemos assumir que o Judiciário está contribuindo para tornar verazes as consequências que as leis prometem, redundando mais e mais previsíveis as operações econômicas e o relacionamento social em geral. O criminoso e a vítima, o credor e o devedor, o poluidor e a sociedade, todos receberão a mesma mensagem: o que está preconizado nas normas é cumprido, senão voluntariamente, ao menos por força da atuação dos órgãos da Justiça. Isso cria um ambiente de vida e de negócios altamente seguro e previsível, com ganhos de bem-estar para a sociedade nas suas mais diversas atividades.

Quando as decisões judiciais, ao contrário, enfraquecem a credibilidade das promessas constitucionais ou legislativas, o efeito é precisamente o inverso do anterior. A sociedade cai num processo de insegurança profunda, por falta de mensurabilidade dos riscos. O criminoso não teme a sanção; o devedor contumaz não se importa em cumprir as suas obrigações; o poluidor não receia ser apenado pelas suas condutas ilícitas.

Pior ainda quando as decisões judiciais nem sequer são constantes em suas conclusões. Eventual má decisão, se permanecer estável, com o tempo torna-se um marco confiável e acaba permitindo alguma adaptação, ainda que custosa. O velho brocardo americano traduz bem essa ideia: mesmo um relógio parado dá a hora certa duas vezes ao dia.

Já a decisão cambiante cria o cenário de maior incerteza possível, porque não apenas não é conhecida previamente qual consequência jurídica será adotada para certa situação como sequer se sabe se ela permanecerá a mesma ao longo do tempo. Rigorosamente, não há uma decisão, mas uma indecisão sobre o tema. E esse é o ponto mais baixo a que a segurança jurídica pode chegar. Aqui o Direito contribui para transformar a sociedade em um “mercado de alto risco”, no qual apenas “investidores agressivos”, capazes de suportar os custos de um processo aleatório de aplicação da lei, conseguem operar.

Atualmente, temos até lei exortando as autoridades públicas (incluídos os juízes, naturalmente) para que tenham em mente a segurança jurídica nas suas decisões. O art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na redação dada pela Lei nº 13.655/2018, proclama:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 é pródigo em instrumentos para centralizar e uniformizar as interpretações judiciais, desde mecanismos para padronização de soluções repetitivas, até remédios para a prevenção de conflitos futuros. E, na tentativa de unificar toda a ideia de respeito à segurança jurídica, por meio de precedentes, afirma caber aos tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926).

No caso específico do controle concentrado de constitucionalidade, que está sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, a própria amplitude dos efeitos das decisões pode levar à produção de insegurança jurídica, sobretudo quando o pronunciamento do Tribunal desautoriza alguma norma que está em vigor há algum tempo. Por isso a Lei nº 9.868/1999, ainda no século passado, já previa a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões tomadas em controle concentrado (Lei nº 9.868/1999, artigos 12 e 27).

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, ampliou significativamente as hipóteses de modulação de efeitos de decisões judiciais (artigos 525, § 13; 535, § 6º; 927, §§ 3º e 4º; 976, II; e 982, § 3º) e instituiu a possibilidade de suspensão de processos repetitivos por motivos de segurança jurídica (art. 1.029, §4º).

Vê-se, portanto, que há instrumentos em abundância para a afirmação da segurança jurídica no sistema judiciário brasileiro. Mas é preciso que a esses instrumentos se somem a vontade e o hábito de criar uma cultura de respeito às justas expectativas do cidadão. E o pensamento econômico, nesse particular, tem muito a colaborar para a edificação dessa cultura.

4. CONCLUSÕES

Do que foi exposto, pode-se extrair as seguintes conclusões:

O pensamento econômico tenta compreender matemática e estatisticamente o que induz as escolhas humanas, ante a escassez, bem como quais as consequências esperadas para a opção escolhida, tanto na perspectiva individual, como na coletiva;

Em tese, pode-se fazer a “análise econômica” de praticamente qualquer área em que haja liberdade de escolha entre vários usos alternativos possíveis de bens escassos, ainda que ilícitos ou não suscetíveis de avaliação monetária precisa;

O intuito do estudioso que analisa um fenômeno qualquer sob o prisma econômico, mesmo que se trate de algo fora do mercado, é entender de forma crua e quantitativa o que incentiva ou desincentiva o comportamento humano a dirigir-se neste ou naquele sentido, e como se pode prever o que ocorrerá no futuro, dadas certas condições conhecidas: conhecendo o futuro provável, o pensamento econômico oferece ferramentas para intervenções oportunas — por isso o pensamento econômico tende a produzir posições consequencialistas na área jurídica;

O Direito é particularmente suscetível à análise econômica, porque ele próprio consiste em uma técnica de concertação prévia e abstrata de diferentes pretensões sobre bens escassos;

Embora se possa encontrar traços do pensamento econômico sobre o Direito já no Mundo Antigo, a tomada de consciência da sua importância para o Direito, no entanto, apenas surge nos Estados Unidos nos anos 1960.

No Brasil, embora com algum atraso, temos assistido a várias iniciativas para incorporar o pensamento econômico ao *ethos* do ensino e da prática jurídica;

O Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir de 2015, tem aplicado ideias do pensamento econômico para o julgamento de questões jurídicas.

A aplicação do pensamento econômico para solucionar questões jurídicas deve assentar-se sobre um *consequencialismo austero*, que se baseia em duas premissas fundamentais: 1^a) repúdio a soluções sem base empírica que as recomende; 2^a) ceticismo quanto à capacidade do Judiciário de oferecer melhores respostas que o legislador ou os órgãos reguladores específicos.

A segurança jurídica nasce da confiança de que as normas serão cumpridas. Ela é um tema nuclear da relação do pensamento econômico com o Direito.

A confiança é o elemento central para que os decisores possam dar um passo à frente nas relações econômicas, e o que mais fortemente pode minar a confiança

é o aumento desmesurado do risco. Se este é alto demais, o decisor tende a manter a sua posição e a não seguir em frente numa nova relação econômica. Quando o risco é generalizado e vários decisores mantêm a sua posição, está claro que a economia se encaminha para a estagnação e a queda de produtividade.

As decisões judiciais podem contribuir para a edificação ou degradação da segurança jurídica, conforme reforcem ou não os incentivos e desincentivos prometidos pelas normas jurídicas.

O pior estado de insegurança jurídica gerada por decisões judiciais ocorre quando a jurisprudência não se estabiliza.

Há instrumentos em abundância para a afirmação da segurança jurídica no sistema judiciário brasileiro. Mas é preciso que a esses instrumentos se somem a vontade e o hábito de criar uma cultura de respeito às justas expectativas do cidadão. O pensamento econômico, nesse particular, tem muito a contribuir para a edificação dessa cultura.

SEGURANÇA JURÍDICA, REEM- PREENDEDORISMO E SUPERENDIVI- DAMENTO

Paulo Dias de Moura Ribeiro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Coordenador da publicação

1. APRESENTAÇÃO

Convidado que fui pelo Instituto Justiça & Cidadania para traçar algumas linhas jurídicas sobre o “Marco Legal do Reempreendedorismo” (PLP nº 33/2020 no Senado Federal, agora PLP nº 217/2020 na Câmara dos Deputados), e também a lançar alguns pensamentos sobre a nova Lei do “Tratamento do Superendividamento” (Lei nº 14.181/2021), aceitei o desafio porque o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda não se pronunciou sobre nenhum dos temas destacados.

O importante é que o foco a ser dirigido aos novos institutos deveria ser envolvido pela busca da segurança jurídica que vem provocando todos os que lidam com o Direito.

2. TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MPES)

Cabe lembrar que com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 e com a aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 6/1995 e da EC nº 42/2003, floresceu a ideia de proteção das MPES, dando-lhes cuidados relativos de princípios tributários. Veja-se:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

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

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42/2003).

Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42/2003).

Não bastasse, às MPES também foram dados cuidados de princípio da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6/1995).

Todo esse arcabouço jurídico termina por incluir um tratamento jurídico diferenciado cogente, por parte da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, visando ao incentivo delas pela simplificação de suas obrigações tributárias, previdenciárias e creditícias.

Com efeito, assim programa o art. 179, da CF:

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

Mais adiante, elas ganharam regimento específico, espelhado no Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, abraçadas pela Lei Complementar (LC) nº 123/2006.

Diante do quadro desenhado pelas normas destacadas, é possível concluir que o objetivo é impelir empreendedorismo sadio às MPEs, permitindo o crescimento econômico e o oferecimento de emprego digno, tornando o capital humanista para o atingimento do bem-comum.

3. TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO

De outro lado, com a propagação da covid-19 que levou e leva a uma forçada paralisação da atividade econômica, com terríveis reflexos sociais, o idealizado Projeto do Senador José Sarney ganhou vital importância para deitar melhores olhos sobre o Código de Defesa do Consumidor que, no aspecto, já vinha merecendo atualização.

Evidentemente que a preocupação do legislador foi a preservação da dignidade humana, fundamento maior do nosso Estado Democrático de Direito. Veja-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana

Isto porque é direito fundamental do consumidor a sua proteção por parte do Estado, nos termos do art. 5º, XXXII, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

Se tudo isso não bastasse, a defesa do consumidor também foi elevada à categoria dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, previstos no art. 170, V, da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor

Na mesma sintonia do Marco Legal do Empreendedorismo, o Tratamento do Superendividamento tem o mesmo trilho a ser percorrido, ou seja, tornar o capital mais humano, evitando a exclusão social.

4. RAZÕES DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MPES

Questão altamente sensível e que salta aos olhos para o tempero da questão é de enorme obviedade. Sim, segundo os dados coletados pelo Sebrae em 11/5/2020, o Brasil tem um total de 19.228.025 empresas, das quais 16.405.980 são empresas individuais ou microempresas.

Portanto, pouco mais de dois milhões são de maior porte.

Indispensável reconhecer que são as MPes as grandes empregadoras e merecem um tratamento diferenciado para auxiliá-las nos momentos de dificuldades financeiras, assegurando-lhes segurança jurídica para vencer os momentos tormentosos.

Segundo estudo do NEPI/PUC-SP, em São Paulo as MPes representam apenas 23,85% das recuperações judiciais.

Nestes números expoentes, o Parlamento nacional está debruçado em ajudar tais empresas a superar a fase financeira difícil, através de um processo rápido e seguro de recuperação judicial.

Com efeito, a exposição de motivos lançada no PLP nº 33/2020 do Senado alinhou e justificou as razões pelas quais foram criados os novos sistemas de recuperação judicial para tais empresas:

A finalidade deste Projeto é a busca por tornar o chamado Reempreendedorismo uma opção menos onerosa, mais ágil e operativa para as MPes, com a instituição da renegociação especial extrajudicial, da renegociação especial judicial, da liquidação especial sumária e de adequações na falência das MPes, todos, procedimentos mais céleres e menos onerosos para credores e devedor e para o Estado, sem deixar de lado a devida segurança jurídica. (...)

Não obstante tenha sido inserida a possibilidade de deságio pela Lei Complementar nº 147/2014, a obrigatoriedade de previsão das parcelas fixas, idênticas, revela rigidez incompatível com a dinâmica do mercado. Não permite, outrossim, maior adequação das obrigações à realidade do micro e pequeno empresário, que não raras vezes necessitam de maior carência ou da incidência de menores obrigações no início para que possam recompor o capital de giro e restabelecer o faturamento esperado.

Por seu turno, embora o procedimento especial tenha suprimido a necessidade de convocação de assembleia geral de credores, o que reduziu sensivelmente os custos do processo, o recolhimento de custas, a necessidade de publicação de editais e a remuneração do administrador judicial ainda oneravam demasiadamente o empresário devedor de pequeno porte e im-

punham custos desnecessários ao devedor, notadamente se a quantidade de credores era reduzida.

O PLP que ora se apresenta busca sanar e mitigar os gargalos existentes na legislação, bem como introduzir em nosso ordenamento jurídico melhores práticas e diretrizes internacionais em relação à reestruturação de dívida.

Seguindo o PLP nº 33/2020 para a Câmara, lá tomou o número PLP 217/2020 e foi rotulado como “Código de Defesa do Empreendedor”, estabelecendo os direitos básicos das MPes, assim como a renegociação extrajudicial e a liquidação especial por meio da alteração da LC nº 123/2006.

Vale anotar que o PLP nº 217/2020 está sob regime de tramitação prioritária e propõe três soluções para a recuperação judicial das MPes:

As peculiares condições das crises econômico-financeiras que envolvem as MPes, caracterizadas pela inexistência de patrimônio extenso e de valor significativo ou de estrutura do devedor que possibilite o cumprimento de obrigações complexas, desinteresse dos credores para participar e supervisionar o processo, contratar advogados para representá-los em juízo e inexistência de justificativa para a supervisão judicial em um processo de longa duração, justificam procedimentos mais céleres de recuperação. O Projeto prevê inicialmente a possibilidade de renegociação extrajudicial com os credores sujeito apenas à homologação posterior pelo Poder Judiciário. Para que este mecanismo possa atender a situação de crise das MPes, beneficiando não só devedores, mas também credores, prevê-se a possibilidade de suspensão – *stay period* – para as ações em andamento pelo prazo de 90 dias e a possibilidade de homologação automática do plano extrajudicial em condições mais favoráveis.

Se o devedor verificar a impossibilidade de renegociar extrajudicialmente as suas dívidas, será possível fazê-lo no Judiciário, por meio da recuperação especial judicial, processo menos burocrático que a recuperação judicial (inclusive que a recuperação judicial especial que pretende-se revogar) prevendo não só a entrega, pelo devedor, de informações e documentos simplificados e comunicações extrajudiciais.

Além disso, o projeto pretende permitir que devedor e credores possam ter maior flexibilidade para negociar plano de pagamento, acabando com a limitação de parcelas, valores, e prazos de pagamento, o que se mostrou insustentável diante de uma situação de maior dificuldade das MPes. En-

tretanto, diante desta relevante participação das MPEs na criação e manutenção de postos de trabalhos e no intuito de intensificar a geração de novos postos de trabalho, justifica-se a proposta de introduzir o pagamento dos débitos trabalhistas em prazo não superior a três anos, condição mais favorável de pagamento do que a regra prevista no art. 54 da LREF. A renegociação especial judicial também é menos custosa e burocrática para os credores, que poderão se manifestar apenas em caso de objeção ao plano, por simples petição, sendo estas objeções computadas de acordo com a classificação dos créditos adotada para o processo falimentar, e para o Poder Judiciário, que terá maior facilidade para a sua verificação.

Além disso, também é facultado ao devedor evitar a falência, se der início à liquidação especial sumária, procedimento de liquidação mais célere e menos oneroso que o da falência e que será explicado a seguir.

É possível dizer que o objetivo do legislador é incutir no empreendedor a certeza de que terá segurança jurídica para se livrar de dificuldades financeiras através das variantes possíveis para postular sua recuperação da forma que melhor venha a atender os seus bons propósitos.

5. ESTATUTO DOS SUPERENDIVIDADOS

No mesmo caminho de imprimir dignidade e evitar a abominada exclusão social, o legislador implementou alterações atualizadoras do Código de Defesa do Consumidor, amparando o consumidor superendividado, também tentando auxiliá-lo na dificuldade financeira.

Como professor do PPGD da Uninove, tive a satisfação de acompanhar um destacado grupo de alunos e alunas que se envolveram num forte estudo sobre o Tratamento do Superendividamento. Declino, feliz, o nome dos alunos: Guilherme de Macedo Soares, Mônica Di Stasi e Paulo Bonini.

Depois de terem feito uma análise sobre o modelo americano e europeu e sobre os métodos de atacar juridicamente a situação, não deixaram de se preocupar com a pessoa do credor e avançaram sobre os mecanismos de prevenção e tratamento da questão, apresentando os modos possíveis de solver as obrigações inadimplidas do consumidor:

O sistema brasileiro é muito próximo do sistema francês, considerando que precisa passar por duas fases: a primeira, uma fase administrativa, onde deve ser analisado se está ou não diante do superendividado, considerando

haver o passivo e o ativo, bem como, se ele estava de boa-fé, além de ser reservado um mínimo existencial, dívidas de consumo (ou se for dívidas profissionais), exigíveis e a vencer, sendo que nesta fase haverá conciliação em bloco. Já na segunda fase, permitirá que o juiz interceda no contrato, podendo conceder prazo de carência (*delais de grace*), bem como temporizar ou atenuar os encargos. O prazo de duração poderá ser de até cinco anos, diferentemente da França, em que poderá ser de até dez anos.

Contudo, ainda assim, mesmo havendo semelhança com o sistema francês, verifica-se que o Brasil fez uma opção diferente quanto ao pagamento, considerando que a França, a partir de 2004, ao se aproximar do sistema anglo-saxônico, prevê a possibilidade do perdão da dívida, após ultrapassar determinadas fases, enquanto o Brasil exige a “liquidação total da dívida”, nos exatos termos do art. 104-B, § 4º.

Estima-se que com o advento desta lei retornem para o mercado aproximadamente R\$ 350 bilhões, sendo informações trazidas pela Professora Cláudia Lima Marques, em palestra de 5/8/2021 na UNINOVE.

Assim, diante de todos estes argumentos, com muita sabedoria e sensibilidade o ordenamento jurídico brasileiro contempla procedimento que traz definitivamente dignidade ao consumidor, na medida em que o excluído pode renascer para o sistema consumerista.

Do mesmo modo que o PLP nº 217/2020 propõe mais de uma solução para a recuperação judicial das MPEs – (1) a renegociação extrajudicial, (2) a renegociação especial judicial e (3) a liquidação especial sumária – a Lei nº 14.181/2021 prevê para o consumidor superendividado: (1) a renegociação extrajudicial, que consiste na conciliação assistida por órgãos de defesa do consumidor, como Procons e Defensorias Públicas; e (2) o ajuizamento de ação judicial para a renegociação **da totalidade das dívidas**, vencidas ou vincendas, com plano de pagamento com prazo **máximo de cinco anos**.

Ademais, o estudo apontou 12 pontos da nova lei que podem dificultar a sua aplicação, a saber:

1. Há diferença de tratamento entre os credores que forneceram o crédito ao consumidor quando este já estava em situação pré-superendividamento (*sinais externos e aferíveis*) e os que forneceram crédito ou venderam bens a prazo ou prestaram serviços contínuos antes deste estar em situação de superendividamento ou próximo a ele?

2. O procedimento de conciliação pelo consumidor pessoa natural envolveria quaisquer compromissos financeiros decorrentes de relação de consumo, inclusive “operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada” (art. 54-A, § 2º). O art. 104-A, *caput* fala em “todos os credores”, excluindo apenas as categorias de crédito do § 1º, o que abrangeria dívidas decorrentes de toda espécie de fornecimento de serviços contínuos ou vendas a *prazo ou haveria uma ratio* somente em função do fornecimento direto ou indireto de crédito *stricto sensu*?

3. Pode ser feita conciliação distinta para cada credor ou há alguma espécie de *conditio creditorum*? Poderia o acordo prever classes ou tratamento distinto para alguns credores quanto às condições e prazos de pagamento? O tratamento dado aos credores tem de ser o mesmo ou poderia haver negociação distinta, particularizada, gerando acordos distintos?

3.1. Compras a prazo, embora envolvam concessão de crédito *lato sensu*, podem não envolver um financiamento com incidência de juros remuneratórios, como o simples parcelamento do pagamento do mesmo valor à vista. Se não há juros remuneratórios ou moratórios contratuais (apenas legais) e a construção do débito deu-se apenas pelo inadimplemento de parcela do “preço da coisa” e não do “financiamento para aquisição da coisa”, haveria margem de conciliação fora do simples alongamento, sob pena de se alterar o elemento essencial do negócio “preço” ou sua natureza exclusivamente onerosa?

3.2. Ainda, a dívida decorrente de serviços de prestação continuada abrangeria concessionárias de serviços públicos, construída por conta do inadimplemento de contas de consumo (água, energia, etc.)? Estariam as concessionárias de serviços públicos enquadradas necessariamente na conciliação coletiva em favor do consumidor superendividado?

4. O credor não listado no pedido do consumidor para instauração da conciliação administrativa ou judicial, e, por isto, não citado, sofre algum efeito, particularmente o do art. 104-B, com a revisão judicial do contrato? Outros credores poderiam impugnar o pedido de conciliação prévia por falta de inclusão de algum credor na lista apresentada pelo consumidor? Poderiam credores não listados ingressar de ofício na fase conciliatória?

4.1. Ainda, ao credor que, por ausência de citação, não tenha participado do procedimento de conciliação, podem ser opostos os efeitos da conciliação coletiva com os demais credores como, por exemplo, o respeito ao

mínimo existencial estabelecido convencionalmente (impenhorabilidade relativa de bens)?

5. *É legítimo ao juiz exigir que o consumidor explicita a causa* de seu superendividamento, como exige no pedido de recuperação judicial (art. 51, I, Lei nº 11.101/2005)?

6. Qual é a consequência do descumprimento, pelo devedor, da obrigação de não se envolver em novas operações que gerem superendividamento após a homologação do acordo? Quem fiscalizaria tal conduta posterior? Haveria alguma publicidade do acordo decorrente da Lei nº 14.181/2021 para fins de informações de fornecedores para evitar a oferta de novos créditos em descompasso com a obrigação assumida?

7. A instauração do processo judicial por superendividamento (art. 104-B) tem efeito interruptivo da prescrição dos créditos *ex officio* ou é necessário decisão judicial neste sentido? A citação do credor para integrar o processo de superendividamento (art. 104-B, *caput*) é ato interruptivo da prescrição decorrente de conduta do devedor que reconhece a existência do débito (art. 202, VI, CC), já que é iniciativa do devedor?

8. Durante o prazo de cumprimento do acordo, o credor que não o aceitou, e se sujeita à revisão judicial do contrato, está sujeito à prescrição de sua pretensão antes de proferida a sentença de revisão?

9. A sentença dada nos termos do art. 104-B prevê a quitação do contrato revisado “após a quitação do acordo” “do plano consensual”. É uma sentença condicional em relação ao tempo (exigibilidade da sentença)? Até que se encerre o cumprimento do acordo, a sentença que revisa o contrato se caracterizaria como obrigação com condição suspensiva para fins de impedir o prazo prescricional (art. 199, I, CC)? Se o acordo homologado não for pago integralmente, quando e como se inicia a exigibilidade do crédito objeto da sentença do plano judicial compulsório? Deveria este credor judicial ser intimado ou informado de qualquer forma quanto ao pagamento final do acordo homologado ou da falta de cumprimento pelo devedor para exigir o cumprimento da sentença?

10. A homologação do plano voluntário apresentado pelo devedor (judicial ou administrativa) importam novação? A previsão do art. 104-A, § 4º, II, ao falar em “suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso” permite a retomada do contrato original em caso de não cumprimento do acordo, sem os efeitos da renegociação quanto aos encargos?

11. A necessidade de previsão de suspensão ou extinção das ações judiciais em curso (art. 104-A, § 4º, II) geraria o efeito de suspender o prazo prescricional de eventuais créditos ainda não ajuizados pelos credores?

12. A previsão do rompimento “de pleno direito” do contrato conexo, na forma do art. 54-F, § 1º, por conta do arrependimento pelo consumidor em relação ao contrato principal, importa alguma obrigação de comunicação pelo consumidor à parte contratante do contrato conexo? Em caso de exercício do direito de arrependimento em contrato de fornecimento de bens duráveis com financiamento, como se resolveria a restituição das partes ao estado anterior ao contrato, considerando o efeito *ex tunc* do arrependimento (resilição ou distrato unilateral)?

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto é possível concluir que o legislador anda preocupado em fornecer segurança jurídica, quer para o micro e pequeno empresário, quer para os superendividados, para que possam se safar, com dignidade, da aflitiva situação econômica em que se encontram.

**O PROJETO DE
LEI Nº 149/2021
NA CÂMARA DOS
DEPUTADOS E
A QUESTÃO DA
DISPENSA POR
JUSTA CAUSA
DE EMPREGADO
QUE SE RECUSA A
SE VACINAR**

Alexandre Agra Belmonte

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise é preciso buscar soluções para dar continuidade ao setor produtivo, gerador de empregos, tributos e atendimento às necessidades da comunidade, bem como para a manutenção dos contratos de trabalho em curso, quer para sobrevivência dos trabalhadores, quer para possibilitar o consumo e a circulação da moeda.

A atual crise, decorrente do coronavírus, afetou as empresas que atuam nos mais variados setores da economia, impactando a produção, a distribuição, a prestação de serviços e o comércio.

Na área trabalhista, que providências poderiam ter sido tomadas diante dessa realidade, o risco de adoecimento ou a contaminação massiva e global que persiste atingindo milhares de pessoas, de forma comparável à gripe espanhola do início do século passado, que vitimou o Presidente Rodrigues Alves, e à peste bubônica da Idade Média?

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a legislação extravagante forneceram respostas que, agregadas a soluções emergenciais, flexibilizadas e transitórias constantes da Medida Provisória (MP) 927 e das Leis nº 14.020/2020, nº 14.043/2020 e nº 14.151/2021, permitiram até aqui o enfrentamento da pandemia.

Evidentemente, caberá ao Estado resolver as questões ligadas à retomada do crescimento econômico e ao auxílio às empresas e trabalhadores que, não obstante as medidas emergenciais tomadas, estão a carecer de amparo. E à jurisprudência trabalhista resolver questões pontuais que vão desde o retorno ao trabalho na forma presencial, passando pela responsabilidade do Estado ou do empregador pelo pagamento de indenizações por rompimento do contrato em virtude do fechamento ou redução de funcionamento de atividades produtivas; como também o enfrentamento da questão referente aos que insistem em não se vacinar, sem falar nos problemas relacionados à aquisição da doença no ambiente de trabalho e eventual responsabilidade civil do empregador.

Este artigo tem por objetivo específico analisar problemas decorrentes do retorno ao trabalho presencial, notadamente quanto à exigência patronal de vacinação.

Como a recusa à vacinação coloca em confronto direitos fundamentais, entre eles a liberdade individual de convicção; o direito ao trabalho; o direito da coletividade de trabalhadores ao meio ambiente saudável; o direito de propriedade resultante do risco patrimonial patronal de arcar com indenizações pela

colocação de trabalhadores em risco à saúde e segurança; e a livre iniciativa. Para evitar trabalhar com ideologias, crenças, abstrações e conceitualismos inúteis, tentaremos propor a resolução da questão relacionada à exigência patronal de vacinação por meio do pragmatismo jurídico inserto no art. 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), além da ponderação de valores, da razoabilidade e da adaptação razoável.

Logo, longe de parecer fácil o enfrentamento, o problema enseja diversas soluções com diferentes efeitos, cabendo assim ao magistrado, ao legislador e ao administrador optar por aquela que produza social e economicamente a máxima eficiência.

2. RETORNO AO TRABALHO NA FORMA PRESENCIAL

O teletrabalho teve sua primeira previsão na Consolidação das Leis do Trabalho em 2001, *ex-vi* do parágrafo único do art. 6º.

A Lei nº 13.467/2007, da reforma trabalhista, regulamentou a utilização desse meio tecnológico de prestação do trabalho à distância, restringindo-o, contudo, ao *home office*. Terá a caracterização de teletrabalho “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (art. 75-B, da CLT).

Nos termos do art. 75-C, da CLT, “A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.” E conforme o § 1º, “Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.”

Com a pandemia, o teletrabalho alcançou, em período recorde, a utilização que naturalmente ocorreria com o passar do tempo. Os serviços intelectuais, como aulas, reuniões de trabalho e palestras encontraram nessa forma de comunicação à distância, diante da impossibilidade ou redução de deslocamentos, a alternativa hábil à continuidade da prestação de serviços.

Para isso contou com a Medida Provisória nº 927/2020, que caducou, mas que teve os seus efeitos preservados na forma do art. 62, §11, da Constituição Federal (CF), ao estabelecer que os atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidos, que na forma do art. 4º, “Durante o estado de calamidade pública decorrente do coronavírus o empregador poderá, a seu critério,

alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.”

O dispositivo teve o seu conteúdo ripristinado na Medida Provisória nº 10.046/2021.

Serão muitas as discussões judiciais relacionadas à utilização dos equipamentos de *home office*, posto que o art. 75-D, da CLT, remete à previsão em contrato escrito sobre a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado. Ou seja, à negociação entre empregado e empregador, não obstante seja dele a obrigação de fornecer e manter os equipamentos de trabalho, incluindo os de proteção à saúde e segurança.

Além das atividades consideradas essenciais, que não deixaram de ter funcionamento, com a vacinação gradativa o retorno às atividades presenciais se intensificou e empregadores passaram a exigir a volta ao trabalho presencial junto aos seus trabalhadores que estavam com seus contratos suspensos ou estavam a laborar de forma remota.

Quanto ao teletrabalho, independentemente do disposto no § 2º do art. 75-C prever a possibilidade dessa exigência por *jus variandi* do empregador, embora com prazo de transição mínimo de 15 dias, as Medidas Provisórias nº 927/2020 e nº 10.046/2021, aplicáveis aos que se ausentaram e produtores de efeitos mesmo após a suas vigências, preveem a imediatidade do retorno por mera determinação do empregador.

Logo, não cabe ao trabalhador o direito de recusa, capaz de levar ao rompimento do contrato por justa causa.

O maior problema reside, no entanto, na empregada grávida ou lactante, que conforme a Lei nº 14.151/2021, determina em seu art. 1º, que: “Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do *caput* deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Como a grávida está fora das limitações remuneratórias de redução de jornada (igualmente inaplicável ao teletrabalho) ou de suspensão do contrato, faltou ao legislador prever esse afastamento como benefício previdenciário, posto que não se justifica impor esse ônus ao empregador, o que até pode contribuir para reduzir as chances de empregabilidade da mulher no mercado de trabalho.

Outrossim, como o legislador não fixou prazo para o retorno presencial, a indagação é se, uma vez vacinada e de forma completa, o empregador pode admitir o seu retorno ou então exigir de forma imediata a volta da grávida ou lactante no estabelecimento patronal.

3. EMPREGADO, GRÁVIDA OU LACTANTE QUE RECUSA SE VACINAR

Quanto à grávida ou lactante completamente vacinada, cujo retorno é exigido pelo empregador, embora a lei não fixe prazo, a partir do momento em que está imunizada e que a população já tenha atingido o percentual de segurança previsto pelos infectologistas, esse retorno, com os cuidados amplamente divulgados (uso obrigatório de máscara, distanciamento social, testagem periódica, verificação de temperatura na entrada, uso de álcool em gel e esterilização de equipamentos de trabalho), pode ser exigido. Evidentemente, poderá ela recusar o retorno se não puder se vacinar por recomendação médica ou se, considerado o ambiente laboral, esse retorno for desaconselhável.

A grande questão reside no empregado e na grávida ou lactante que trabalham presencialmente, ou são convocados ao retorno ao trabalho presencial, mas que recusam comprovar ter se vacinado. Neste caso, o empregador pode vetar o ingresso no estabelecimento e determinar que o trabalhador se vacine sob pena de despedida por justa causa, ou essa determinação seria abusiva e considerada discriminatória, com os efeitos previstos na Lei nº 9.029/1995 (reintegração ou indenização dobrada, sem prejuízo da indenização por dano moral)? A mesma questão é dirigida em relação à recusa à contratação de trabalhadores não vacinados.

A vacinação é, no Brasil, obrigatória, conforme a Lei nº 6.259/1975, regulamentada pelo Decreto nº 78.231/1976. A Portaria nº 597/2004, do Ministério da Saúde, exige o cumprimento dos calendários de vacinação para pagamento de salário-família, matrícula em creches, pré-escola, ensino fundamental, ensino médio e universidade, alistamento militar, recebimento de benefícios sociais concedidos pelo Governo, e também para efeito de contratação trabalhista.

A Lei nº 13.979/2020, torna obrigatória também a vacinação contra a covid-19, embora não seja compulsória ou forçada, podendo inclusive ser adotadas medidas indiretas de coerção, com restrição ao exercício de atividades, nela incluída a profissional, bem como a frequência a determinados lugares, desde que previstas em lei ou delas decorrentes.

Está cientificamente comprovado, não obstante a diferença de efeitos das vacinas gratuitamente disponibilizadas, que elas imunizam, ao menos quanto à gravidade da doença e afastamento do risco de morte.

Daí decorre que sendo o empregador, na forma do art. 7º, XXII da Constituição Federal, responsável pela prevenção dos riscos à saúde no ambiente de trabalho, podendo ser acionado em caso de negligência na preparação adequada desse ambiente, tem o dever e não o direito de exigir dos trabalhadores a comprovação de que se vacinaram e de forma completa, inclusive com dose de reforço conforme a idade.

Outrossim, o art.157 da CLT é expresso ao determinar que cabe às empresas: “I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”. E, da mesma forma, o art. 158 da Consolidação prevê que cabe aos empregados: “I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;” e seu parágrafo único ao dispor que “Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior”.

Na ADI 6342 que suspendeu a eficácia do dispositivo da MP 927/2020 que excluía a covid-19 como doença ocupacional, salvo a comprovação do nexo causal, de onde se conclui que se o coronavírus pode ser considerada doença ocupacional, cabendo inclusive a responsabilização do empregador nos termos da CF e da lei civil, é razoável interpretar que a CLT é norma que pode conter medidas restritivas no caso de descumprimento da vacinação obrigatória pelos trabalhadores.

A exigência de apresentação do cartão de vacinação dos empregados não impõe a vacinação forçada, mas restringe o direito dos trabalhadores que se recusam a cumprir as normas sanitárias, dentre elas a da vacinação obrigatória. A obrigatoriedade da vacinação decorre do dever de solidariedade e do próprio pacto social, previstos nos artigos 3º, I e 196 e ss, da CF.

4. PL Nº 149/2021

O Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 620/2021 considerou “prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação”.

A Portaria também estabeleceu que caso o empregado seja despedido ou não contratado por não comprovar a vacinação, pode escolher entre ser reintegrado ao cargo ou receber o dobro da remuneração referente ao período de afastamento (o que remete à Lei nº 9.029/1995).

O Supremo Tribunal Federal suspendeu por liminar de lavra do Ministro Barroso essas normas constantes da Portaria, que extrapola o poder regulamentar conferido ao Poder Executivo. Não apenas pela usurpação de competência da União para legislar em matéria de trabalho (art. 22, I, da CF), como também por criar hipóteses não previstas em lei e ainda pelo fato de que o empregador, exceto nos casos em que a vacinação é comprovadamente desaconselhável por motivos de saúde, pode exigir a vacinação em nome do interesse público e da coletividade dos demais empregados no ambiente laboral.

Além desse aspecto, tem-se que a Portaria indiretamente cria hipótese de estabilidade para os não vacinados.

A testagem compulsória de empregados para fins de desenvolvimento regular das atividades constitui medida preventiva e busca, primordialmente, evitar a disseminação da doença, cuja facilidade de contaminação e contágio é reconhecida e atestada pelas autoridades sanitárias e de saúde. Neste caso, o direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio e seguro prevalecem sobre o direito individual de não se submeter a medidas invasivas. No caso, o empregado tem o direito de recusa, mas deverá arcar com as restrições e consequências previstas no ordenamento. Neste ponto, andou bem a portaria MTP ao facultar aos empregadores a testagem periódica dos empregados, para fins de comprovação de não contaminação pela covid-19, pois dessa forma cria-se meio alternativo, que garante a manutenção dos empregos daqueles que não apresentarem o cartão de vacinação.

Apresentado em 03/02/2021, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, de autoria das deputadas Carla Zambelli (PSL-SP) e Mara Rocha (PSDB-AC), dispõe:

“Art. 1º É vedado ao empregador pessoa física ou jurídica motivar dispensa por justa causa com base na opção do empregado de não se submeter à aplicação de vacina destinada ao combate do novo coronavírus – sars-cov-2, causador da doença covid-19.

Art. 2º É considerada discriminatória a dispensa sem justa causa, que comprovadamente tenha como motivação a recusa do empregado à imunização contra a doença covid-19, respeitada a liberdade fundamental do empregado.

Art. 3º Fica sujeito o empregador que ferir o disposto nos artigos 1º e 2º ao pagamento das verbas trabalhistas previstas na legislação, bem como aos danos materiais e morais eventualmente apurados.”

O Projeto tem como justificativa, *verbis*:

Ser inoculado por uma substância alegadamente imunizante contra doença em circulação deve necessariamente passar pela liberdade de escolha do indivíduo. De modo que não se pode cogitar do uso da força, para o atingimento de semelhante objetivo, assim como não se pode cogitar da estipulação de consequências jurídicas ao exercício dessa liberdade fundamental que não estejam intimamente relacionadas com situações excepcionais que justifiquem algum tipo de restrição ao exercício de direitos. Nesse contexto deve prevalecer a livre escolha do cidadão ora empregado em se submeter, ou não, a vacinas produzidas em tão curto lapso temporal, haja à vista o direito à vida, à liberdade e à saúde serem expressamente assegurados na Constituição Federal. (...)

Não há, porém, no ordenamento jurídico pátrio, em matéria trabalhista, qualquer previsão legal que considere falta grave a recusa à imunização contra a covid-19, de modo que uma dispensa por justa embasada neste motivo seria completamente ilegal. Surpreendentemente há magistrados trabalhistas que já manifestaram entendimento a ela favorável. Nosso ordenamento jurídico veda a dispensa discriminatória (Lei nº 9029 de 1995), em seu art. 4º. Sendo, pois, imprescindível esclarecer ser cristalino o caráter discriminatório de uma dispensa sem justa causa comprovadamente decorrente da opção do empregado em não tomar a vacina contra o novo coronavírus.

Em síntese, o Projeto de Lei nº 149/2021 proíbe a dispensa por justa causa de empregado que não quiser ser vacinado contra o novo coronavírus, considerando discriminatória a dispensa motivada pela recusa do empregado à imunização contra a covid-19.

Estabelece ainda que o empregador que contrariar a norma proposta fica sujeito ao pagamento das verbas trabalhistas e indenização de danos materiais e morais eventualmente apurados.

Exceto quanto à usurpação de competência, o PL nº 149/2021 incide no mesmo problema, já considerado inconstitucional pelo STF: ao contrário do que dispõe o projeto, o empregador pode restringir o ingresso no ambiente de trabalho de empregado que não se vacinou, porque a vacinação é obrigatória.

Não bastasse, o empregador tem o dever de exigir a vacinação não apenas em benefício da coletividade dos demais empregados e dele próprio se pessoa física no ambiente laboral, como também lhe compete fazê-lo para cumprir as exigências de afastamento de risco à saúde no ambiente de trabalho, como já demonstrado, determinado pela CLT e pela Constituição, ainda mais diante da possibilidade da doença contraída poder vir a ser caracterizada como doença ocupacional.

Essa exigência é até intuitiva quando se trata de hospitais, laboratórios de coleta de sangue e outras atividades que lidam diretamente com a doença, expondo a risco alheio o empregado não vacinado.

A Lei nº 9.029/1995 visa proteger o trabalhador contra discriminações por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade e outras desqualificações injustificadas para o ingresso, permanência e progressão no emprego.

A referida lei volta-se especificamente para a proteção da mulher quando veda a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, inclusive mediante a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem a) indução ou instigamento à esterilização genética; e b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

É evidente que essa lei não visa proteger o direito individual egoístico de trabalhador que, por razões que não sejam de contra-indicação médica, por questões particulares de saúde de não se vacinar.

Nos termos do art. 8º, da CLT, “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda,

de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

Ao incluir o direito puro e simples de não se vacinar como “fator discriminante”, o projeto esvazia o próprio conteúdo das leis sanitárias que tornam o uso de vacinas obrigatório pela população, para extirpar doenças contagiosas da sociedade. E ainda coloca em risco o patrimônio do empregador, que responde pela falta de prevenção ao risco à saúde dos demais trabalhadores no ambiente laboral.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS JUSLABORISTAS E PRAGMATISMO JURÍDICO

Direitos fundamentais são os direitos essenciais positivados na esfera da ordem constitucional de determinado Estado, assegurados por um conjunto de princípios e regras de enunciação e de garantias, que lhes confere um regime jurídico diferenciado de imediata observância e concretização.

Na dimensão juslaborativa, são direitos fundamentais as prerrogativas de que os trabalhadores necessitam, no relacionamento com o Estado e nas relações privadas de trabalho, para lhes assegurar uma existência livre, igualitária, fraterna e socialmente justa, que lhes oportunizar o alcance da realização material e espiritual.

Assim como os direitos individuais, previstos no art. 5º da Constituição Federal, são fundamentais, e da mesma forma os direitos dos trabalhadores inseridos no art. 7º da Carta Magna, também são fundamentais a livre iniciativa, os direitos da coletividade e o direito ao meio ambiente saudável.

Logo, na aplicação ao caso concreto, costumam ocorrer antinomias ou aparentes colisões de princípios e direitos constitucionais, diante do confronto de interesses contrapostos, ambos justificados pelo exercício de direitos fundamentais.

Pelas características da subordinação, imperatividade das normas trabalhistas de proteção mínima e sobreposição dos interesses coletivos sobre os individuais, o contrato de trabalho é, por si só, limitador de liberdades individuais.

Por exemplo, é incompatível que um empregado de fundação destinada a ajudar imigrantes, fora de suas atividades profissionais resolva presidir partido político hostil à presença de imigrantes no País. E de igual sorte, tem o direito constitucional a ter as suas crenças e aderir às liturgias, mas não o de ostensivamente usar colares de umbanda em um colégio católico.

Em outras palavras, os direitos fundamentais sofrem limitações de exercício.

Como qualquer outro indivíduo, o trabalhador pode exercer o direito à sua ideologia, crença, convicções filosóficas e de liberdade de expressão e opinião. Daí que não querer se vacinar, por convicções pessoais, é um direito constitucional. Por isso, a vacina é obrigatória para evitar risco de proliferação de doenças contagiosas, mas não é compulsória ou forçada. Pode o trabalhador exercer o direito de não se vacinar, mas responde pelos efeitos do exercício desse direito quando coloca em risco a vida, a saúde ou o patrimônio de terceiros.

O pragmatismo jurídico, previsto no art. 20, da LINDB, impõe às esferas judicial, controladora e administrativa um olhar concreto sobre o problema a ser solucionado, rejeitando a forma abstrata de aplicação da norma positivada, ao voltar o olhar para os impactos da decisão e propiciar a escolha da melhor solução, mormente frente a conflitos de direitos fundamentais, a ensejar a aplicação, entre a teoria da proporcionalidade ou da adaptação razoável, a que melhor servir para a resolução do problema.

Portanto, o pragmatismo jurídico tem como características o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo.

O contextualismo implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. Considera o fato conforme as características de tempo, lugar, valor e modo de produção, ou seja, frente às circunstâncias, para a escolha, entre as possíveis, da melhor solução.

O consequencialismo, decorre do pensamento utilitarista, fundado em moral eudemonista, que considera o bem-estar de todos e não o atendimento ao egoísmo de uma única pessoa, voltando-se assim para a produção de ações capazes de produzir a maior quantidade de bem-estar.

6. OS RESULTADOS POSSÍVEIS DA RECUSA À VACINAÇÃO E A SOLUÇÃO QUE RESULTA NA MÁXIMA EFETIVIDADE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DE VALORES COLOCADOS EM CONFRONTO

O consequencialismo característico do pragmatismo jurídico requer, em síntese, que as proposições decisórias sejam testadas por meio da antecipação de suas consequências e dos resultados possíveis.

Utilizando esse raciocínio, diante da questão do trabalhador não querer se vacinar, devem ser colocados para testagem dois cenários:

1. É assegurado ao trabalhador o direito de não se vacinar e como há um período de carência até a manifestação da doença da pessoa contaminada, podem os demais trabalhadores vir a dele contrair a covid-19 no ambiente de trabalho, resultando em adoecimentos ou morte;
2. O direito individual de não se vacinar é assegurado ao trabalhador, mas pode o empregador despedi-lo por justa causa, diante do risco acima referido.

Se a opção for pela primeira solução, o empregador poderá responder com o seu patrimônio por não ter preservado o ambiente de trabalho do risco de contração da covid-19 (art. 7º, XXII, CF c/c art. 927, do CC) e os adoecimentos e mortes poderão gerar benefícios previdenciários a cargo do Estado, que poderiam ser evitados.

Se a opção for pela segunda solução, estarão sendo preservados o direito individual fundamental do trabalhador; o direito fundamental à propriedade privada (preservação do patrimônio do empregador); e o direito coletivo à saúde dos demais trabalhadores.

Com base na ponderação de valores colocados em confronto, de um lado os direitos individuais de convicção e de trabalho e, de outro, os direitos de propriedade, o exercício responsável da livre iniciativa e o coletivo à saúde, a segunda opção é a que parece melhor concretizar os objetivos da Constituição, por meio do afastamento do risco propiciado, nas circunstâncias, unicamente pelo exercício do direito individual do trabalhador.

Portanto, como resultado da antecipação de efeitos, a segunda opção é a que, de forma pragmática, resulta em máxima efetividade, mediante o afastamento do risco à saúde da coletividade, ao patrimônio do empregador e à previdência social.

Enfim, trabalhando com esses conceitos frente à realidade, assim como pode o trabalhador, por convicções pessoais exercer o direito fundamental de não querer se vacinar, também pode e deve o empregador, em atenção ao bem estar dos demais empregados, na preservação de um ambiente livre de riscos à saúde, vetar o ingresso no estabelecimento de empregado que não comprove ter se vacinado.

É preciso, no entanto, oportunizar ao trabalhador a possibilidade de repensar e avaliar o risco do seu comportamento, pelo que por meio de adaptação razoável, cabe ao empregador dar-lhe prazo razoável para que com-

prove que se vacinou, sob pena de despedida por justa causa, que isenta o empregador de pagamento de verbas rescisórias ou dano moral pelo fato.

Assim procedendo, estará ao mesmo tempo respeitando o direito individual do trabalhador, mas também agindo em prol do direito à saúde dos demais trabalhadores, e no interesse próprio, se resguardando de ações por responsabilidade civil.

7. CONCLUSÃO

O PL nº 149/2021 é resultado de uma sociedade pluralista, em que os valores e a justiça são apreciados conforme diferentes vertentes. Cabe à sociedade, por meio de seus representantes, imbuídos dos mais nobres propósitos, oferecer propostas normativas para a solução de questões que geram debates, visando pacificá-los. No entanto, está cientificamente comprovado, não obstante a diferença de efeitos das vacinas gratuitamente disponibilizadas, que elas imunizam, ao menos quanto à gravidade da doença e afastamento do risco de morte. Também está cientificamente comprovado que quem contraiu covid-19 gera anticorpos que com o tempo se esvaem, mormente diante de variantes do vírus.

O pragmatismo jurídico, previsto no art. 20, da LINDB, impõe um olhar concreto sobre o problema a ser solucionado, ao voltar o olhar para os impactos da decisão e propiciar a escolha da solução que importar em máxima efetividade.

A vedação de ingresso no estabelecimento patronal de trabalhador que injustificadamente recusa se vacinar, e que decorre do poder diretivo responsável do empregador nas circunstâncias, diante do que dispõem o art. 7º, XXII da CF c/c art. 927, do CC e as normas sanitárias, podem levar à dispensa por justa causa, nos estritos termos do parágrafo único dos artigos 158 e 482 da CLT.

O art. 482, alínea “h” da CLT prevê a dispensa por justa causa por ato de disciplina, no caso, quando caracterizada pela recusa injustificada a comprovar a vacinação completa.

Entre a liberdade individual, com as convicções ideológicas e de crença, e o bem estar da comunidade, prevalecem o direito coletivo dos demais trabalhadores e a responsabilidade patrimonial e social do empregador.

A exigência de apresentação do cartão de vacinação dos empregados não impõe a vacinação forçada, mas restringe o direito dos trabalhadores que se recusam a cumprir as normas sanitárias, dentre elas a da vacinação obrigatória. A obrigatoriedade da vacinação decorre do dever de solidariedade e do próprio pacto social, previstos nos artigos 3º, I e 196 e ss, da CF.

A recusa injustificada importa em justa causa para o rompimento do contrato, sem indenização. Será justificada se houver recomendação médica em sentido contrário e sempre levando em consideração as condições do ambiente de trabalho, neste caso cabendo ao empregador a opção pelo rompimento do contrato sem justa causa.

Ainda que o trabalhador já tenha tido covid-19, isso não o exime de se imunizar, posto que, comprovadamente, a doença pode se reinstalar e contaminar o próximo.

A despedida por justa causa, no entanto, é a última *ratio* e não constitui discriminação. Pelo contrário, é afirmação do direito coletivo, que transcende o individual, e do exercício da livre iniciativa de forma responsável. É, por produzir máxima efetividade, preservando o direito individual de não se vacinar, mas também o do empregador de não querer assumir os riscos de uma atitude que coloca em perigo o seu patrimônio e a saúde dos demais empregados, a melhor solução final, após admoestação com prazo razoável para o trabalhador cumprir a sua obrigação cívica, social e trabalhista.

**IMPACTOS DAS
ALTERAÇÕES
PROPOSTAS NO
PROJETO DE LEI
DO SENADO
Nº 539/2018,
QUE ESTABELECE
REGRAS PARA O
PROCEDIMENTO DE
REGULAMENTAÇÃO
DA SEGURANÇA
E SAÚDE NO
TRABALHO**

Breno Medeiros

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

1. INTRODUÇÃO

É certo que o direito ao meio ambiente de trabalho seguro detém *status* de direito fundamental, inserido na Constituição da República, esta alinhada ao Relatório Brundtland – que, em 1987, colocou o emprego como uma das necessidades básicas do ser humano, bem como tornou o atendimento dessa necessidade um dos principais objetivos das políticas ambientais.

No referido relatório, elaborado por uma comissão constituída de diversos países, incluindo o Brasil, e intitulado “Nosso futuro comum”, encontra-se estampada a precípua finalidade do desenvolvimento: “Satisfazer as necessidades e as aspirações humanas é o principal objetivo do desenvolvimento”¹.

Nele também se expressa o emprego como necessidade essencial do ser humano, intimamente ligado ao conceito de desenvolvimento sustentável². Daí porque não se pode conceber o desenvolvimento sustentável à margem da adoção de medidas de segurança do meio ambiente de trabalho.

O legislador constituinte brasileiro estava atento a tal demanda, fazendo introduzir na Constituição Federal de 1988 importantes disposições sobre a valorização do trabalho humano, e, por conseguinte, o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e hígido:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

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

(...)

XXIII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

1 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. “Nosso Futuro Comum”. 2ª ed., Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1991, p. 46.

2 Op. cit. p. 53

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, **bem como as de saúde do trabalhador;**

(...)

VIII – **colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.**

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

O conceito de meio ambiente de trabalho, no Brasil, foi bem desenvolvido por Celso Fiorillo:

Local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).³

Ao dispor sobre os fundamentos da ordem econômica, o legislador constituinte colocou em pé de igualdade seus dois pilares, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa:

Art. 170. A ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

(...)

VIII – busca do pleno emprego.

3 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”. 21ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2021, p. 32.

Em outras palavras, para a Constituição Federal, uma economia capitalista não se faz sem a equalização das forças entre Capital e Trabalho, traduzindo o viés humanista propugnado pela Sociedade 5.0.

Oportuno invocar sensível trecho do Relatório Brundtland que, embora trate do binômio economia/meio ambiente, bem reflete a necessidade de se promover o equilíbrio entre os interesses, sejam em que âmbito forem:

Muitas vezes, porém, a compatibilidade entre os objetivos ambientais e econômicos fica perdida quando se busca o ganho individual ou de algum grupo, sem dar grande importância ao impacto que isto pode causar aos outros, acreditando-se cegamente que a ciência encontrará soluções e ignorando-se as consequências que poderão ter num futuro distante as decisões tomadas hoje. A inflexibilidade das instituições agrava essa situação⁴.

Dando forma ao desiderato constitucional, o legislador ordinário, por sua vez, reuniu, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), normas imperativas a respeito de saúde e segurança no trabalho, distribuindo as competências entre Estado (criação da norma e fiscalização de seu cumprimento) e iniciativa privada (cumprimento das normas e facilitação da fiscalização):

Art. 157. Cabe às empresas:

- I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

⁴ Op. cit. p. 67-68.

Com a redação dada pela Lei nº 6.514/1977, à luz do sistema constitucional então vigente, o legislador ordinário delegou ao Ministério do Trabalho, na Consolidação das Leis do Trabalho, o estabelecimento de disposições complementares de que trata o Capítulo da Segurança e Medicina do Trabalho, envolvendo, inclusive, construção e execução de instalações diversas, obras complexas – o que não se faz sem um mínimo de planejamento – sem, no entanto, definir critérios para essa regulamentação. É o que se extrai dos incisos contidos no art. 200 da CLT, conforme transcrito a seguir:

Art. 200. Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre:

I – medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos;

II – depósitos, armazenagem e manuseio de combustíveis, inflamáveis e explosivos, bem como trânsito e permanência nas áreas respectivas;

III – trabalho em escavações, túneis, galerias, minas e pedreiras, sobretudo quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases, etc. e facilidades de rápida saída dos empregados;

IV – proteção contra incêndio em geral e as medidas preventivas adequadas, com exigências ao especial revestimento de portas e paredes, construção de paredes contra fogo, diques e outros anteparos, assim como garantia geral de fácil circulação, corredores de acesso e saídas amplas e protegidas, com suficiente sinalização;

V – proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos, sobretudo no trabalho a céu aberto, com provisão, quanto a este, de água potável, alojamento e profilaxia de endemias;

VI – proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias;

VII – higiene nos locais de trabalho, com discriminação das exigências, instalações sanitárias, com separação de sexos, chuveiros, lavatórios, vestiários

e armários individuais, refeitórios ou condições de conforto por ocasião das refeições, fornecimento de água potável, condições de limpeza dos locais de trabalho e modo de sua execução, tratamento de resíduos industriais;

VIII – emprego das cores nos locais de trabalho, inclusive nas sinalizações de perigo.

Parágrafo único – Tratando-se de radiações ionizantes e explosivos, as normas a que se referem este artigo serão expedidas de acordo com as resoluções a respeito adotadas pelo órgão técnico.

Trata-se das Normas Regulamentadoras, bem conceituadas por Bruna Zanandréa Nesello:

As Normas Regulamentadoras (NR) são disposições complementares à legislação trabalhista que consistem em obrigações, direitos e deveres a serem cumpridos tanto por empregadores como trabalhadores, visando garantir um trabalho seguro e sadio, prevenindo a ocorrência de doenças e acidentes de trabalho.⁵

Da dicção do já referido art. 200 da CLT, em seus incisos, extrai-se que tal delegação normativa se limita aos aspectos técnicos da segurança do trabalho, não abarcando direitos outros. Esse detalhe é central para a compreensão da importância do projeto de lei de que ora se cuida.

A título de exemplo, a NR-15 estabelece intervalo para recuperação térmica quando a exposição ao calor se revela acima dos limites de tolerância também nela previstos, condição esta que já enseja o pagamento de adicional de insalubridade. Referida NR estabeleceu, ainda, que “os períodos de descanso serão considerados tempo de serviço para os efeitos legais”.

Uma vez que a definição da natureza jurídica do intervalo para recuperação térmica não constou do art. 253 da CLT, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, no enfrentamento dessa questão, acaba por reconhecer ao trabalhador que não usufrui do mencionado intervalo o direito às horas extras, numa interpretação sistemática do art. 253 da CLT c/c o art. 71, § 4º, da CLT, para atender ao disposto na NR em questão, conforme ilustra o seguinte julgado daquela Corte:

5 NESELLO, Bruna Zanandréa. “A indústria 4.0 e a modernização das relações de trabalho”. Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 36, n. 426, p. 87-104, jun. 2019.

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA. EXPOSIÇÃO AO CALOR ACIMA DOS LIMITES DE TOLERÂNCIA. ANEXO 3 DA NR-15. Cinge-se a controvérsia ao direito ao pagamento de horas extras decorrentes da supressão do intervalo para recuperação térmica estabelecido no Anexo 3 da NR-15 para o caso de exposição ao calor acima dos limites de tolerância. A concessão do intervalo para recuperação térmica estabelecido na referida norma regulamentadora constitui medida que visa assegurar a higiene, a saúde e a segurança do trabalhador, a qual não se confunde com o direito ao adicional de insalubridade. Por conseguinte, a supressão do referido intervalo enseja o respectivo pagamento como horas extras, conforme exegese aplicada em relação aos intervalos dos artigos 71, § 4º, e 253 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (RRAg-24281-48.2016.5.24.0072, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 03/11/2021).

A meu ver, a definição da natureza jurídica do intervalo para recuperação térmica não está no âmbito da competência do Ministério do Trabalho, considerados os limites definidos nos incisos do art. 200 da CLT, afetos a aspectos técnicos. Esse é um ponto importante.

Em 1978, o Ministério do Trabalho expediu a Portaria nº 3.214/1978 – atendendo ao comando do art. 200 da CLT – pela qual aprovou as Normas Regulamentadoras relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

Desde sua aprovação, as referidas NRs, como são conhecidas, sofrem constantes alterações e revisões para se acomodarem à evolução do conhecimento científico. E assim deve ser.

Contudo, dada a natureza das disposições contidas no referido dispositivo consolidado – de cunho eminentemente técnico – além das minudências delas, abrangendo limites de segurança para pesos, alturas, medidas, distâncias, ruídos e temperatura, etc., além do modo de execução de estruturas diversas, tem-se que tais normas não deveriam ser expedidas à margem da fundamentação em sólidos estudos científicos e estatísticos, para dizer o mínimo, porquanto, a par de serem necessariamente efetivas para a sua função de preservação da segurança do meio ambiente do trabalho – o que nem sempre resta comprovado – geram custos não calculados para as empresas, muitas vezes desproporcionais à atividade econômica exercida. Tal nebulosidade é fonte de indesejável insegurança jurídica.

Nesse contexto, é comum que modificações constantes das NRs não levem em conta a evolução dos custos da empresa, com reflexos em outros direitos que vão além do adicional de insalubridade ou periculosidade. No caso exemplificado alhures, uma vez determinado o pagamento das horas extras, o empregado fará jus, ainda, aos seus reflexos nas demais parcelas de natureza salarial, por consectário legal.

Importa mencionar, a título ilustrativo, a recente revisão de quatro Normas Regulamentadoras a uma só vez, recentemente noticiada pelo Ministério do Trabalho, a saber: NR 5 (estabelecendo parâmetros e requisitos da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes/ CIPA), NR 17 (prevendo duas etapas de avaliação da Análise Ergonômica do Trabalho/ AET: uma preliminar e outra de aprofundamento), NR 19 (reenquadramento de substâncias inflamáveis e alinhamento com o normativo do Comando Logístico do Exército, atualizado em 2019, a respeito de monitoramento eletrônico permanente das áreas de fabricação de explosivos) e NR 30 (gestão de riscos no trabalho aquaviário)⁶. São alterações substanciais, algumas delas dependendo de ações preparatórias para o seu integral cumprimento pelas empresas.

Se, de acordo com o art. 170 da Constituição da República, a ordem econômica se assenta em dois pilares, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tem-se que um não deve excluir ou ignorar o outro, sob pena de comprometimento da higidez dessa estrutura.

Assim, constitucionalmente, a ordem econômica deve favorecer e proteger o trabalho humano, visto que tudo que é de valor há de ser zelado. Todavia, não se pode descuidar da livre iniciativa, a qual corresponde ao outro fundamento da ordem constitucional econômica.

Daí a importância do Projeto de Lei nº 539, de 2018, apresentado pelo Senador Cássio Cunha Lima, o qual visa inserir, na Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 200-A, estabelecendo regras para o procedimento de regulamentação da segurança e saúde no trabalho, suprindo, portanto, a lacuna legislativa.

Aliás, referida lacuna não se justifica, tendo em vista que, segundo Vilma Dias Bernardes, o Brasil, no que tange às normas de medicina e segurança do trabalho, atua na linha de frente, seja do ponto de vista jurídico ou tecnológico, senão vejamos:

⁶ Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2021/10/governo-federal-atualiza-normas-de-seguranca-do-trabalho>, acesso em 8/11/2021.

A partir das normas constitucionais e legais descritas, verifica-se que o Brasil, no campo legal da saúde e segurança no meio ambiente do trabalho, coloca-se como país de ponta, servindo, inclusive, como modelo para outros países.

Mas esse destaque não se dá somente no campo legal. Pelo enfoque das inovações tecnológicas observa-se, igualmente, a ênfase que tem sido colocada na questão da saúde e segurança do trabalhador: a cada dia, novos e melhores produtos, especialmente na área dos equipamentos de proteção individual, os chamados EPIs, têm sido ofertados ao mercado na mesma velocidade em que se estabelecem novos métodos e processos de produção⁷.

No campo legal, também, a Lei nº 8.080/1990 fixou a saúde como medida de organização social e econômica, ao dispor:

Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.⁸

Portanto, temos normas que amparam o trabalhador. Todavia, o desafio é que as normas regulamentadoras estabeleçam, a um só tempo, maior eficácia para a proteção do trabalhador e **menor custo para a empresa**, exigindo que se assentem, comprovadamente, em dados científicos e estatísticos para conferir segurança a ambas as partes e efetividade às normas em comento.

Faz-se coro, novamente, com a lição de Vilma Dias Bernardes:

...é necessário que tais normas sejam absolutamente fiéis aos ambientes que pretendem regular. Não é por outra razão que sua elaboração depende da consulta pública, especialmente daqueles que operam determinados setores, pois sabem, melhor do que ninguém, quais as demandas respectivas para afastar acidentes e doenças⁹.

7 GIL, Vilma Dias Bernardes. “Fiscalização: efetividade e eficácia no meio ambiente de trabalho”. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, nº 23, p. 86, 2020.

8 Redação dada pela Lei nº 12.864/2013.

9 GIL, Vilma Dias Bernardes. Op. cit. p. 90.

2. TEXTO ORIGINAL PROPOSTO

Eis a proposta original do texto contido no Projeto de Lei nº 539/2018, de autoria do Senador Cássio Cunha Lima:

Art. 200-A. As disposições complementares a que se refere o artigo anterior devem sempre, em sua criação, atualização e revisão:

I – avaliar seu impacto e a distribuição de seus efeitos sob aspectos sociais, ambientais e econômicos, mediante apresentação, ao menos, de estudos de impacto socioeconômicos, de riscos e de acidentalidade relacionados;

II – garantir que as obrigações impostas sejam proporcionais, razoáveis, exequíveis e que equilibrem os objetivos quanto à segurança e saúde no trabalho e as exigências no cumprimento das regras;

III – assegurar que obrigações que tenham impacto econômico sejam implementadas de forma gradual e com previsão de políticas de incentivo;

IV – assegurar que novas normas somente se apliquem a partir de sua vigência.

V – garantir a possibilidade de utilização de soluções não previstas nos textos das normas, desde que a proteção dos trabalhadores seja observada;

VI – conceber normas de forma estruturada de maneira a garantir que os textos sejam escritos com clareza, lógica, coerência, inclusive com outras normas, e objetividade, em linguagem acessível para a sua melhor compreensão e aplicabilidade.

3. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO TEXTO DO PROJETO

Considerando a explanação exposta anteriormente, propõem-se pequenos ajustes no texto do projeto, nos seguintes termos, conforme destaques:

Art. 200-A. As disposições complementares a que se refere o artigo anterior devem sempre, em sua criação, atualização e revisão:

I – avaliar seu impacto e a distribuição de seus efeitos sob aspectos sociais, ambientais e econômicos, mediante apresentação, ao menos, de estudos de impacto socioeconômicos, de riscos e de acidentalidade relacionados, **fundados em dados científicos e estatísticos**;

II – garantir que as obrigações impostas sejam proporcionais, razoáveis, exequíveis e que equilibrem os objetivos quanto à segurança e saúde no trabalho e as exigências no cumprimento das regras;

III – assegurar que obrigações que tenham impacto econômico sejam implementadas de forma gradual e, **preferencialmente**, com previsão de políticas de incentivo;

IV – assegurar que novas normas somente se apliquem a partir de sua vigência, **inclusive quanto à modificação do meio ambiente laboral, observados os incisos anteriores.**

V – **suprimir;**

VI – **suprimir.**

4. COMENTÁRIOS À REDAÇÃO SUGERIDA

1 – Quanto ao inciso I: “avaliar seu impacto e a distribuição de seus efeitos sob aspectos sociais, ambientais e econômicos, mediante apresentação, ao menos, de estudos de impacto socioeconômicos, de riscos e de acidentalidade relacionados, **fundados em dados científicos e estatísticos**”.

A fundamentação da norma regulamentadora em dados científicos e estatísticos, seja em sua criação, atualização ou revisão, imprime maior certeza técnica quanto à necessidade e à efetividade daquilo que se estabelece na norma, devido ao seu impacto nos custos para o empregador.

Há que se considerar, na elaboração da norma, a complexidade do trabalho humano, conforme ensina Norma Sueli Padilha:

Qualquer análise do universo do trabalho humano na atualidade deve considerar a amplitude das inter-relações e correlações em que se inserem as dimensões multifacetadas do trabalho e as diversificadas influências que o afetam, principalmente na direta relação entre trabalho, meio ambiente, saúde e tecnologia. Todas essas afetações ao universo do trabalho devem ser consideradas diante do atual momento histórico tão pleno de rupturas de paradigmas e de mudanças de padrões de desenvolvimento socioeconômico e político-institucional, que exigem a adequação de modelos jurídicos tradicionais para a assimilação de uma visão mais integradora e sistemática do sistema jurídico laboral, que adote a ampliação do conceito de trabalho, integrando-o com a saúde e o meio ambiente, fatores que não se dissociam, mas se completam e interagem, e não mais podem ser garantidos juridicamente de forma fragmentada.¹⁰

2 – Quanto ao inciso II: “garantir que as obrigações impostas sejam proporcionais, razoáveis, exequíveis e que equilibrem os objetivos quanto à segurança e saúde no trabalho e as exigências no cumprimento das regras”.

10 PADILHA, Norma Sueli. “Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, nº 4, p. 173-182, out./dez. 2013.

Referido inciso, tal como redigido, constitui o cerne da proposta, uma vez que a finalidade do projeto de lei é equalizar a necessidade de melhorias nas condições de trabalho com a higidez financeira da empresa, não para dispensá-la de seu cumprimento, mas para tornar efetiva e exequível a obrigação estabelecida na lei. O texto deve ser preservado, porque impõe a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade nas peculiaridades do caso concreto.

E seu desiderato será corroborado pelos estudos estatísticos e científicos inseridos no inciso I.

3 – No que tange ao inciso III: “assegurar que obrigações que tenham impacto econômico sejam implementadas de forma gradual e, **preferencialmente**, com previsão de políticas de incentivo”. A inserção do termo “preferencialmente” no que tange à previsão de políticas de incentivo impede o engessamento normativo decorrente de eventual impossibilidade de o Poder Público fazer frente ao comando, considerando-se, também, as suas contingências administrativas e seus limites legais, evitando-se, com isso, que se erija eventual ausência de políticas de incentivo como obstáculo ao cumprimento da norma imperativa.

Ademais, o Ministério do Trabalho e Previdência noticia a existência de política de incentivo desde 2010, denominada de Fator Acidentário de Prevenção, que impacta diretamente a alíquota de contribuição em relação ao desempenho das empresas na gestão em segurança e saúde no trabalho:

Com o objetivo de incentivar as empresas a melhorar sua gestão em segurança e saúde no trabalho, a Secretaria de Previdência instituiu, em 2010, o Fator Acidentário de Prevenção (FAP). Pela metodologia, a alíquota de contribuição de 1, 2 ou 3%, destinada ao financiamento dos benefícios de natureza acidentária, poderá ser reduzida, em até 50%, ou aumentada, em até 100%. O cálculo é feito de acordo com o desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, com base nos índices de frequência, gravidade e custo dos benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho ou dos eventos acidentários que acarretem óbito do segurado.¹¹

11 Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/trabalho/2021/setembro/incidencia-e-letalidade-dos-acidentes-do-trabalho-apresentam-queda-nos-ultimos-anos>, acesso em 8/11/2021.

Ainda segundo o Ministério do Trabalho e Previdência:

Pela metodologia do FAP, as empresas que registrarem maior número de acidentes ou doenças ocupacionais, pagam mais. Por outro lado, o FAP aumenta a bonificação das empresas que registram acidentalidade menor. No caso de nenhum evento de acidente de trabalho, a empresa é bonificada com a redução de 50% da alíquota.¹²

4 – Acerca do inciso IV: “assegurar que novas normas somente se apliquem a partir de sua vigência, inclusive quanto à modificação do meio ambiente laboral, observados os incisos anteriores”.

Sugere-se a supressão do vocábulo “somente”, tendo em vista o disposto no art. 6º da LINDB: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Com efeito, a aplicação imediata da lei nova aos processos em curso se dá no campo do Direito Processual, observando-se a regra de direito intertemporal segundo a qual *tempus regit actum*. O direito material decorrente da norma antiga, portanto, tem como termo final o dia anterior à vigência da lei nova. Logo, o vocábulo “somente” é desnecessário, considerando que a lei não deve conter palavras inúteis.

Por outro lado, importa esclarecer, na letra da lei, o seu alcance. *In casu*, para não abrir margens a interpretações extensivas, bem como para potencializar a compreensão da *mens legis* impressa nos incisos II e III quanto à implementação das obrigações impostas pela norma regulamentadora criada, alterada ou revisada pelo Ministério do Trabalho, necessário constar que, não obstante vigente a lei nova, esta deverá ser aplicada de forma gradual, proporcionalmente às modificações impostas que abarquem, inclusive, o meio ambiente laboral. Isso porque é comum que muitas alterações impliquem planejamento, engenharia, construção, fiscalização do Poder Público, etc. A lei proposta visa, repita-se, coibir abusos, arbitrariedades, evitar incertezas e produzir segurança jurídica.

5 – Quanto ao inciso V: “garantir a possibilidade de utilização de soluções não previstas nos textos das normas, desde que a proteção dos trabalhadores seja observada”.

12 Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/saude-e-seguranca-do-trabalhador/fap/fator-acidentario-de-prevencao-fap>, acesso em 8/11/2021.

Sugere-se a supressão do referido comando, pois se trata de cláusula aberta, capaz de gerar insegurança jurídica, permitindo que cada um aja de acordo com seu próprio entendimento e criando discricionariedade tanto para o Auditor Fiscal quanto para a empresa, o que não deve ocorrer nessa hipótese.

Não se pode perder de vista a competência do auditor fiscal do trabalho tanto para a autuação em si, quanto para o enquadramento jurídico dos fatos, conforme a mansa e pacífica jurisprudência da Subseção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE EMBARGOS. REGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DO AUDITOR-FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. 1. Esta Subseção, em sua composição plena, nos autos do Processo nº E-RR-28500-48.2006.5.14.0003 (Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, publicado no DeJT em 13/05/2016), firmou entendimento no sentido de que a fiscalização do descumprimento das normas trabalhistas, inclusive quanto ao reconhecimento de vínculo de emprego, insere-se na esfera de competência de auditor fiscal do trabalho, devendo proceder, ainda, à respectiva autuação do empregador. 2. Nesse contexto, os embargos se afiguram incabíveis, nos termos do art. 894, § 2º, da CLT, considerada a redação dada pela Lei nº 13.015/2014. Recurso de embargos de que não se conhece” (E-RR-710-36.2016.5.10.0008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 29/01/2021).

Com efeito, o empregador responde civilmente pelos danos decorrentes de acidentes de trabalho, por força dos artigos 7º, XXVIII, da Constituição da República, 186 e 927 do Código Civil, na esteira do seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE SEGURANÇA. CABIMENTO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em razão do descumprimento das normas de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores. A despeito da parcela de culpa do obreiro

vitimado no acidente descrito nestes autos, e, mesmo tendo a reclamada adequado suas atividades às normas trabalhistas após a ocorrência do incidente, certo é que há registro constante no acórdão regional acerca da prática ilícita de descumprimento de normas de segurança do trabalho. Nestes casos, este Tribunal Superior tem entendido ser cabível a condenação patronal ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. Precedentes. Desse modo, evidenciado o descumprimento de normas atinentes à segurança do trabalho, reputa-se caracterizada a conduta transgressora por parte da empresa, transcendendo a esfera individual de interesses dos trabalhadores, atingindo toda a coletividade dos integrantes dos quadros da empresa, gerando o dever de indenizar, nos termos das disposições dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido (RR-1118-63.2016.5.09.0684, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 26/03/2021).

Destarte, não é prudente manter um texto de tal amplitude hermenêutica, considerando que as normas de segurança e saúde são cogentes e de ordem pública, sendo certo que a prevenção de acidentes gera custos infinitamente menores que aqueles gerados com indenizações, individuais e coletivas, pelos danos morais, materiais e estéticos, decorrentes de acidente de trabalho.

Oportuno trazer dados do Ministério do Trabalho e Previdência sobre o número de acidentes de trabalho no Brasil. Em 2017, foram registrados 557.626 acidentes. Em 2018, esse número subiu para 586.017. Em 2019, reduziu para 582.507. Em média, portanto, meio milhão de pessoas sofrem acidentes de trabalho anualmente¹³. Deve-se atentar para o fato de que referidos dados apenas contemplam os trabalhadores formalmente contratados, não representando, assim, o universo das ocorrências¹⁴.

Cálculos realizados pelo economista e consultor em relações do trabalho e recursos humanos José Pastore¹⁵ dão conta de que as empresas contribuem com

13 Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/trabalho/2021/setembro/incidencia-e-letalidade-dos-acidentes-do-trabalho-apresentam-queda-nos-ultimos-anos>, acesso em 8/11/2021.

14 Disponível em <https://protecao.com.br/estatisticas/previdencia-social-divulga-as-ultimas-estatisticas-de-acidentes-de-trabalho-no-pais/>, acesso em 8/11/2021.

15 Pesquisador da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), da Universidade de São Paulo (USP).

R\$ 8 bilhões por ano a título de seguro de acidente de trabalho, não estando incluído nesse valor as despesas com salário dos primeiros 15 dias de afastamento e custos com interrupção do trabalho, treinamento de empregado substituto, conserto de avarias em maquinários, atrasos, multas e indenizações¹⁶. O Erário, por sua vez, apenas em 2009, enfrentou despesas que alcançaram a impressionante cifra de R\$ 14 bilhões com o pagamento dos benefícios correspondentes, segundo o mesmo pesquisador¹⁷.

Ou seja, normas de conteúdo aberto geram insegurança jurídica, além de que, ao deixarem ao bel prazer a escolha de cumprimento alternativo, geram um ambiente inseguro de trabalho por desconhecimento do empregador de todos os riscos envolvidos.

6 – Por fim, acerca do inciso VI: “conceber normas de forma estruturada de maneira a garantir que os textos sejam escritos com clareza, lógica, coerência, inclusive com outras normas, e objetividade, em linguagem acessível para a sua melhor compreensão e aplicabilidade”.

Urge suprimir, da mesma forma, a integralidade deste inciso, porquanto a Lei Complementar nº 95/1998 já dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme foi determinado pelo parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Louvando a iniciativa do Senado Federal em promover segurança jurídica em tão importante questão, concluo que a fixação de critérios para expedição de normas regulamentadoras pelo Ministério do Trabalho e Previdência é medida de urgência, visto que o Brasil, figurando como um dos expoentes em matéria legislativa na área de medicina e segurança do trabalho e possuindo um mercado ativo e pulsante na produção de equipamentos de proteção individual (EPI), deve zelar por manter o padrão exemplar que vem projetando para o mundo nesses aspectos.

Por outro lado, sabendo-se que o princípio da proteção ao trabalhador inspira todas as normas do sistema trabalhista brasileiro, importa refletirmos com

16 Disponível em <https://trt-12.jusbrasil.com.br/noticias/2915551/pais-gasta-r-100-bi-com-acidentes-de-trabalho>, acesso em 8/11/2021.

17 Disponível em https://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_320.htm, acesso em 8/11/2021.

mais vagar em suas bases, promovendo o contínuo e crescente desenvolvimento de condições dignas de trabalho através de normas eficazes e justas, atentas aos custos, na sua implementação necessária, pois inseridos no contexto da livre iniciativa, pilar constitucional da ordem econômica nacional, nos termos do art. 170 da Constituição da República.

Todos temos a ganhar com tal iniciativa: evitar-se-á que as empresas sejam surpreendidas com inovações normativas que imprimam custos exacerbados ou desnecessários com a sua implementação e cumprimento, garantir-se-á a sustentabilidade do meio ambiente de trabalho e reverter-se-ão os frutos dessa unidade para toda a sociedade, presente e futura.

A meu ver, estamos diante de uma oportunidade de concretização do art. 170 da Constituição da República, em toda a sua plenitude, o qual, em si mesmo, constitui o alinhamento do País com as recomendações contidas no Relatório Brundtland.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DE INSTITUIÇÕES FINANCIADORAS DE ATIVIDADES POTENCIALMENTE POLUIDORAS

Ministro Humberto Martins

Presidente do Superior Tribunal de Justiça

1. INTRODUÇÃO: A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A proteção do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos são elementos que constituem parte estruturante da sociedade e meta de trabalho do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo por meio de ações concretas relacionadas a políticas de sustentabilidade, alinhadas aos indicadores dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)¹.

Nesse passo, a importância da água e do saneamento, materializada no 6º item dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, o qual pretende assegurar o acesso à água e ao saneamento de forma igualitária para todos, independentemente de condição social, econômica e cultural, não se mostrará viável sem que o ambiente em que estamos inseridos seja preservado².

A sustentabilidade e o próprio desenvolvimento humano digno são indissociáveis de todas as questões ambientais. Essas, por sua vez, clamam por proteção e intervenção da sociedade e do Estado, até porque os recursos naturais são finitos e degradáveis e, assim, não há como ignorar que a sustentabilidade é uma necessidade para a sobrevivência da própria espécie humana.

Essa preocupação ambiental há muito passou a incorporar, no Direito Constitucional, as previsões protetivas em prol do meio ambiente. Como destacado pelo Ministro Herman Benjamin, em texto sobre o tema, a degradação ambiental começa a ser percebida como um problema efetivo e tangível, logo as previsões protetivas precisam ser incorporadas ao Direito:

O que causou essa intrigante, não obstante obscura, mudança de estrutura constitucional? Errará quem apostar em uma inovação de moda, por isso efêmera, destituída de bases objetivas e alheia a necessidades humanas latentes e prementes, que usualmente antecedem o desenho da norma. Dificilmente, na experiência comparada, encontram-se instâncias em que transformações constitucionais de fundo sucedem por simples acidente de percurso ou capricho do destino. Aqui, sucede o mesmo, pois é a crise ambiental, acirrada após a Segunda Guerra, que libertará forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos

1 <http://www.agenda2030.com.br/ods/6/>.

2 Metas do objetivo 6: 6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo à água potável e segura para todos. 6.2 Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade.

1970 e seguintes. Crise ambiental essa que ninguém mais disputa sua atualidade e gravidade. Crise que é multifacetária e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza: contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos, bem como perda crescente da biodiversidade planetária. Já não são ameaças que possam ser enfrentadas exclusivamente pelas autoridades públicas (a fórmula do nós-contra-o-Estado), ou mesmo por iniciativas individuais isoladas, pois vítimas são e serão todos os membros da comunidade, afetados indistintamente, os de hoje e os de amanhã, isto é, as gerações futuras. São riscos que à insegurança política, jurídica e social acrescentam a insegurança ambiental, patologia daquilo que o legislador brasileiro, com certa dose de imprecisão, chama de meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por vezes, de qualidade ambiental.³

Dentro dessa narrativa, afinal, quem possui interesse na proteção ambiental? Em princípio, todas as pessoas potencialmente fruirão benefícios de um meio ambiente saudável. Dessa forma, a titularidade desse bem é mais ampla do que um coletivo de pessoas, pois pode incluir até as gerações futuras.

Assim, a proteção ao meio ambiente interessa a todas as pessoas e não pode ser restringida a um grupo apenas, como bem anota Geisa de Assis Rodrigues:

Esse direito fundamental, social e difuso pertence a todos, na bela expressão compreensiva da Constituição Federal, inclusive às futuras gerações e aos demais seres vivos. Assim, todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, gozam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em nosso País. O direito ao meio ambiente já nasceu rompendo com o paradigma de que direitos são atribuíveis a quem já nasceu ou tem potencial para tanto. (...). Reconhecer que devemos promover a equidade intergeracional é um enorme desafio, pois pressupõe a prevalência da lógica de longo prazo sobre a satisfação dos nossos interesses mais imediatistas, ou seja, a prevalência da absoluta fidelidade e solidariedade à humanidade.⁴

3 BENJAMIN, Antonio Herman. “Direito Constitucional Ambiental brasileiro”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

4 RODRIGUES, Geise de Assim. “Comentário ao artigo 225”. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge (org.); AGRA, Walber de Moura (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.348.

Meio ambiente, acesso universal à água potável e saneamento básico são pilares essenciais, premissas de uma vida saudável e digna, razão pela qual se faz evidente sua proteção.

Nesse contexto, surge a questão da responsabilidade civil dos agentes econômicos pelos danos ambientais decorrentes do exercício de suas atividades. Esse tema já vem sendo analisado há tempos pelos tribunais brasileiros, havendo regulação definida na legislação de regência.

A Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), fixou regime jurídico de responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental. Nesse sentido, o agente poluidor, conforme § 1º do art. 14, é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa e sem prejuízo da aplicação de penalidades cabíveis.

Entretanto, um tema decorrente da responsabilidade civil passou a ser, mais recentemente, tema de preocupação relevante: a responsabilidade civil dos investidores ou financiadores da atividade poluidora.

A questão é central para determinar o fluxo de investimento nas atividades econômicas no Brasil. Cumpre ao legislador e ao Poder Judiciário fixar as diretrizes claras e adequadas para orientar a atividade econômica no País, colocando nossa economia nos trilhos do crescimento sustentável e responsável do ponto de vista da tutela ambiental.

2. JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUANTO À RESPONSABILIDADE DO FINANCIADOR DE ATIVIDADES POLUIDORAS

Na esteira da previsão legal, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o poluidor indireto, ou aquele que financiou a atividade causadora dos danos ambientais, também passaria a ser considerado responsável objetivamente pela reparação dos danos.

Nesse sentido, confira-se decisão paradigmática relatada pelo Ministro Herman Benjamin no REsp n. 1.071.741-SP:

Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro, a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus

da prova em favor da vítima ambiental. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental [...], equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem.

Entretanto, o rigor do entendimento jurisprudencial, decorrente da regulação legal em vigor, pode representar um estímulo negativo para o investimento, causando incerteza naqueles que estariam dispostos a financiar o desenvolvimento do Brasil.

É certo que o meio ambiente deve ser tutelado, mas também é fora de dúvidas que o desenvolvimento sustentável deve ser estimulado, combinando-se proteção ao meio ambiente saudável com estímulos adequados aos investimentos necessários ao desenvolvimento econômico e social da nação brasileira.

Nesse sentido, a própria Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) editou o Normativo SARB nº 14, aprovado em 28 de agosto de 2014, que institui o “Normativo de criação e implementação de política de responsabilidade socioambiental”, que formaliza diretrizes e procedimentos fundamentais para as práticas socioambientais dos seus signatários nos negócios e na relação com as partes interessadas. O objetivo desse normativo da Febraban é formalizar diretrizes e procedimentos fundamentais para a incorporação de práticas de avaliação e gestão de riscos socioambientais nos negócios e na relação com as partes interessadas.

Nota-se a preocupação da Febraban em compatibilizar a segurança necessária ao investimento com a tutela do meio ambiente, à luz da legislação e jurisprudência que reconhecem a possibilidade de condenação do investidor, como poluidor indireto, de maneira objetiva e solidária. Coloca-se em destaque a importância da governança voltada à tutela socioambiental, bem como a avaliação e gestão de riscos socioambientais como pressupostos do investimento na atividade econômica potencialmente poluidora.

3. O PROJETO DE LEI Nº 702/2021

O PL nº 702/2021 altera a Lei nº 6.938/1981, acrescentando-lhe o art. 14-A, que dispõe, basicamente, que não se consideram poluidoras as instituições de crédito supervisionadas pelo Banco Central do Brasil que comprovem ter cumprido plenamente seu dever de diligência ambiental em relação aos projetos, obras, empreendimentos e atividades que financiem ou fomentem.

Neste sentido dispõe o projeto de lei:

Art. 2º. A Lei nº 6.938, de 21 de agosto de 1981, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 14-A: “Art. 14-A. Para os fins do disposto do § 1º do art. 14 desta Lei, não se consideram poluidoras as instituições de crédito supervisionadas pelo Banco Central do Brasil ou as entidades governamentais de fomento que comprovem ter cumprido plenamente seu dever de diligência ambiental em relação aos projetos, obras, empreendimentos e atividades que financiem ou fomentem. § 1º O pleno cumprimento do dever de diligência ambiental de que trata o *caput* deste artigo deverá envolver: I – previamente à concessão do financiamento ou da assistência financeira, ao menos: a) análise formal da conformidade da obra, empreendimento ou atividade às normas ambientais aplicáveis, por meio da verificação de todas as licenças, autorizações, certidões e demais atos administrativos dos órgãos competentes que, conforme o caso, sejam exigidos por lei ou regulamento; b) análise formal que ateste ciência de possíveis riscos ambientais adicionais em virtude de processos judiciais, inquéritos civis, ações civis públicas e termos de ajuste de conduta em matéria ambiental que, conforme o caso, envolvam a obra, empreendimento ou atividade; c) avaliação formal da necessidade de termos contratuais adicionais, garantias ou medidas de controle e acompanhamento a serem adotados pela instituição financeira ou de fomento com vistas à mitigação e prevenção de danos, em razão de riscos ambientais identificados, do porte do empreendimento, obra ou atividade ou do volume de recursos financeiros envolvidos; e d) demonstração do pleno cumprimento de normas e manuais internos e de compromissos voluntários assumidos, no que se refere a critérios e procedimentos para o gerenciamento de riscos ambientais das atividades, obras ou projetos financiados ou fomentados. II – após à concessão da primeira parcela financeira e enquanto for vigente o contrato com a instituição financeira, ao menos: a) monitoramento periódico formal da conformidade da atividade, por meio da contínua verificação relatórios, certidões, licenças, autorizações e demais atos administrativos dos órgãos competentes, além de documentos produzidos por auditorias independentes, procedendo à comunicação de inconformidades detectadas aos órgãos e entidades responsáveis, à aplicação das sanções contratuais cabíveis; ou b) monitoramento periódico dos processos judiciais, inquéritos civis, ações civis públicas e termos de ajuste de conduta em matéria ambiental que, conforme o caso, envolvam a obra, empreendimento ou atividade, proce-

dendo, conforme o caso, à aplicação das sanções e demais termos contratuais cabíveis; e c) execução de medidas de acompanhamento e controle previstas para a obra, atividade ou empreendimento e daquelas presentes nas normas e manuais internos e nos compromissos voluntários assumidos, no que se refere a critérios e procedimentos para o gerenciamento de riscos ambientais das atividades, obras ou projetos financiados ou fomentados. § 3º O não cumprimento do dever de diligência de que tratam os §§1º e 2º deste artigo ou a adoção de ato de gestão que tenha implicado participação no processo decisório da atividade, obra ou empreendimento sujeita as instituições de crédito supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e as entidades governamentais de fomento à responsabilização solidária pela reparação do dano ambiental para o qual tenham contribuído. (NR)

Trata-se de aprimoramento legislativo que tem o mérito de adequar a regulação legal da proteção ao meio ambiente aos corretos estímulos ao investimento responsável e ao desenvolvimento sustentável da economia brasileira.

Nota-se que o projeto de lei leva em consideração a regulação administrativa que já havia sido implementada pela Febraban, mas tem o condão de trazer mais segurança jurídica ao investimento, na medida em que tais critérios, embora já conhecidos do mercado, passariam a ter força de lei.

Conforme consta da exposição de motivos do projeto de lei:

Assim, mais efetivo do que esse impossível detalhamento, o texto legislativo deve definir os contornos gerais das condições que a instituição financeira deve observar e cumprir para que haja com diligência ambiental: • cumprindo as obrigações impostas por regulamento do Conselho Monetário Nacional em suas atividades e operações, observados os princípios da relevância e da proporcionalidade; • exigindo do financiado os documentos que comprovem a regularidade ambiental da atividade ou empreendimento; • exigindo os documentos comprobatórios da regularidade ambiental do financiado, os quais são definidos por regulamento do órgão de regulação setorial do financiado, a depender da operação ou atividade e observados os princípios da proporcionalidade e relevância.

Referente à responsabilização solidária das instituições financeiras, é importante que ela seja limitada de forma proporcional com a sua contribuição para o dano ambiental causado pelo financiado. Isso porque, corroboramos com a

justificativa deste projeto de lei no sentido de que ‘sujeitar a instituição financiadora à responsabilização solidária por dano ambiental independentemente da existência de culpa’, vislumbra-se, ao menos, os seguintes efeitos: • elevação significativa dos riscos financeiros da instituição credora que, diante da ausência de incentivos diretos pela adoção de medidas de diligência ambiental, tenderá a mitigá-los com medidas econômicas e financeiras, como encarecimento de taxas de juros e dificuldades de acesso ao crédito, o que eleva os custos do financiamento para o tomador, prejudica o desenvolvimento das atividades econômicas e não contribui para a internalização de processos eficazes de diligência ambiental pelas instituições financeiras, confirmando que ‘se o risco assumido for independente do grau de cautela adotado, passa a não ser compensador incorporar os custos de ser diligente’; • desestímulo aos empreendedores e responsáveis diretos por projetos e atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais a tomarem medidas eficazes de diligência, prevenção e precaução ambiental, haja vista que o posicionamento da instituição financeira como responsável solidária pela totalidade do dano traz possibilidade de acesso a maior volume de capital líquido, para eventual ressarcimento ambiental. Em outras palavras, a instituição financeira passa a funcionar como seguro grátis em caso de dano ambiental”.

4. CONCLUSÃO

Em suma, a definição de critérios legais claros para o estabelecimento da responsabilidade civil do investidor em atividades potencialmente poluidoras tem o mérito de, a um só tempo, induzir maior responsabilidade socioambiental de empresas e de investidores, bem como garantir o desenvolvimento econômico-sustentável do Brasil, sinalizando aos agentes econômicos, de forma clara, o que é permitido e desejável no exercício da atividade econômica, com respeito ao meio ambiente equilibrado e saudável.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

João Otávio de Noronha

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A *desconsideração da personalidade jurídica objetiva* suspender a eficácia da *constituição social* para impedir que sócios isentem-se da responsabilização pelos atos ilícitos que eventualmente pratiquem, utilizando a sociedade como anteparo. A criação do instituto limitou a responsabilidade das sociedades civis e mercantis ao lhes conferir autonomia patrimonial – art. 20 do Código Civil.

Essa separação patrimonial pode propiciar a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica em detrimento dela mesma, de terceiros com quem se relacione e dos próprios sócios. Diante disso, foi natural a busca por solução, encontrada na doutrina estrangeira – a *disregard doctrine*.

Posteriormente, em razão da utilização da doutrina pelos tribunais, essa teoria foi sendo positivada em diplomas legais: na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código Tributário Nacional, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil (CC), na Lei nº 12.529/2011 e na Lei nº 9.605/1998 (crimes ambientais). Em 2015, houve a processualização da *disregard doctrine*, que passou a constar do Código de Processo Civil na forma de intervenção de terceiros.

Vários comentários podem ser feitos sobre o instituto. Aqui, a proposta é desenvolver alguns de ordem material, a respeito das modificações introduzidas pela Lei nº 13.874/2019.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

No Brasil, o tema foi introduzido pelo jurista Rubens Requião na década de 1960. Logo surgiram trabalhos doutrinários, como os de Fábio Konder Comparato, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Marçal Justen Filho.

Rubens Requião conta que, ao iniciar seus estudos de Direito Comercial, deparou-se com a seguinte problemática: “Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens”¹.

1 REQUIÃO, Rubens. “Abuso de direito e fraude da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”. In: FACHIN, Edson, ABRÃO, Carlos Henrique; REQUIÃO, Rubens Edmundo (coordenadores). *O Moderno Direito Empresarial no Século XXI*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018, p. 137.

Essas indagações levaram-no à *disregard doctrine*, já que o direito absoluto à personalidade jurídica não poderia servir de escudo para a utilização abusiva da pessoa jurídica e os consequentes danos ocasionados a terceiros.

A Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) foi a primeira a positivizar o instituto da desconsideração no Brasil. Daí para a frente, foi introduzido em diversos ordenamentos. Foi em 2002, todavia, que a teoria ganhou fôlego, quando passou a constar do art. 50 do novo Código Civil, de seguinte redação:

Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O dispositivo apresentou o abuso como quesito essencial para a desconsideração, indicando algumas situações, como o desvio de finalidade e a confusão do patrimônio do sócio com o da pessoa jurídica. A finalidade do instituto sempre foi a quebra da autonomia patrimonial para atingir bens do sócio ou do administrador. Portanto, é voltado para a responsabilização jurídica.

O artigo do Código Civil também serviu para inibir o decreto da desconsideração de ofício, fato antes recorrente. Aqui se destacam as teorias maior e menor da desconsideração. O art. 50 do Código Civil reflete a teoria maior², exigindo, para sua incidência, a demonstração do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

Seu texto sofreu recente alteração pela Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica). Foram-lhe acrescentados cinco parágrafos, que estabelecem critérios objetivos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

O texto primitivo previa a possibilidade de alcançar os bens dos sócios em caso de comprovação de confusão patrimonial ou de desvio de finalidade. Entretanto, não estabelecia os conceitos de “confusão patrimonial” e de “desvio de finalidade”.

Com as alterações, o desvio de finalidade ficou caracterizado pela fraude e pelo objetivo dos sócios de prejudicar credores, tendo sido acrescentado o

2 A teoria menor tem, no Código de Defesa do Consumidor, seu exemplo e estabelece que poderá ser desconsiderada a personalidade quando ela for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidor.

elemento volitivo, de forma que o dolo ou a intenção de prejudicar passaram a ser condição de aplicação do instituto. Veja-se o parágrafo correspondente: “§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

Embora isso possa configurar retrocesso, pois nem mesmo o abuso de direito é aferido subjetivamente, adotando-se critério finalístico (art. 187 do Código Civil), a questão não é nova, já vinha sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça antes das alterações ora comentadas. Exemplo disso é o REsp n. 1.315.166/SP, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria (DJe de 26/4/2017): “A dissolução irregular de sociedade empresária, presumida ou, de fato, ocorrida, por si só, não está incluída nos conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial a que se refere o art. 50 do CC/2002, de modo que, sem prova da **intenção** do sócio de cometer fraudes ou praticar abusos por meio da pessoa jurídica ou, ainda, sem a comprovação de que houvesse confusão entre os patrimônios social e pessoal do sócio, à luz da teoria maior da *disregard doctrine*, a dissolução irregular caracteriza, no máximo e tão somente, mero indício da possibilidade de eventual abuso da personalidade, o qual, porém, deverá ser devidamente demonstrado pelo credor para oportunizar o exercício de sua pretensão executória contra o patrimônio pessoal do sócio”.

A confusão patrimonial refere-se à administração desastrosa, conforme incisos do § 2º do art. 50, a saber: “I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

Nesse dispositivo, entende-se inadequado o termo “repetitivo”, porquanto a confusão referida não depende de repetitivos atos para instaurar-se. Isso varia de caso para caso, mas, se bem engendrado, apenas um ato pode ser suficiente. Assim, se interpretado de forma literal, o termo servirá como indicador de caminho aos fraudadores de se furtarem à aplicação da *disregard doctrine*.

Outra alteração importante foi a previsão de aplicação do instituto apenas ao sócio ou administrador que, direta ou indiretamente, tenha-se beneficiado do abuso, enquanto, na antiga redação, não havia tal restrição, de forma que os sócios poderiam ser indistintamente atingidos, passando, inclusive, a ser necessária a demonstração do benefício auferido por eles.

Esse dispositivo segue a linha de concepções já existentes no Direito Societário. Observa-se, a título de exemplo, o art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas, segundo o qual o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem “*para lograr os fins e no interesse da companhia [...]*”. O § 3º do art. 1.010 do Código Civil determina que “responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto”. São concepções para preservação do interesse social e da empresa, focalizando a responsabilidade daquele que dá causa a prejuízos.

Voltando aos parágrafos do art. 50, o 4º trata da desconsideração reversa e o 5º estabelece que a mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica não constitui desvio de finalidade, exceto se for utilizada para prejudicar credores.

Na verdade, não é a expansão nem alteração em si que atrai a desconsideração da personalidade jurídica, mas a presença dos elementos contidos no *caput* e §§ 1º e 2º. O desvio de finalidade social sem esses elementos deve ser tratado à luz de outros institutos e regramentos jurídicos. De igual modo, a norma contida no § 4º, ou seja, de que, sem a presença dos requisitos indicados no *caput* do art. 50, a mera existência de grupo econômico não autoriza a aplicação do instituto.

Portanto, os §§ 3º e 4º estão adequados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relativização da autonomia entre pessoas jurídicas e pessoas naturais é exigência fundada nos princípios que protegem a ordem jurídica, apresentando-se como instrumento para coibir condutas abusivas.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é uma regra de pesos e contrapesos, pois, se, de um lado, a pessoa jurídica, gerada pela vontade humana, é uma necessidade social, de outro, não se admite seu uso de forma ilícita ou abusiva, ou mesmo como meio de prejudicar em vez de auxiliar. Assim, é incontestável a necessidade da *disregard doctrine*.

A Lei nº 13.874/2019, não obstante seus avanços e retrocessos, caminhou no sentido da uniformização do entendimento acerca do instituto em comento, fruto dos posicionamentos jurisprudenciais dos tribunais brasileiros.

**PROJETO DE LEI
Nº 2.630/2020. A
RESPONSABILIDADE
NA INTERNET.
BREVES
CONSIDERAÇÕES
SOBRE O
SUBSTITUTIVO
DA CÂMARA DOS
DEPUTADOS**

Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Daniel Vianna Vargas

Juiz Instrutor da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que, mesmo antes da Grécia, já existiam espaços públicos criados com o propósito de dar voz aos integrantes de sociedades antigas. A forma de propagação dos discursos – os chamados veículos da comunicação – foi sendo modificada ao longo dos tempos em decorrência da necessidade de maior alcance e otimização do poder de convencimento, fomentando a busca por dados daqueles que se pretendia atingir, para otimizar o discurso e sua eficiência.

A nova revolução por meio da comunicação, denominada de democracia digital, tem origem com o surgimento de novas tecnologias ainda em meados do século passado, sendo incrementada com as transmissões televisivas, que abriram espaços para debates e exposição de propostas aos cidadãos.

A interatividade com os destinatários da informação, aqueles que levariam o representante até o poder ou que consumiriam determinado produto, tem início no meado da década de 1990 com a disseminação do acesso à Internet e a criação de ágoras virtuais, como fóruns de debate, *blogs* e páginas pessoais dos postulantes aos cargos públicos.

O chamado *dolus bonus*, a malícia tolerável e corriqueiramente presente nas relações comerciais, como se sabe, não possui o condão de viciar a manifestação de vontade. Distinto é o panorama da criação deliberada de estados mentais, a chamada pós-verdade, que, na definição do Dicionário Oxford, significa “algo que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência para definir a opinião pública do que o apelo à emoção ou crenças pessoais”.

Se a utilização da desinformação e de argumentos falsos como método de convencimento não é novidade na política, o grande desafio da modernidade é a velocidade de propagação e o alcance da informação.

O debate e a persuasão, para fins democraticamente legítimos, devem admitir o contraponto eficaz e tempestivo, estando mesmo inseridos no ideal sócrático de que a descoberta da verdade é um processo no qual o debate deve ser isento e sem influências externas.

O principal meio utilizado atualmente para realizar a comunicação remota das chamadas “mensagerias privadas” possui fluxo quase instantâneo somente em uma direção, impedindo que os argumentos e as notícias sejam verificados e contrapostos em tempo hábil e de maneira efetiva.

Em 2019, a plataforma de *streaming* Netflix lançou o documentário *The Great Hack*¹, que narra a história de Christopher Wylie, cientista de dados da empresa Cambridge Analytica, que demonstrou, de forma explícita, a construção de campanhas políticas com base em algoritmos, coleta de dados, análises de *big data* e de redes sociais.

O Marco Civil da Internet, elaborado em 2012, foi estabelecido em um período político distinto, sem a grande polarização existente nos dias de hoje e que influencia na substância do debate público por intermédio das redes sociais. De igual modo, esse diploma não aponta claramente quais são os deveres das plataformas em termos de prestação de contas e de sua responsabilização.

O desafio que se mostra é grande e pode ser identificado em duas grandes linhas de reflexão: a) em um ambiente de total ausência de regulação do Estado, é amplo o campo para o abuso do poder econômico, com o envolvimento de organizações criminosas, e o abuso do poder político; b) contudo, uma regulação muito restritiva, com responsabilização facilitada às empresas, pode levar a uma atuação por vezes precipitada na remoção de conteúdos, o que pode obstaculizar o debate de ideias e influir na igualdade entre os atores políticos. Os controles judicial e legislativo devem se pautar pela atuação estratégica e eficaz, levando-se em conta os direitos fundamentais.

A ponderação acerca da liberdade de expressão em um terreno digital público, mas ofertado por empresas privadas que lucram com o fluxo de informações automatizadas e com publicidade, é um desafio de enormes proporções. As empresas, até o momento, vêm se mostrando parceiras dos órgãos de controle na busca por um ambiente mais transparente nas redes sociais e nos serviços de mensageria, com algumas exceções. No momento em que a necessidade de controle interferir nos modelos de negócio, esse será um verdadeiro teste para o sistema de diálogo permanente.

Eis o panorama atual, em que se discute no Congresso Nacional o PL nº 2.630/2020, com propostas de profundas alterações no modelo de tratamento da comunicação na Internet, de atuação do Estado em relação ao tema, principalmente no que se refere às empresas de tecnologia e suas eventuais responsabilidades pelos conteúdos publicados.

1 Privacidade Hackeada. Disponível em: < <https://www.netflix.com/br/title/80117542>>. Acesso em: 1/12/2019.

2. O PL Nº 2.630/2020

O Projeto de Lei nº 2.630/2020 institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet e tem por objetivo estabelecer medidas de combate à disseminação de conteúdo falso nas redes sociais, como Facebook e Twitter, e nos serviços de mensagens privadas, como WhatsApp e Telegram, excluindo-se serviços de uso corporativo e *e-mail*. O projeto foi apresentado pelo Senador Alessandro Vieira.

Em 21/6/2021, foi criado pelo Presidente da Câmara dos Deputados um Grupo de Trabalho composto por parlamentares para analisar o projeto e elaborar parecer. Após dezenas de reuniões técnicas, inclusive quinze audiências públicas, o Grupo apresentou um extenso parecer, na forma de relatório e voto, e uma proposta de Substitutivo ao PL nº 2.630/2020.

Importa destacar que ao texto originário foram pensados os Projetos de Lei números 3.063/2020, 3.144/2020, 3.627/2020, 1.676/2015, 2.712/2015, 346/2019, 283/2020, 2.854/2020, 3.029/2020, 2.883/2020, 649/2021, 3.119/2020, 1.589/2021, 2.393/2021, 3.395/2020, 291/2021, 449/2021, 3.573/2020, 213/2021, 495/2021, 2.401/2021, 127/2021, 246/2021, 1.362/2021, 865/2021, 2.390/2021, 10.860/2018, 5.776/2019, 475/2020, 4.418/2020, 1.743/2021, 3.389/2019, 4.925/2019, 5.260/2019, 437/2020, 2.284/2020, 6.351/2019, 517/2020, 3.044/2020, 1.590/2021, 2.763/2020, 6.812/2017, 7.604/2017, 9.647/2018, 2.601/2019, 2.602/2019, 8.592/2017, 9.554/2018, 9.533/2018, 9.761/2018, 9.838/2018, 9.884/2018, 9.931/2018, 200/2019, 241/2019, 3.307/2020, 693/2020, 705/2020, 1.394/2020, 988/2020, 1.923/2021, 1.258/2020, 1.941/2020, 2.389/2020, 2.790/2020, 1.001/2021 e 2.196/2020.

A análise proposta pelo presente trabalho tem por objeto o texto composto pelo Substitutivo, já considerando os apensos mencionados².

O projeto contém 42 artigos, divididos em dez capítulos.

O capítulo I cuida das Disposições Preliminares, definindo o âmbito de aplicação da lei, seus princípios norteadores, os objetivos a serem alcançados pelo texto legal, além das definições pertinentes.

Ressalte-se a atenção redobrada com a garantia da liberdade de expressão e de imprensa e com a impossibilidade de interpretação e aplicação que possam gerar restrição ao livre desenvolvimento da personalidade individual, à mani-

2 Relatório aprovado pelo Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados.pdf

festação artística, intelectual, de conteúdo satírico, religioso, político, ficcional, literário ou a qualquer outra forma de expressão cultural, nos termos dos artigos 5º, IX, e 220 da Constituição Federal.

No que concerne ao âmbito de aplicação, optou-se pela exclusiva incidência da lei sobre provedores que ofertem serviços ao público brasileiro, exerçam atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, e que tenham mais de dez milhões de usuários registrados. Porém, não são excluídos os provedores cujas atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior. Trata-se de previsão útil e necessária em tempos de atividade econômica transnacional e de gestão globalizada de negócios.

Como o texto prevê a possibilidade de medidas de controle de conteúdos e de contas, inclusive exclusão, pelas próprias plataformas – tema que será melhor analisado adiante – tomou-se cuidado, na parte preambular, com o assentamento expresso das garantias de transparência, contraditório, ampla defesa e devido processo em relação a procedimentos de aplicação dos termos de uso, vedando-se a discriminação ilícita ou abusiva dos usuários.

O devido processo para controle e exclusão de conteúdo é prática corrente em ordenamentos estrangeiros, podendo ser citada, exemplificativamente, a NetzDG, da Alemanha. Da mesma forma, organismos e iniciativas internacionais recomendam o respeito ao devido processo, podendo ser destacados os Princípios de Santa Clara, *Manila Principles* e *Change the Terms*³.

Para alcançar esse ambiente democrático, de acordo com tais documentos, as plataformas devem explicitar, de forma descomplicada, as regras de convívio, permitir o contraditório e apresentar relatórios de transparência, com o número de postagens removidas, a listagem das contas suspensas, além da possibilidade de questionamento ou recurso contra as decisões.

Importante previsão dialógica vem traduzida na incorporação dos princípios previstos nas Leis nº 4.680, de 18 de junho de 1965 – Marco Legal da Atividade Publicitária; nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor; nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet; nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de

3 MONTEIRO, Julia Lunes; COUTO, Natália de Macedo. “Por onde anda o ‘PL das Fake News’?”. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/onde-anda-pl-fake-news-e-necessario-focar-aprimoramento-deveres-procedimentais-respeitando>. Acesso em 10/3/2022.

Defesa da Concorrência; e nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que tipifica crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Cria-se, assim, um amplo arcabouço normativo, que tem no art. 5º, inciso IX, da Constituição da República o estabelecimento da liberdade de expressão como direito fundamental norteador das relações entre usuários e provedores.

O diálogo das fontes com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) deve ser explicitado. Com efeito, quando se fala em tratamento de dados, deve ser realizada uma abordagem considerando-se o devido cotejo entre os princípios da LGPD e os princípios insculpidos na legislação projetada.

O cumprimento dos princípios da finalidade, da adequação, da transparência e do acesso livre no tratamento de dados deve ser compreendido no contexto do indispensável atendimento aos princípios da liberdade de expressão – garantia dos direitos de personalidade – da dignidade, da honra e da privacidade do indivíduo – respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e de uma visão de mundo pessoal, além da responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública independente, plural e democrática. Vale salientar que, **tenham** ou não por objetivo auferir lucro, os princípios da transparência e da finalidade devem ser atendidos mesmo que os dados se tornem públicos.

A implementação da LGPD acaba por conferir maior credibilidade ao ente público ou privado que trate dados pessoais, não obstante exija adequação de ferramentas, fluxos e rotinas operacionais que lidem com esses dados. Devem-se assegurar direitos e garantir segurança às informações, sem perda de eficiência.

A Lei Geral de Proteção de Dados é o marco normativo que confere regulação, formalidade, limites e responsabilidade ao tratamento desses dados pessoais. Nada obstante, não pode ser analisada isoladamente. A LGPD deve ser compreendida no arcabouço normativo do ordenamento jurídico atual, principalmente compatibilizada com a Constituição e com a legislação civil naquilo que diz respeito ao objeto do presente estudo.

Ainda, é necessário que se proceda ao devido escrutínio da novel proposta, com base nos estudos e nas experiências advindos de outros diplomas legislativos que trilharam o caminho da regulação, podendo ser citada, casuisticamente, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) – não recepcionada pela Constituição da República, nos termos da ADPF nº 130, julgada pelo STF – e o Marco Legal da Atividade Publicitária (Lei nº 4.680/1965).

Nesse desiderato, o projeto tem por enfoque o acesso à informação e o fomento ao livre fluxo de ideais na Internet, resguardando os usuários de práticas fraudulentas no contexto dos seus serviços. Para tanto, prevê-se a necessidade de identificação dos conteúdos patrocinados e a vedação de funcionamento de contas automatizadas não identificadas.

É crucial reportar que o Substitutivo excluiu a expressão “comportamento inautêntico”, retirando igualmente do texto a vedação ao funcionamento de “contas inautênticas”, sob o argumento da possibilidade de restrição a manifestações artísticas, intelectuais, de conteúdo satírico, religioso, político, ficcional, literário ou a qualquer outra forma de expressão cultural.

A expressão adotada pelo Substitutivo é “conta automatizada”, permanecendo no texto o dever das plataformas de vedar o funcionamento das contas dessa natureza, com robustas sanções previstas no art. 31, que vão desde a advertência até a proibição de exercício das atividades.

Considerando a velocidade e o dinamismo das transformações tecnológicas, o conceito de “conta automatizada” exposto no art. 5º, I, do Substitutivo pode, perfeitamente, ficar obsoleto em breve tempo. Os contornos do significado de “conta gerida, total ou preponderantemente, por programa de computador ou tecnologia para simular, substituir ou facilitar atividades humanas e que não sejam disponibilizadas pelo próprio provedor” não são claros, conquanto seja essa a conclusão do parecer. Perde-se, dessa forma, a clareza quanto ao escopo da lei e gera-se uma responsabilização das plataformas por conduta que não possui características de objetividade, acarretando insegurança jurídica a usuários e empresas que, fatalmente, desaguará no Judiciário.

Recorde-se, ademais, que, consoante o art. 18 do Marco Civil da Internet, “o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Segundo pensamos, permanece uma zona opaca de controle e de responsabilidade quanto aos problemas decorrentes da desinformação, do discurso de ódio e da indução de vontade para fins comerciais e eleitorais, entre outras questões contemporâneas. O projeto não avança nesse sentido.

A preocupação com a era da pós-verdade, com a disseminação de *fake news*, deve ser da alçada tanto do Legislativo quanto do Judiciário, tendo em vista ser mesmo uma inquietação de ordem social. No ambiente da política, com efeito, há possibilidade de gerar risco ao próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito. Ao cidadão deve ser possível exercer sua liberdade de pensa-

mento, manifestação, opinião e formação de vontade de forma desimpedida e sem a nefasta e artificial interferência da desinformação.

No Judiciário, a desinformação compromete o escorreito esclarecimento dos fatos, assim como a correta aplicação do ordenamento jurídico e o empenho pela pacificação.

A busca por uma sociedade vinculada à transparência nas relações interpessoais deve ser um valor ético universal, podendo ser elevada à categoria de fator indispensável à convivência humana.

Nesses termos, o projeto deixa passar a oportunidade de aprofundar esse debate no ambiente legítimo para tanto, o Congresso Nacional. Invariavelmente, as questões oriundas desse cenário continuarão sendo resolvidas pelo Judiciário enquanto não se formularem as normas de conduta para o combate à desinformação.

Retomando a análise do texto, as técnicas de recomendação, de redirecionamento de conteúdos e de perfilhamento fazem parte dos modelos de negócios das plataformas, temas ainda sem resposta em relação às consequências para problemas sistêmicos de difusão de conteúdos nocivos.

Nessa perspectiva, embora as plataformas não criem conteúdos, a utilização de algoritmos e políticas de moderação de conteúdo pode levar à criação de estados mentais distorcidos no usuário.

Registre-se a previsão do art. 7º do Substitutivo, que impõe aos provedores a elaboração das suas próprias regras aplicáveis à gestão da expressão de terceiros e à comercialização de produtos e serviços, tais como políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para exclusão, indisponibilização, redução de alcance ou sinalização de conteúdos gerados por terceiros ou de suas contas.

Com idêntica finalidade, o art. 9º do Substitutivo exige que os provedores detalhem e informem procedimentos e decisões relativas à intervenção ativa de contas e conteúdos gerados por terceiros que impliquem exclusão, indisponibilização, redução de alcance, sinalização de conteúdos e outros efeitos que restrinjam a liberdade de expressão.

Exige-se das plataformas a apresentação de relatórios periódicos contendo as normas de transparência sobre informações e o emprego de sistemas automatizados na aplicação de regras próprias dos provedores. Outrossim, devem incluir as taxas de detecção ativa de conteúdos considerados irregulares por sistemas automatizados, por tipo de conteúdo; os critérios para operação e o grau de acurácia desses sistemas, respeitada a sua segurança em face de atores

maliciosos; e as informações sobre bases de treinamento desses sistemas e seus mecanismos para monitoramento, mensuração e controle de vieses.

Entretanto, quando um sistema de inteligência artificial é utilizado para identificar determinado tipo de conteúdo, com intenção de controle, expondo bases de treinamento dos sistemas, a opacidade e os vieses algoritmos tornam essa tarefa de difícil (ou impossível) consecução. Cabe ressaltar que o acesso ao código-fonte do algoritmo pode implicar ofensa ao regime de sigilo industrial.

De outra parte, ao exigir a divulgação das informações sobre bases de treinamento dos sistemas, é possível que a consequência prática desse dever seja o fomento de condutas espúrias, uma vez que os autores de eventuais abusos saberão como sofisticar suas atuações, contornando as barreiras protetivas dos sistemas das empresas.

Como se percebe, a questão não é simples, sendo tênue a linha que separa a moderação da censura, assim como eventual responsabilização exacerbada pode ocasionar o estabelecimento de *standards* rigorosos de controle, ofendendo tanto a liberdade econômica quanto a liberdade de expressão.

Segundo o relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho, a Subseção III do Substitutivo tem por objetivo “reduzir, de alguma forma, a circulação de notícias potencialmente nocivas e falsas, reduzindo o alcance e o movimento desses conteúdos pelas plataformas de mensageria”.

Abandonou-se a redação original do art. 10, sob a justificativa do risco de um cenário de vigilância massiva, monitoramento preventivo e armazenamento de dados para fins escusos. Proíbe-se, em contrapartida, a venda de *softwares*, *plugins* e quaisquer outras tecnologias que permitam disparos massivos nos serviços de mensageria instantânea, obrigando os provedores a criar soluções para identificar e impedir a utilização de mecanismos externos de distribuição massiva.

Conforme a redação do art. 14, os serviços de mensageria instantânea destinados ao uso comercial somente podem ser utilizados para essa finalidade, sendo vedada sua comercialização e utilização para propaganda eleitoral e partidária ou para distribuir qualquer conteúdo que não esteja diretamente relacionado à sua destinação comercial.

Como se sabe, os dados pessoais podem servir para construir perfis de eleitores. Os limites da legitimidade desse método de convencimento em referência a eleitores são tênues, ainda há um caminho a ser percorrido pela doutrina e pela jurisprudência. Todos os cidadãos devem poder tomar suas decisões de forma livre, sem influências artificiais. O *marketing* político possui como ativo

o tratamento de dados pessoais, aumentando a possibilidade de criação de estados mentais.

A utilização de novas tecnologias com capacidade para esse tratamento, de forma célere e exponencial, possibilita o atingimento de uma maior camada de indecisos. Campanhas sofisticadas, com utilização de novas tecnologias em termos de *marketing* político, exigem novos parâmetros e concepções da Justiça Eleitoral também quanto às condutas abusivas.

Embora haja avanços quanto ao Substitutivo visando conferir maior segurança jurídica aos usuários das redes, reduzir o potencial impacto de notícias falsas e possibilitar a identificação do autor da desinformação, ainda se discutem os riscos de vigilância dos cidadãos e as ameaças à própria democracia.

Entre outras obrigações semelhantes, é relevante o estabelecimento de que os provedores devem identificar se o conteúdo se relaciona à propaganda eleitoral, às técnicas e às categorias de perfilhamento, devendo oferecer aos usuários cópia eletrônica dos conteúdos impulsionados e o nome do responsável pela autorização de seu envio.

É possível, percuciente e preocupante constatar que a percepção das pessoas de estar em constante estado de vigilância inibiria a participação política. Pode-se pensar inclusive em receio de reunião ou de associação caso estejam sendo virtualmente vigiadas. Logo, o dilema não se resume exclusivamente à privacidade e à intimidade, mas à democracia.

Deve ser possível corrigir esses dados e controlar minimamente como eles são tratados. Deve-se garantir a liberdade de comunicação, informação e expressão. Cuida-se, ao fim e ao cabo, da proteção da autonomia da escolha do eleitor, em cujo contexto pensamos ser adequado o combate à desinformação.

No Tribunal Superior Eleitoral, nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral nº 0601968-80/DF e nº 0601778-21/DF, assentou-se tese, a respeito das Eleições 2022, no sentido de que o uso de aplicações digitais de mensagens instantâneas para promover disparos em massa, contendo desinformação e inverdades em benefício de candidatos e em prejuízo de adversários, pode ensejar cassação do registro ou diploma e inelegibilidade por oito anos com fundamento em abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social (art. 22 da LC nº 64/1990).

Prosseguindo na análise da proposta, o texto apresentado pelo Grupo de Trabalho suprimiu a possibilidade de dispensa de notificação dos usuários como uma das regras de moderação dos provedores que possam acarretar ex-

clusão, indisponibilização, redução de alcance ou sinalização de conteúdos gerados por terceiros e de suas contas, conforme previsão nos termos de uso.

O usuário deverá ser notificado sobre a natureza da medida aplicada e o seu domínio territorial, a sua fundamentação, apontando a cláusula aplicada ou a base legal para sua aplicação; quais são os procedimentos e prazos para o direito de revisão da decisão; e se a decisão foi tomada exclusivamente por meio de sistemas automatizados.

Estabeleceu-se a necessidade de um canal de comunicação para interação entre as empresas e os usuários atingidos pelas regras de moderação, inclusive com a possibilidade de pedido de revisão. Nesse particular, havendo reconhecimento de equívoco na aplicação da política de moderação, com dano individual, coletivo ou difuso a direitos fundamentais, os provedores de redes sociais ou mensageria instantânea devem informar os usuários sobre seu erro na mesma proporção de alcance do conteúdo considerado inadequado, podendo essa obrigação ser requerida à autoridade judicial.

O Capítulo IV trata da atuação do Poder Público e estabelece um conceito de “contas de interesse público”, que são aquelas mantidas por provedores e utilizadas por entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, e pelos agentes políticos cuja competência advém da própria Constituição. Afirma, ainda, que os titulares das contas de que trata o *caput* sujeitam-se aos princípios que regem a Administração Pública e não poderão restringir a visualização de suas publicações por outras contas, estando suas informações sujeitas às garantias de acesso à informação.

O tema é delicado e pode ter repercussão em diversas searas, tanto administrativa quanto cível, de improbidade, criminal e eleitoral. O texto simplesmente vincula a utilização dessas contas aos princípios que regem a Administração Pública. Não existe regra clara que possa ser percebida no sentido da imperiosa separação entre a atuação pública e privada do usuário titular de conta de interesse público. Dessa forma, interpretação constitucional deve trilhar pelo caminho do efetivo interesse público. Todo aquele que se dispõe a servir ao público deve abdicar de certos privilégios de intimidade. Atuações que possam representar abuso de poder político e econômico devem ser objeto de intensa fiscalização pelos órgãos de controle, como forma de garantir a isonomia na utilização dos meios de comunicação.

Existe previsão expressa para o ajuizamento de ação judicial com o intuito de restauração de contas de interesse público, de forma célere, devendo o Poder

Judiciário obrigar os provedores a restabelecê-las quando ficar comprovada a sua operação em conformidade com direitos fundamentais e com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

As ações de intervenção que impactem a circulação, disponibilização, promoção, redução do alcance ou remoção de conteúdos das contas de interesse público são objeto de intensa preocupação do Substitutivo.

Ressalte-se que não se vislumbrava, no ordenamento positivo, uma preocupação maior com a proteção dos atos de comunicação institucional. Ao contrário, esses atos sempre foram objeto de fiscalização e controle. O cuidado necessário na análise dos dispositivos propostos deve residir na utilização republicana dos meios de comunicação, e não na proteção a uma espécie de privilégio do detentor de cargo para utilizar as plataformas de forma imune às regras de moderação.

Torna-se necessária a interpretação sistemática do Substitutivo, inclusive com base no art. 29, o qual prevê que constitui ato ilícito, punível penal e administrativamente, qualquer sanção disciplinar ou ato praticado por superior hierárquico que cause prejuízo a servidor público em função de conteúdo por ele compartilhado em caráter privado, fora do exercício de suas funções e que não constitua material cuja publicação tenha vedação expressa prevista em lei. É fundamental a atuação pública, institucional e privada nas redes sociais.

Na mesma linha de entendimento, a extensão irrestrita da imunidade parlamentar material às plataformas mantidas pelos provedores de aplicação de redes sociais é tema que fatalmente experimentará modulação, considerando que o filtro constitucional possivelmente encontrará balizas na vedação a uma espécie de blindagem para propagação abusiva de conteúdos políticos.

No julgamento da Pet nº 6.587/DF, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, então decano da Corte, apresentou voto fazendo referência a outros precedentes no qual expôs que entende “incidir, na espécie, a cláusula constitucional da imunidade parlamentar material que confere inviolabilidade ao membro do Poder Legislativo da União quando se pronuncia em razão de sua atividade política, ainda que fora do âmbito espacial do Congresso Nacional, ou, então, quando se vale de redes sociais, como o ‘Twitter’ (Pet 5.875-Agr/DF, Rel. Ministro Celso de Mello), ou, ainda, quando se utiliza de quaisquer outros meios de comunicação, como postagens no ‘WhatsApp’, que constitui aplicativo de troca de mensagens (AO 2.002/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes)”.

O Substitutivo veda que os detentores de cargos eletivos, magistrados, membros do Ministério Público, membros das Forças Armadas e militares dos estados, durante o exercício de seus cargos, recebam remuneração advinda de publicidade em contas em aplicações de Internet de sua titularidade. De igual sorte, o emprego de quaisquer recursos públicos na criação ou operação de contas em redes sociais impede, de pronto, o recebimento privado de receitas publicitárias por parte de seus controladores. Proibiu-se a contratação de publicidade pela Administração Pública a provedores que não sejam constituídos de acordo com a legislação brasileira e sem representação no País. Isso evitará o afluxo de recursos públicos para empresas que não estejam submetidas ao sistema jurídico pátrio.

É de interesse rememorar que o Tribunal Superior Eleitoral já vem atuando com base nesses pontos de inflexão. No Inquérito Administrativo nº 0600371-71/DF, instaurado para apurar fatos que possam configurar abuso de poder, uso indevido dos meios de comunicação, corrupção, fraude, condutas vedadas e propaganda irregular, suspendeu-se a “monetização” de canais de usuários que utilizam plataformas digitais na Internet para veicular ataques infundados à democracia e ao sistema de votação (YouTube, Twitch.TV, Twitter, Instagram e Facebook). A medida, inédita, visou interromper círculo vicioso por meio do qual as ofensivas contra o Estado Democrático de Direito geravam dividendos financeiros aos seus propagadores.

Importante é a previsão constante do art. 28 do Substitutivo que obriga a Administração Pública a disponibilizar e especificar as informações sobre recursos investidos em publicidade destinados a meios de comunicação, incluídos os provedores de aplicação de Internet, sítios eletrônicos e contas em redes sociais.

Em caso de descumprimento das obrigações previstas, o art. 31 do Substitutivo indica sanções que serão aplicadas pelo Judiciário. Entre as penalidades, consta, de forma gradativa: I) advertência; II) multa de até 10% do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício; III) suspensão temporária das atividades; ou IV) proibição de exercício das atividades.

As penas de suspensão temporária das atividades e proibição de exercício somente poderão ser aplicadas por decisão proferida pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial.

As multas previstas no art. 32 são revertidas ao Ministério da Educação para a consecução das ações de capacitação, integradas a outras práticas educacio-

nais, visando ao uso seguro, consciente e responsável das aplicações de Internet de que trata essa Lei, incluindo campanhas para evitar a desinformação e para a promoção da transparência acerca de conteúdos patrocinados, nos termos do art. 30.

Conforme o disposto no art. VIII do Substitutivo, os provedores deverão criar uma instituição de autorregulação voltada à transparência e à responsabilidade no uso da Internet, no esteio do que se denomina “autorregulação regulada”. Busca-se criar e administrar plataforma digital voltada ao recebimento de denúncias sobre conteúdos ou contas, além da tomada de decisão sobre medidas a serem implementadas por seus associados, bem como a revisão de decisões sobre conteúdos e contas por meio de provocação daqueles afetados diretamente por elas.

O tema da “autorregulação regulada” é de complexa resolução, devendo ficar claro que o enfoque tem de ser na transparência das práticas de moderação, com pleno conhecimento dos usuários da aplicação das regras, inclusive com a possibilidade de revisão humana das decisões tomadas por sistemas automatizados. Canais de denúncia de conteúdos ilícitos por terceiros devem ser criados com a garantia de um mecanismo acessível e cognoscível, em conformidade com os avanços trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados, ao reconhecer que decisões tomadas por sistemas algorítmicos podem experimentar desvio. O art. 20 da LDGP dispõe que ao titular de dados é conferido o direito de “solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses”.

A autorregulação deve passar por um processo de transparência e identificação do seu efetivo objeto, devendo ser possível aos usuários – e às empresas – inferir de forma clara aquilo que se pretende regular.

Não sendo assim, na prática o texto pode significar um retrocesso no movimento de autorregulação devido ao provável receio das plataformas pela judicialização das questões referentes à moderação. Esse panorama pode inibir a atuação das plataformas, deixando livre o espaço para a difusão de discursos de ódio e desinformação.

Motivo de grande questionamento por parte dos provedores vem estampado no art. 38 do Substitutivo, o qual dispõe que os conteúdos jornalísticos utilizados pelos provedores ensejarão remuneração ao detentor dos direitos do autor do conteúdo utilizado, ressalvado o simples compartilhamento de endereço de protocolo de Internet do conteúdo jornalístico original. A ausência de

definição do que significa “conteúdo jornalístico” ensejará discussão demasiada quanto aos supostos credores dessa remuneração e quanto à sua mensuração.

O Capítulo IX cria figura típica, definindo como crime a conduta de promover ou financiar, pessoalmente ou por intermédio de terceiros, mediante uso de contas automatizadas e outros meios ou expedientes não fornecidos diretamente pelo provedor de aplicações de Internet, disseminação em massa de mensagens que contenham informação que se sabe inverídica e passível de sanção criminal, as quais causem dano à integridade física das pessoas ou sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral.

O Grupo de Trabalho assenta que a criminalização de ações coordenadas com o uso de robôs, contas automatizadas ou outros meios não disponibilizados pelo provedor tem justificativa na comprovação da má-fé e no grande risco da desinformação, sustentando que merecem a oposição de um tipo penal no caso de conteúdo passível de sanção criminal ou de informações comprovadamente inverídicas, identificando-se o bem jurídico penal na higidez do processo eleitoral.

Gera preocupação a redação escolhida pelo Substitutivo, sem deixar de enaltecer o objetivo pretendido. A preocupação reside nas considerações sobre o princípio da legalidade que adquirem delicada relevância no tocante à jurisdição penal, levando-se em conta as consequências advindas da indeterminação da lei penal.

Sabe-se que o princípio da legalidade, na esfera penal, adquire *status* de importante função político-criminal, devendo os delitos e as penas estar previstos no texto legal. Sendo assim, dentre outros requisitos, surge a necessidade de que esse texto legal contenha suficiente determinação das condutas delituosas e de suas consequências. Trata-se do princípio da taxatividade ou mandado de determinação penal que tem como destinatário o legislador na edição de leis penais.

Nas palavras de Santiago Mir Puig⁴, “o mandado de determinação concretiza-se na teoria do delito através do ‘requisito da tipicidade’ do fato, e na teoria da determinação da pena obriga a um certo ‘legalismo’ que limite o, por outro lado, necessário *arbitrio judicial*”.

4 PUIG, Santiago Mir. “Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito”. Trad. GARCIA, Cláudia Viana; NETO, José Carlos Nobre Porciúncula. São Paulo: RT. 2007, p. 90.

O mandado de determinação opera no aspecto material do princípio da legalidade, objetivando cuidar da garantia e da segurança desse princípio, não sendo possível ao legislador trabalhar com conceitos abertos e indeterminados, com cláusulas gerais que não especifiquem as condutas puníveis e as consequências de seu cometimento.

Se ainda trabalhamos com a ideia de prevenção geral como um dos escopos do Direito Penal, o cidadão somente consegue previsibilidade para pautar-se dentro da legalidade se o texto legal for exaustivamente claro para indicar, estreme de dúvidas, qual a conduta a ser seguida na vida em sociedade.

Noutro aspecto, sabe-se que o princípio tem dupla destinação, uma vez que se dirige também aos órgãos de persecução criminal e à aplicação da lei penal como uma garantia do cidadão contra o Estado, garantia essa de cariz nitidamente iluminista.

Daí surge a problemática da técnica legislativa a ser utilizada: ou bem utiliza linguagem de fácil compreensão àqueles que devem pautar sua conduta na lei ou traz conceitos técnicos e precisos para impedir o abuso do direito de punir do Estado.

Extrai-se, portanto, do princípio da legalidade um fundamento político, limitador do poder punitivo estatal, e um fundamento penal, de coerção psicológica ou previsibilidade subjetiva, que é a base do escopo de prevenção geral do Direito Penal.

No que tange ao fundamento político, o princípio da separação dos poderes determina que a imposição de uma sanção penal somente será democraticamente legítima se a definição dos crimes e das penas tiver sua origem no Legislativo. Somente o Parlamento, como representante dos cidadãos, está legitimado a intervir na liberdade deles mediante a edição de leis claras e precisas, evitando que o Judiciário defina quais condutas são puníveis e quais as suas consequências.

Dessa forma, o princípio da legalidade, mais precisamente o mandado de determinação, vincula os juízes na aplicação da lei penal.

Em ambos os sentidos, no entanto, basta uma leitura rasa da redação apresentada no art. 36 do Substitutivo para verificar déficit de precisão. Ao ocupar-se de conceitos aleatórios como “outros meios ou expedientes” não fornecidos e mensagens que contenham “fato que sabe inverídico”, o projeto peca pela ausência de determinação, criando, no mínimo, insegurança jurídica ou, ainda, problemas de ordem constitucional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da breve exposição, após delimitar o objeto de pesquisa e introduzir conceitos necessários, mesmo que de forma simples, buscou-se analisar sistematicamente o texto apresentado pelo Grupo de Trabalho criado pela Câmara dos Deputados na forma do Substitutivo ao PL nº 2.630/2020, que cuida da liberdade, responsabilidade e transparência na Internet.

Estabeleceu-se um necessário diálogo entre a legislação projetada e outros diplomas normativos correlatos, como as Leis nº 4.680, de 18 de junho de 1965 – Marco Legal da Atividade Publicitária; nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor; nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet; nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que tipifica crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Com base nessas premissas, pretendeu-se estabelecer quais as vantagens e os riscos da aplicação dos novos instrumentos e mecanismos para o controle e a regulação das redes sociais, provedores, ferramentas de busca e serviços de mensageria instantânea.

Identificou-se, de maneira objetiva, que as modificações do texto, em regra, seguiram ao largo do tema central inicial, o combate à desinformação.

Com essas situações já definidas e exemplos concretos, discutiu-se a previsão específica relacionada à Administração Pública, ao gerenciamento de contas por servidores, aos possíveis abusos e aos princípios constitucionais correlatos.

Trabalhou-se com as dificuldades de compatibilização entre a busca por um método de moderação na Internet e as garantias fundamentais, notadamente o contraditório, o devido processo legal e a liberdade de expressão.

Ponderou-se acerca dos desafios inerentes às novas tecnologias e à ausência de um arcabouço teórico sobre o tema, apresentando-se hipóteses de vícios oriundos da própria natureza difusa da inteligência artificial, diante da opacidade e dos vieses algorítmicos.

Estipularam-se, ao final, alguns parâmetros de ordem constitucional que deveriam balizar a criação de tipos penais, ressaltando os riscos da indeterminação dos textos legais.

Obviamente, não se pretende desconsiderar ou repudiar os objetivos pretendidos pelo legislador, atentando para que não se criem núcleos de indefinições que possam resultar na judicialização dos temas. Todavia, percebe-se que

o tema central do combate à desinformação é tratado de forma reflexa, tendo o projeto, em sua versão atual, vertido preocupações de outra ordem.

O que se pretende é estabelecer premissas e hipóteses para um debate no sentido da necessária discussão e aprofundamento do projeto, sempre com o norte constitucional.

**SISTEMA
TRIBUTÁRIO
NACIONAL: A
SEGURANÇA
JURÍDICA É A
CONTRIBUIÇÃO QUE
O PLS Nº 298/2011
PODE EMPRESTAR
NA BUSCA PELA
SIMPLICIDADE**

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. INTRODUÇÃO

Ao tempo da constituinte brasileira, houve debates acerca da amplitude do sistema constitucional tributário, isto é, sobre quais matérias deveriam permanecer no texto constitucional, havendo duas correntes: a primeira pregava a adoção de um sistema profundamente analítico, seguindo a tradição brasileira, enquanto a segunda defendia a fixação de princípios ou marcos gerais, remetendo a configuração do sistema à lei complementar¹. A tese vencedora foi no sentido de elaboração de um modelo analítico (rígido), definindo-se logo na Constituição as competências tributárias, a classificação dos tributos, as regras-matrizes de incidência e as limitações ao poder de tributar².

O tema é polêmico. Há os que defendam que um sistema mais simples para todos os contribuintes (e não apenas para os pequenos negócios, como previsto no art. 146, III, “d”, CF/1988) requer uma lipoaspiração na matéria tributária presente e abundante na Constituição, já que nenhuma outra em todo o mundo trata de forma tão detalhada e extensa da tributação, sendo uma fonte de problemas, sobretudo porque quase toda disputa judicial acaba na Suprema Corte³.

Há, porém, de se indagar: a retirada de boa parte dos dispositivos constitucionais que cuidam de matéria tributária seria suficiente para se alcançar a tão almejada simplicidade, ou seja, um sistema de administração fácil e pouco custoso, com regras de clara compreensão pelos contribuintes?

E a segurança jurídica, também objeto de desejo de todos que participam de uma relação tributária, como se obter? No âmbito da Câmara Alta, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 298, de 2011, que não tem por desiderato alterar o sistema tributário nacional, matéria típica de uma reforma tributária cada vez mais necessária para o desenvolvimento do País, mas sim a

1 FEITOSA, Raymundo Juliano. “Finanças Públicas e Tributação na Constituinte: 1987/1988”. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 11. Sobre o tema, é interessante anotar que, em seu anteprojeto, Fábio Konder COMPARATO (“Muda Brasil! Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático”. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. pp. 41-42) defendia a segunda corrente, remetendo à legislação complementar o encargo de fixar a competência de tributar.

2 COSTA, Regina Helena. “Curso de Direito Tributário”. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 69.

3 AFONSO, José Roberto. “Da mutação à lipoaspiração”. *Revista Conjuntura Econômica*, (5/2017), p. 24.

adoção de medidas voltadas diretamente para o reforço da segurança jurídica dos contribuintes e a simplificação do sistema tributário, conforme consta na justificativa da proposta⁴.

O presente artigo pretende abordar, de forma sintética, essas duas questões, analisando a contribuição que o PLS nº 298/2011 pode emprestar para tais finalidades. Para tanto, pretende-se abordar as características da nossa Federação, especialmente no âmbito fiscal, a simplicidade e a segurança jurídica tributárias, além dos principais aspectos do referido projeto relacionados aos temas propostos.

2. FEDERALISMO FISCAL

Em outra obra de nossa autoria⁵, os traços do sistema federativo foram destacados: repartição constitucional de competências; participação da vontade das entidades subnacionais na vontade nacional; autonomia constituinte (possibilidade dos entes elaborarem a sua própria Constituição); e autonomia administrativa e política. Todos são relevantes, mas de nada valerão para evidenciar uma verdadeira federação se faltar recursos às unidades federadas para o desempenho de suas atribuições, daí a importância da repartição constitucional de rendas suficientes para lhes garantir a autonomia financeira⁶.

A adoção do federalismo fiscal implica, assim, na distribuição de competências constitucionais fiscais entre os diferentes níveis de governo, para que cada um, de forma autônoma e na medida de suas competências e capacidade de financiamento, possa construir desenhos institucionais capazes de disciplinar os procedimentos de contribuição e gestão tributária, transferências fiscais, composição e dimensão da despesa⁷.

⁴ Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-298-2011> Acesso em 5/3/2022.

⁵ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. “A Extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais”. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 180.

⁶ BALTHAZAR, Ezequiel Antônio Ribeiro. “Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na Federação”. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri (SP): Manole, 2004. pp. 103-104.

⁷ SILVA, Mauro Santos. “Teoria do federalismo fiscal: Notas sobre as contribuições de Oates, Musgrave, Shah e Ter-Minassian”. *Revista Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 15, nº 1, jan./abr. 2005. p. 119.

A Constituição de 1988 contém a partilha das fontes entre os entes federativos, em que toda a legislação tributária material é originária da unidade que efetua a arrecadação e incorpora o produto à sua receita. Além da discriminação rígida e tradicional das rendas por fontes, há a distribuição da receita pelo produto arrecadado, ou seja, a participação dos entes federativos na receita dos outros entes, para compensar a fragilidade econômico-financeira dos estados e municípios em relação à União. Ocorrem, assim, transferências intergovernamentais da receita tributária, por meio da partilha de parcelas das receitas arrecadadas pela União e pelos estados⁸.

No tocante à repartição das receitas tributárias, há três modalidades: 1^a) participação em impostos de decretação de uma entidade e percepção por outras, hipótese em que o poder tributante cabe à União, mas o produto da arrecadação percebido pelos outros entes a eles pertence (ex.: artigos 157 e 158, ambos em seus incisos I, CF/88); 2^a) participação em impostos de receita partilhada segundo a capacidade da entidade beneficiada, caso em que se reparte o montante do imposto em percentagens entre a entidade tributante e aquela beneficiada, que receberá os valores em face de circunstâncias a ela vinculadas (ex.: art. 158, II e III, CF/88); 3^a) participação em fundos, situação em que a entidade beneficiada recebe certa quantia, de acordo com critérios de redistribuição geográfica de receitas (ex.: art. 159, CF/88)⁹.

Analisando a divisão das competências administrativas e fiscais entre os entes da Federação, é possível observar que a Constituição de 1988 procurou resgatar o federalismo cooperativo, de modo que cada ente pudesse cuidar de suas próprias atribuições e dispusesse de recursos para cumprir tais missões. Nada obstante, movimentos como os da guerra fiscal¹⁰ e a tremenda “gula” da União estão, sem dúvida alguma, prejudicando a nossa Federação. Acerca do pecado capital referido, não se pode deixar de considerar a criação de várias contribuições sociais nos últimos anos, exatamente porque, diferentemente dos novos

8 BERCOVICI, Gilberto. “Desigualdades regionais, Estado e Constituição”. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 160-161.

9 SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 707.

10 Sobre a questão, há inúmeros e relevantes estudos, recomendando-se, ainda, a leitura do capítulo 4 de nossa obra já aqui referida (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. “A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais”. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 127-152.

impostos, elas não participam da repartição das receitas tributárias (art. 157, II, CF/88), ficando toda a arrecadação com quem as instituiu – no caso, a União¹¹.

As transferências intergovernamentais de recursos constituem um importante instrumento de redistribuição de renda, com fundamento nos princípios da igualdade e da solidariedade¹², não se caracterizando como uma mera caridade dos entes mais ricos para os mais pobres. A existência de um sistema de compensação financeira entre as unidades da Federação revela a preocupação constante de manutenção ou estabelecimento de um equilíbrio federal, objetivando evitar um maior distanciamento entre as regiões do País.

Pois bem. Apesar do desenho do federalismo fiscal esboçado na Constituição Federal, o sistema tributário não está funcionando a contento. Os quatro entes políticos-administrativos, detentores de competência tributária, respeitados os limites fixados na Lei Ápice, aprovam diversas normas tributárias diariamente, o que acarreta uma complexidade enorme, confundindo o contribuinte. Para compreender o que estamos falando, basta lembrar que uma empresa prestadora de serviço nos 5.568 municípios brasileiros pode, eventualmente, respeitada a competência definida no art. 3º da Lei Complementar nº 116, de 2003, ter que se submeter a igual número de leis, apenas no tocante ao imposto sobre serviços, sem contar outras milhares de normas infralegais, muitas delas fixando obrigações acessórias¹³.

11 Ao criar tributos que não integram a partilha para os demais entes da Federação, os cofres da União ficam mais cheios e aumenta a sujeição das demais entidades, favorecendo a volta da política do “pires na mão”. Os estados e municípios (principalmente estes) ficam dependendo de recursos federais repassados por meio de convênios para serviços relevantes como os de abastecimento de água, saneamento básico, construção de moradias para a população carente e segurança. Como tais ajustes são celebrados através de atos de autoridade, muitas vezes os critérios são eminentemente políticos para a distribuição dos recursos, favorecendo os partidos que estão no poder e prejudicando a oposição. Sem dúvida alguma, sem a adoção de critérios objetivos, a população é quem sai perdendo.

12 André Elali. (“Tributação e regulação econômica: Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais”. São Paulo: MP, 2007. pp. 71-72) observa que a realidade brasileira, com enormes desigualdades sociais e regionais, constitui uma das razões para a adoção de um modelo federal, com o nítido objetivo de harmonização nacional e implementação da noção de solidariedade social.

13 Em obra coletiva da qual participamos (“Código Tributário Nacional comentado”, coordenação de Vladimir Passos de Freitas, 8ª edição, RT, 2020, p. 618), defendemos uma posição mais restritiva acerca dessa questão (a exigir a instituição de obrigação acessória apenas com base em lei), com arrimo no princípio da legalidade (art. 5º, II, CF). Não po-

O resultado de tudo isso é uma macrolitigância fiscal. Estima-se que o contencioso tributário brasileiro alcançou R\$ 5,44 trilhões em 2019. Este valor torna-se ainda mais expressivo quando avaliado em termos do Produto Interno Bruto (PIB), principal medida de desempenho econômico de um país, alcançando 75% do PIB, em 2019. Este percentual foi obtido a partir da composição das estimativas de contencioso tributário, judicial e administrativo, nos três níveis federativos¹⁴.

Os números falam por si e revelam que estamos longe da segurança jurídica e da simplicidade do nosso sistema tributário, temas a serem desenvolvidos no próximo tópico, em ligação com o PLS 298/2011.

3. SEGURANÇA JURÍDICA E SIMPLICIDADE NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO: CONEXÕES COM O PLS Nº 298/2011

A segurança jurídico-tributária pode ser definida como norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade pelo Direito, com base na sua cognoscibilidade, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração ou surpresa, plasmar com dignidade o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro¹⁵.

demos deixar de considerar, porém, que ao ascendermos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 2014, especialmente quando passamos a atuar na sua 1ª Seção, em 2016, que julga as questões dos tributos em geral, encontramos uma posição consolidada, em sentido oposto, acerca da permissão de criação de tais obrigações através da legislação tributária (*lei em contexto amplo*), como se pode verificar, por exemplo, no REsp 1.116.792/PB, julgado em 24/11/2010, sob o regime do art. 543-C, CPC/1973 (1ª Sessão, relatoria do Ministro Luiz Fux, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1025369&num_registro=200900071647&-data=20101214&formato=PDF Acesso em 5/3/2022), de modo que passamos a ressaltar o nosso ponto de vista e a seguir a interpretação sedimentada na Corte Superior.

14 “Contencioso Tributário no Brasil. Relatório 2020 – Ano de referência 2019”. São Paulo: Insper, 2020, p. 7. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf Acesso em: 5/3/2022. Importante lembrar, conforme já consignado neste estudo e dadas as peculiaridades da nossa Federação, que entende-se serem quatro os entes da federação: União, estados, Distrito Federal e municípios.

15 ÁVILA, Humberto. “Teoria da segurança jurídica”. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 595.

Particularmente, gostamos muito do conceito plasmado pelo Professor Humberto Ávila, pois revela que a segurança jurídica tributária não é missão de apenas um Poder, mas de todos. Do Legislativo, quando elabora as leis acerca da matéria, que devem ser claras, de fácil compreensão. Do Executivo, não só quando encaminha os projetos de lei pertinentes ao tema, mas também quando edita os decretos e regulamentos para fiel execução das leis (art. 84, IV, CF/88). Já ao Judiciário compete a missão de dirimir os conflitos, o que deve ser feito de maneira isonômica, julgando da mesma forma os casos iguais.

Com a Constituição de 1988, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 03/1993, quando se instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, passamos a ter instrumentos próprios para adoção de precedentes¹⁶, o que foi fortalecido com o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que busca, ao elevar a “jurisprudência”¹⁷ a um patamar central na sistemática de desenvolvimento do Direito, dar uniformidade à aplicação das leis e da ordem jurídica. A ideia é conferir previsibilidade aos jurisdicionados e racionalidade ao sistema, uma vez que visa a coordenar e tornar coerente a interpretação e aplicação do direito aos casos semelhantes. Para responder ao problema da falta de isonomia e de segurança jurídica, o Código estabelece um sistema que impõe o respeito a determinadas decisões.¹⁸

O precedente tem como tarefa reduzir o campo de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando maior cognoscibilidade deste. A necessidade de seguir os precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional, pois constitui um requisito elementar da justiça tratar casos iguais de modo igual e não de maneira arbitrariamente diferente.¹⁹

16 Em sentido *lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto e cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos, sendo composto pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, a tese firmada na motivação (*ratio decidendi*) e a argumentação jurídica em torno da questão. Em sentido estrito, o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*, nos termos da lição oferecida por DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Curso de Direito Processual Civil”. Volume 2. 12ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 505.

17 Aqui, em citação indireta e por fidelidade ao texto do autor, a expressão é utilizada no seu sentido amplo, abrangendo os precedentes.

18 ARRUDA ALVIM. “Manual de Direito Processual Civil”. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, pp. 1.494-1.495.

19 MITIDIERO, Daniel. “Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpre-

O respeito aos precedentes assegura, portanto, a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as teses já firmadas, o que estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para os casos iguais.²⁰

Já a simplicidade passa pela busca da redução do número de tributos no sistema, pela simplificação em sua legislação e, não menos importante, dos custos burocráticos concernentes à tributação. A ideia é de que, se ao contribuinte já é penoso arcar com os tributos, muito maior revolta lhe causam os custos administrativos relacionados à cobrança. A ideia de “pagar para pagar um tributo”, que resume os custos indiretos da tributação, é a antítese da simplicidade administrativa²¹.

O PLS nº 298/2011, também conhecido como Código de Defesa do Contribuinte, no substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça²², prevê ser direito do contribuinte “dispor de um sistema tributário transparente, simplificado, eficaz e de baixo custo operacional”, na redação proposta ao art. 15-A, do Código Tributário Nacional²³, além de enaltecer a importância do projeto para reforçar “a segurança jurídica dos contribuintes”.

Em nosso pensamento, o mencionado PLS caminha bem ao pregar a segurança jurídica e a simplicidade do sistema tributário como direitos do contribuinte. No entanto, por óbvio, tais desideratos não serão alcançados através da

tação, da jurisprudência ao precedente”. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

20 CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, ano 37, volume 209, jul./2012, p. 355.

21 SCHOUERI, Luís Eduardo. “Direito Tributário”. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 52.

22 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-298-2011> Acesso em: 5/3/2022.

23 No substitutivo aprovado, entendeu-se que o dispositivo constitucional que daria suporte para a edição do Código de Defesa do Contribuinte (art. 146, III) já estava regulado pelo Código Tributário Nacional (CTN). Dessa forma, o PLS deveria inserir a maior parte das novas disposições na lei preexistente, ou seja, no CTN, a fim de que a proposta se adequasse ao inciso III do art. 12 da Lei Complementar nº 95/1998.

simples aprovação do projeto, mas sim de uma verdadeira reforma tributária²⁴, que reduza o número de tributos a serem cobrados e traga mais racionalidade ao sistema, especialmente quanto à competência para impor obrigações tributárias, sem descuidar do federalismo fiscal, que deve ser preservado através da repartição das receitas.

4. CONCLUSÃO

O estudo realizado pode ser resumido nas seguintes considerações:

- a) a adoção do federalismo fiscal implica na distribuição de competências constitucionais fiscais entre os diferentes níveis de governo, para que cada um, de forma autônoma e na medida de suas competências e capacidade de financiamento, possa construir desenhos institucionais capazes de disciplinar os procedimentos de contribuição e gestão tributária, transferências fiscais, composição e dimensão da despesa;
- b) apesar do desenho do federalismo fiscal esboçado na Constituição Federal, o sistema tributário não está funcionando a contento. Os quatro entes políticos-administrativos, detentores de competência tributária, respeitadas os limites fixados na Lei Ápice, aprovam diversas normas tributárias diariamente, o que acarreta uma complexidade enorme, confundindo o contribuinte e acarretando uma macrolitigância fiscal;
- c) a segurança jurídica tributária não é missão de apenas um Poder, mas de todos. Do Legislativo, quando elabora as leis acerca da matéria, que devem ser claras, de fácil compreensão. Do Executivo, não só quando encaminha os projetos de lei pertinentes ao tema, mas também quando edita os decretos e regulamentos para fiel execução das leis (art. 84, IV, CF/88). Já ao

24 No momento da redação deste trabalho, há duas propostas de emendas constitucionais tramitando no Congresso Nacional tratando do tema, de números 45/2019 (Câmara) e 110/2019 (Senado), ambas tendo como principal objetivo a simplificação e a racionalização da tributação sobre a produção e a comercialização de bens e a prestação de serviços, base tributável atualmente compartilhada pela União, estados, Distrito Federal e municípios, propondo a extinção de uma série de tributos, consolidando as bases tributáveis em dois novos impostos: (i) um imposto sobre bens e serviços (IBS), nos moldes dos impostos sobre valor agregado cobrados na maioria dos países desenvolvidos; e (ii) um imposto específico sobre alguns bens e serviços (Imposto Seletivo), conforme se pode observar em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019> Acesso em 5/3/2022.

- Judiciário compete a missão de dirimir os conflitos, o que deve ser feito de maneira isonômica, julgando da mesma forma os casos iguais;
- d) o PLS 298/2011, também conhecido como Código de Defesa do Contribuinte, prevê, no substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, ser direito do contribuinte “dispor de um sistema tributário transparente, simplificado, eficaz e de baixo custo operacional”, na redação proposta ao art. 15-A, do Código Tributário Nacional²⁵, além de enaltecer a importância do projeto para reforçar “a segurança jurídica dos contribuintes”.
- e) o referido PLS caminha bem ao pregar a segurança jurídica e a simplicidade do sistema tributário como direitos do contribuinte. No entanto, por óbvio, tais desideratos não serão alcançados através da simples aprovação do projeto, mas sim de uma verdadeira reforma tributária, que reduza o número de tributos a serem cobrados e traga mais racionalidade ao sistema, especialmente quanto à competência para impor obrigações tributárias, sem descurar do federalismo fiscal, que deve ser preservado através da repartição das receitas.

5. BIBLIOGRAFIA

AFONSO, José Roberto. “Da mutação à lipoaspiração”. *Revista Conjuntura Econômica*, (5/2017), pp. 22-24.

ARRUDA ALVIM. “Manual de Direito Processual Civil”. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ÁVILA, Humberto. “Teoria da Segurança Jurídica”. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BALTHAZAR, Ezequiel Antônio Ribeiro. “Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na Federação”. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri (SP): Manole, 2004, pp. 101-135.

BERCOVICI, Gilberto. “Desigualdades regionais, Estado e Constituição”. São Paulo: Max Limonad, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. “Muda Brasil! Uma Constituição para o desenvolvimento democrático”. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

25 No substitutivo aprovado, entendeu-se que o dispositivo constitucional que daria suporte para a edição do Código de Defesa do Contribuinte (art. 146, III), já estava regulado pelo Código Tributário Nacional (CTN). Dessa forma, o PLS deveria inserir a maior parte das novas disposições na lei preexistente, ou seja, no CTN, a fim de que a proposta se adequasse ao inciso III do art. 12 da Lei Complementar nº 95, de 1998.

COSTA, Regina Helena. “Curso de Direito Tributário”. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, ano 37, volume 209, jul/2012, pp. 349-374.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Curso de Direito Processual Civil”. Volume 2. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

ELALI, André. “Tributação e regulação econômica: Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais”. São Paulo: MP, 2007.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. “A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais”. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. “Obrigação tributária”. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 8ª edição, São Paulo: RT, 2020, pp. 616-717.

FEITOSA, Raymundo Juliano. “Finanças públicas e tributação na Constituinte: 1987/1988”. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MITIDIERO, Daniel. “Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente”. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SÃO PAULO. “Contencioso tributário no Brasil. Relatório 2020 – Ano de referência 2019”. Insper, 2020. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf Acesso em: 5/3/2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. “Direito tributário”. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional positivo”. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Mauro Santos. “Teoria do federalismo fiscal: Notas sobre as contribuições de Oates, Musgrave, Shah e Ter-Minassian”. *Revista Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 15, nº 1, jan./abr. 2005. pp. 111-137.

O PROJETO DE LEI Nº 1.646/2019 E A REGULAMENTAÇÃO DO DEVEDOR CONTUMAZ

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Membro Honorário Vitalício da Ordem dos Advogados do Brasil
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do
Conselho Federal da OAB

Segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), publicado em dezembro de 2020, o Brasil deixa de arrecadar mais de R\$ 417 bilhões por ano com impostos devido às sonegações de empresas¹. Esse número foi calculado a partir dos autos de infrações emitidos pelos fiscos federais, estaduais e municipais. Considerando que os fiscos não conseguem atuar todos os que sonegam, essa cifra pode ser muito maior.

A sonegação reiterada de impostos tem sido utilizada como forma de se obter vantagens concorrenciais indevidas com a acumulação de débitos até mesmo de quantias bilionárias. A legislação brasileira, porém, até o momento, não conta com uma definição específica desse tipo de devedor, mas tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei acerca dessa figura.

A proposta mais recente foi apresentada pelo Poder Executivo, que apresentou à Câmara dos Deputados, em março de 2019, o Projeto de Lei nº 1.646, que visa estabelecer medidas para o fortalecimento da cobrança da dívida ativa e para o combate ao devedor contumaz. “Considera-se devedor contumaz o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributo”², associada a alguma fraude com o objetivo de burlar o pagamento de obrigações.

Conforme o próprio PL nº 1.646/2019, podem ser consideradas devedores contumazes as pessoas físicas ou jurídicas com débitos acima de R\$ 15 milhões em situação irregular por mais de um ano e que praticam fraudes fiscais para burlar o pagamento de obrigações. Diante desses devedores, os órgãos da administração tributária da União poderão instaurar procedimento administrativo para caracterização e aplicação de restrições administrativas, como o cancelamento do cadastro fiscal do contribuinte pessoa jurídica ou equivalente e impedimento de fruição de quaisquer benefícios fiscais, no prazo de dez anos.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência significativa considerando inválidas as sanções políticas – caracterizadas pelas restrições irrazoáveis ou desproporcionais ao exercício da atividade econômica ou profissional lícita – como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos; cita-se, por

1 Estudo disponível em: < <https://ibpt.com.br/estudo-autos-de-infracao-e-sonegacao-fiscal/>>.

2 PL nº 1646/2019. Art. 1º, parágrafo único. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=57192535F8AE9E131A4D450722C-8D53B.proposicoesWebExterno1?codteor=1721790&filename=PL+1646/2019>.

exemplo, as Súmulas 70 e 323 do STF³. Nada obstante, como se vê no julgamento do RE nº 550.769/RJ, se comprovada a validade dos créditos tributários, a sistemática e contumaz inobservância das normas de tributação, a relevância do valor dos créditos tributários em aberto, a manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade, a sanção política não está caracterizada⁴.

Na mesma linha, o entendimento do Supremo Tribunal na ADI 3952, que discutiu a constitucionalidade de lei que previu o cancelamento do registro especial concedido às empresas fabricantes de cigarros, na hipótese de não pagamento reiterado de tributos. As consequências de reiterada sonegação fiscal não se restringem ao âmbito tributário e arrecadatário, mas, também, se espraiam de modo deletério por todo o mercado, criando, por conseguinte, sério desequilíbrio concorrencial.

No caso mencionado, o desequilíbrio concorrencial ocorre pelo fato de que, parte substancial do preço de cada maço de cigarros refere-se ao pagamento de IPI. E o concorrente que adota, como estratégia comercial, o não pagamento de tributos acaba por praticar preços predatórios, significativamente inferiores aos de seus concorrentes, do que decorrem graves distorções concorrenciais. Embora ainda não proclamado o resultado do julgamento, a maioria dos ministros entendeu que o caso não configura sanção política, mas medida necessária apta a assegurar práticas concorrenciais justas.

Ademais, segundo a proposta legislativa nº 1.646, quando os créditos inscritos em dívida ativa da União forem classificados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) como “irrecuperáveis” ou de “difícil recuperação”⁵, e desde que inexistentes indícios de esvaziamento patrimonial fraudulento e a créditos em cobrança há pelo o menos dez anos, a PGFN pode oferecer condições diferenciadas para a quitação, podendo conceder descontos de até 50%

3 Súmula 70/STF. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula 323/STF. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

4 STF. RE nº 550.769/RJ. Relator o Ministro Joaquim Barbosa. Plenário. Dj22.05.2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=211925460&ext=.pdf>>.

5 A PGFN considera uma dívida irreparável ou de difícil recuperação quando a situação econômica do devedor não gera capacidade de pagamento suficiente para o pagamento integral das suas dívidas em prazo de até cinco anos.

do valor total consolidada da dívida, para pagamento à vista ou o parcelamento em até sessenta meses.

Até o ano de 2019, a PGNF estimava que o estoque da dívida ativa da União considerado irrecuperável ou de difícil recuperação girava em torno de 7,3 milhões de créditos, no valor de R\$ 1,3 trilhão, titularizados por 1,7 milhão de devedores⁶. Na exposição de motivos do projeto em comento, apresenta-se que a estimativa da renúncia nos exercícios de 2020 e 2021 ultrapassou o valor de R\$ 800 milhões e em 2022 pode chegar a mais de R\$ 940 milhões. Todavia, com a aprovação do Projeto de Lei nº 1.646/2019, aprimora-se as atividades de gestão e não haverá mais renúncia de receitas.

No que tange à cobrança administrativa da dívida ativa, o PL prevê a possibilidade de contratar, por meio de processo licitatório ou por credenciamento, serviço de terceiros para auxiliar na atividade, inclusive permitindo o contato por via telefônica ou por meios digitais. Permite-se, ainda, a contratação de empresa especializada na gestão, guarda, transporte e alienação de bens que forem objeto de penhora judicial e a ampliação do cabimento de cautelar fiscal. Com isso, se dificulta o esvaziamento patrimonial do devedor que coloca, ou tenta colocar, bens em nome de terceiros, paralisa atividades ou que reduz patrimônio, tudo isso para comprometer o crédito fiscal.

Verifica-se, portanto, evidente esforço legislativo para se dirimir a evasão do devedor contumaz, que gera distúrbios concorrenciais altamente significativos. Além dos aprimoramentos de cobrança sugeridos no PL nº 1.646, a simples conceituação da figura do devedor contumaz já é se afigura bastante relevante e necessária para o Direito brasileiro, haja vista que tal definição proporciona segurança jurídica para o uso do termo “devedor contumaz”, que se difere do devedor eventual e do devedor reiterado.

Por devedor eventual, compreende-se aquele que, por qualquer razão, deixou de recolher tributos em períodos indeterminados; o devedor reiterado, por sua vez, é o que com frequência deixa de recolher tributos, como forma de financiar suas atividades ou por condições do mercado; já o devedor contumaz é o que deixa de recolher tributos de forma sistemática e intencional, visando obter vantagens sobre a concorrência.

Nota-se que as duas primeiras espécies de devedor atuam de forma lícita

6 Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2019/pgfn-propoe-medidas-para-fortalecer-a-cobranca-da-divida-ativa-da-uniao>>.

no mercado, devendo ser submetidas ao procedimento normal de cobrança de dívidas – inscrição na dívida ativa, execução fiscal, arrolamento de bens, etc. – incabível qualquer restrição à liberdade de iniciativa tendente a constrangê-los ao cumprimento das obrigações tributárias. Noutro sentido, o devedor contumaz atua de forma criminosa, abusando da sua pessoa jurídica com o objetivo de não pagar tributos e, com isso, obtém vantagens frente à concorrência. Para esse tipo de devedor, garante-se o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, mas uma vez evidenciada a contumácia da conduta, demanda-se repressão rigorosa e exemplar, pois a ordem jurídica não ampara atividades criminosas.

Para o efetivo estabelecimento da segurança jurídica no desenvolvimento econômico, faz-se imprescindível a diferenciação das diversas figuras de devedores, a fim de que as práticas ilícitas sejam combatidas com rigor e, ao mesmo tempo, que aqueles que estão inadimplentes com o fisco em razão de dificuldades financeiras possam ter acesso à negociação de suas dívidas. Nesse contexto, o PL nº 1.646 se mostra necessário e urgente, porquanto a definição do devedor contumaz, que é um tipo de malfeitor, proporciona maior garantia de direitos aos devedores eventuais e reiterados que, embora inadimplentes, atuam na legalidade e merecem tratamento condizente com sua situação lícita.

**AS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS
BRASILEIRAS:
DAS INOVAÇÕES
PROMOVIDAS PELA
LEI Nº 14.133/2021
À PROPOSTA
LEGISLATIVA PARA
UMA LEI GERAL DE
CONCESSÕES**

Mauro Luiz Campbell Marques

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de analisar alguns dos inúmeros impactos da Lei nº 14.133/2021 (NLLCA) nas licitações e contratações administrativas brasileiras.

No intuito de alcançar uma exposição com razoável didática e que permita uma boa exploração sobre os principais pontos da norma, o trabalho está dividido nos seguintes tópicos: i) breves notas sobre a evolução legislativa das licitações e contratações públicas; ii) das principais características das normas que compõem o regime licitatório antes do advento da Lei nº 14.133/2021 (Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011); iii) a Lei nº 14.133/2021 e suas principais inovações; iv) o PL nº 7.063/2017 e as contratações de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Como todos sabemos, a estrutura federativa brasileira, no campo normativo, tem viés multinível, porquanto confere à União, estados, Distrito Federal e municípios competência legislativa para o tema “contratações administrativas”.

Logo, uma legislação consentânea com a realidade sobre o tema é assunto que sempre demanda atenção, não só do Direito Administrativo, como do Poder legislador, que tem o desafio de promover a conciliação entre a preservação dos interesses públicos – notadamente em face dos efeitos deletérios que a corrupção promove ao setor – com as agendas empresariais brasileiras.

No presente artigo, após discorrer sobre a evolução legislativa a respeito das licitações e contratações públicas brasileiras, com ênfase no regime inaugural promovido pelas Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, avançar-se-á no exame da Lei nº 14.133/2021 discorrendo, sobretudo, sobre suas principais inovações, muitas delas frutos de experiência anterior vinda do “pregão” e do Regime Diferenciado de Contratação.

O ponto nodal do trabalho está no exame do PL nº 7.063/2017 e suas alterações na Lei nº 11.079/2004 (contratações de parceria público-privada), bem como a proposta legislativa resultante de sua tramitação, qual seja, um projeto de lei que propõe uma Lei Geral para Concessões.

2. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

2.1 BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

As contratações celebradas pela administração pública federal brasileira, em sua origem, foram regulamentadas pelo Código de Contabilidade Pública

da União (Decreto nº 4.536/1923) e pelo Regulamento para a Execução do Código de Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783/1924), tempo em que preponderava processos seletivos simplificados em comparação aos que hoje existem, sendo os contratos, então, regidos pelo Código Civil.

Em 1967, com o Decreto-lei nº 200 – que organizou a administração pública federal – instituiu-se, no plano do Direito Administrativo, processos licitatórios propriamente ditos. Na sequência, o Decreto-lei nº 2.300/1986 estatuiu o estatuto jurídico das licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da União e suas autarquias, consubstanciando-se, pois, no primeiro caderno legislativo exclusivo a tratar do tema na seara da administração federal.

Com o advento da Constituição Brasileira em 1988, foram positivadas normas específicas para as licitações e contratos administrativos. Dentre elas, sobrelevam-se os artigos 22 (competência legislativa da União) e 37 (administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes).

O primeiro deles, art. 22, inc. XXVII, conferiu à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”; o segundo, art. 37, XXI, estabelecendo a obrigatoriedade das obras, serviços, compras e alienações serem contratados mediante processo de licitação pública.

Do referido dispositivo são extraídas as bases principiológicas a serem perseguidas pelo legislador ordinário: i) igualdade de condições a todos os concorrentes; ii) cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta e, por fim; iii) qualificação técnica e econômica como indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Coube inicialmente à nº Lei 8.666/1993 cumprir o comando constitucional de instituir normas sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços – inclusive de publicidade – compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Ao lado da referida Lei, o regime licitatório era composto, também, pelas seguintes normas: Lei nº 10.520/2002 (instituiu o “pregão”) e Lei nº 12.462/2011 (instituiu o Regime Diferenciado de Contratação). Enquanto a

Lei nº 8.666/1993 seria aplicável a toda e qualquer contratação do Poder Público, as outras duas estavam sujeitas a determinados pressupostos sobre os quais serão tratados a seguir.

Após 27 anos marcados por um regime licitatório composto por leis esparsas e todas as dificuldades interpretativas causadas por um sistema descentralizado, em 1º de abril de 2021 foi publicada a Lei nº 14.133/2021, consolidando, em só diploma, as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011.

Sobre a nova norma, como bem pontou Carvalho Rezende (2021), estão consagradas algumas tendências das contratações públicas: i) planejamento e responsabilidade fiscal (ex.: relevância da gestão pública na utilização de recursos públicos escassos); ii) celeridade do procedimento, com a diminuição de formalidades desnecessárias e a utilização de tecnologia (ex.: inversão das fases de habilitação e julgamento; procedimentos eletrônicos); iii) promoção de valores constitucionais fundamentais (ex.: sustentabilidade ambiental); iv) preocupação com a eficiência econômica na contratação (ex.: fixação de critérios de desempenho para fixação de remuneração do contratado); v) maior transparência (ex.: a divulgação dos atos praticados na rede mundial de computadores), viabilizando o maior controle por parte da sociedade civil.

2.2 DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O REGIME LICITATÓRIO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 14.133/2021 (LEIS Nº 8.666/1993, Nº 10.520/2002 E Nº 12.462/2011)

Dentre as inúmeras definições e normas extraíveis da Lei nº 8.666/1993, referenciar-se-á apenas as que guardam afinidade com o tema do presente artigo, quais sejam: a definição de contratos, princípios aplicáveis, modalidades e tipos de licitações e procedimento licitatório.

É do art. 2º a definição de contrato administrativo decorrente de prévio procedimento licitatório/convênio administrativo. Trata-se de todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada, cujas cláusulas obrigatórias encontram-se inseridas no art. 55 e incisos da Lei nº 8.666/1993.

Os contratos realizados com a administração pública podem ser divididos em cinco tipos, de acordo com o objeto da contratação: de obras

públicas, de prestação de serviços, de fornecimento, de gestão, de concessão e de alienação.¹

Com o propósito de atender ao comando do poder constituinte originário, referida lei estabeleceu como princípios de observância obrigatória os da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e o da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, que aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Observa-se, pois, que a adoção de normas estruturantes de natureza principiológicas denotam a pretensão do constituinte em conferir ao administrador público certo grau de liberalidade no intuito de buscar a satisfação do interesse público em variados graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes em cada contratação.

A corroborar essa assertiva, abre-se parêntese para trazer à discussão a lição de Alexy (2006) quanto ao fato de os princípios consubstanciarem-se em “mandamentos de otimização”. Explica o jurista alemão que toda norma ou é uma regra ou é um princípio. Enquanto o primeiro é caracterizado pela pouca liberalidade do interprete, devendo esse seguir exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos; o segundo, enquanto mandamento de otimização, diferente de regra, é caracterizado pela possibilidade de satisfação em grau variado, dependente, pois, da conjugação de possibilidades jurídicas e fáticas.

1 Quando o objeto do contrato administrativo for a realização de **uma obra pública**, ela pode abranger a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação de um empreendimento público já existente. Os **contratos e prestação de serviços** englobam diferentes tipos de atividades, tais como: consertos, montagens, conservações, reparações, manutenções, transportes, publicidade, seguro e trabalhos técnico-profissionais. **Contratos de fornecimento** são utilizados para a aquisição de bens móveis de pessoas físicas ou jurídicas. Os **contratos de gestão** são realizados com entidades ou órgãos da administração direta, indireta ou organizações não governamentais, nos quais as partes envolvidas estabelecem objetivos, metas e prazos, bem como indicadores de desempenho, para realização de atividades e compromissos que descentralizam as atividades do Estado. Nos **contratos de alienação**, a administração pública irá transferir o domínio de bens móveis ou imóveis de sua propriedade para terceiros, mediante, em regra, prévia autorização legislativa. **Contrato de concessão** é um tipo de contrato que visa atender as regras da Lei nº 8.987/1995. Em síntese, em contratos de concessão o Poder Público transfere a uma pessoa jurídica ou consórcio de empresas a prestação de um serviço público nos quais o Estado atua como agente regulador da atividade econômica.

As modalidades licitatórias previstas na referida lei são: concurso, concorrência, tomada de preços, convite e leilão, cujo pressupostos de cabimentos para cada uma das modalidades atrelava-se, com exceção da modalidade concurso, aos valores envolvidos no certame. Como tipo de licitação, segundo o critério de julgamento adotado tem-se menor preço, maior lance, melhor técnica e preço e melhor técnica.

Outra importante característica da Lei nº 8.666/1993 diz respeito aos procedimentos a serem perseguidos, que, a rigor, estão divididos em duas fases macro: a interna e a externa.

Na primeira, em síntese, a administração verifica os pressupostos para a abertura da licitação, tais como averiguação de pluralidade de participantes em razão do objeto a ser licitado e tempo hábil para o procedimento. Na sequência, estipula os requisitos para habilitação, a modalidade e tipo da licitação e a elaboração do respectivo edital.

A publicação do edital representa o início da fase externa da licitação, que ocorrerá nas seguintes etapas: habilitação, julgamento da proposta, homologação e adjudicação. Percebe-se que a etapa de julgamento da idoneidade dos licitantes precede o exame das propostas, sendo que somente serão abertas a propostas daqueles que atenderem a etapa de habilitação.

Em outras palavras, no tempo de vigência da Lei nº 8.666/1993, a primeira fase externa – a habilitação – é a que demonstra que os licitantes têm capacidade, ou seja, qualificação econômico-financeira, para executar o objeto da futura contratação.

Por fim, outra característica que merece destaque para o objeto desse artigo é a que, com ressalva da hipótese de leilão, impede a modificação das propostas no curso da disputa. A proposta escrita, acaso vencedora, será aquela considerada mais vantajosa para a administração.

Outra norma que compõe a regime licitatório antes do advento da Lei nº 14.133/202 é a Lei nº 10.520/2002, que institui a licitação denominada de pregão – um leilão, preferencialmente eletrônico, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito dos entes federados.

Sobre essa modalidade, o tema que envolve a melhor definição de quais são os “bens comuns” tem sido um dos mais debatidos pela doutrina administrativa. Em princípio, prevalece a ideia de que “são aqueles bens disponíveis no mercado, com características padronizadas, que podem ser fornecidos satisfatoriamente por um fornecedor qualquer. Não há impedimento a que bens

complexos sejam adquiridos mediante pregão. Assim, por exemplo, admite-se o uso do pregão para a aquisição de helicópteros – os quais são reputados como um objeto comum porque as suas configurações são padronizadas” (JUSTEN FILHO, 2013).

O pregão, que assume modalidade presencial ou eletrônica², é decidido apenas por um critério: o menor preço. A rigor, o objetivo do administrador ao optar por essa modalidade é, via redução crescente de preços entre os competidores e estimulada pelo leiloeiro, obter, de forma simplificada, a proposta mais vantajosa para a administração pública. Lado outro, segundo Justen Filho (2013), uns dos problemas mais sérios experimentados pela modalidade, em seu nascedouro, foi a redução da qualidade dos produtos adquiridos e o fato de, em princípio, privilegiar grandes empresas com margens significativas para redução de lucros.

Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Conta da União, a não-adoção do pregão deverá ser devidamente justificada e motivada. Isso porque, a sua obrigatoriedade estendeu-se, com o Decreto Federal nº 5.504 de 5/8/2005, a todos aqueles que realizarem aquisições/contratações utilizando recursos voluntariamente repassados pela União, abrangendo, inclusive, entes privados que tenham recebido recursos da União através de transferência voluntária³.

Ressalta-se que a obrigatoriedade contida no art. 4º, *caput* e §1º do Decreto nº 5.450/2005 não se estende automaticamente aos estados, Distrito Federal e municípios, por ser o Decreto aplicável apenas à esfera federal e aos entes que recebam recursos repassados voluntariamente pela União. Entretanto, estados e municípios podem, ao baixar normas próprias, estabelecer essa mesma obrigatoriedade quanto ao uso do pregão, ou mesmo, estabelecer como parâmetro, as normas do Decreto Federal.

Em relação às entidades privadas sem fins lucrativos, em 2007, houve a fle-

2 Consoante os termos do Acórdão 1700/2007 Plenário/ TCU, o uso da modalidade pregão obrigatoriamente na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, não confundível com opção discricionária, de conformidade com o § 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005.

3 No Acórdão 137/2010/TCU Primeira Câmara foi assentada a obrigatoriedade da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, quando se tratar de serviços comuns, definidos como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado, em conformidade com o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, e com o item 9.2.1 do Acórdão no 2471/08, todos do Plenário.

xibilização da obrigatoriedade do pregão eletrônico, pois o Decreto Federal nº 6.170/2007 determinou “(...) a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.”

Por fim, a Lei nº 12.462/2011 criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com um objetivo bastante específico: contratações de obras e serviços necessários aos eventos esportivos que seriam realizados no Brasil (Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas e Paraolimpíadas Rio 2016), conforme incisos originais do art. 1º, incisos I ao II.

Em princípio, a sua finalidade era exclusiva para este fim e seu objetivo era trazer maior eficiência e transparência às contratações. Assim, passados estes eventos esportivos, não haveria mais cabimento o uso do RDC e ele perderia sua validade em 2016.

Entretanto, logo após ser publicada, a lei começou a sofrer significativas alterações para aumentar a sua abrangência, o que implicou em um *status* de modalidade permanente de licitação pública adotável, abarcando, doravante, as seguintes hipóteses: obras e serviços para aeroportos das capitais distantes até 350 km das cidades sedes da Copa; ações integrandos do PAC⁴ e obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS⁵; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo e as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística;⁶ e, por fim, das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.⁷

Assim como no pregão, as licitações pelo RDC podem ser promovidas de forma eletrônica ou presencial. A princípio, no RDC há uma etapa inicial de natureza competitiva. Na sequência, tem-se o exame e o julgamento dos documentos probatórios da idoneidade do licitante, cabendo à autoridade admi-

4 Possibilidade acrescida pela Lei 12.688/2012.

5 Possibilidade acrescida pela Lei 12.745/2012.

6 Possibilidades acrescidas pela Lei 13.190/2015.

7 Possibilidade acrescida pela Lei 13.243/2016.

nistrativa a opção de inverter a ordem das etapas, mediante razões justificadas.

A modalidade oferece alguns mecanismos exclusivos, posteriormente, incorporados a outras modalidades de licitação. Dentre eles, destaca-se:

- a. inversão da ordem das fases de habilitação e de julgamento;
- b. o edital adotará o modo de disputa aberto, fechado ou combinado;
- c. a obra deve ser entregue no prazo e no preço contratados, em condições imediatas de operação, vedado qualquer aditivo por falha na elaboração e execução dos projetos;
- d. possibilidade de contratação integrada, regime de execução de obras e serviços de engenharia, em que a licitação se baseia num anteprojeto de engenharia. Caberá ao contratado elaborar o projeto básico e o executivo, arcando com os riscos decorrentes;
- e. possibilidade de utilização da remuneração variável, instituindo prêmios e sanções pecuniárias para o contratado conforme o grau de atendimento das condições estabelecidas no edital e efetivamente contratadas;
- f. sigilo do orçamento entre os participantes da licitação. Apesar da publicidade ser um princípio constitucional, prevaleceu a justificativa no intuito de evitar o conluio e outras práticas anticoncorrenciais;
- g. fase recursal única, ao final de todo o processo;
- h. possibilidade de indicação de marca e modelo específicos, desde que haja justificativa. As hipóteses de preferência de marca/modelo estão previstas no art. 7º, inciso I, alíneas a, b e c.;
- i. instituição do Contrato de Eficiência, que admite que um particular seja contratado para aperfeiçoar os serviços e instalação da administração, com o objetivo de reduzir despesas correntes. Trata-se de um contrato de risco, porquanto o particular será remunerado mediante uma participação nos resultados decorrentes da redução das despesas. Caso este não seja alcançado, a remuneração pode ser reduzida ou, ainda, sofrer sanções por inexecução do contrato.

Por fim, observa-se que, desde o advento da Constituição de 1988, referidas normas, a seu tempo, convivem com legislações estaduais e municipais, bem com outras pertinentes a contratos específicos – como a Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), a Lei nº 11.079/2004 (instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública), o Decreto nº 3.931/2001, revogado pelo Decreto nº 7.892/2013

(instituiu o Sistema de Registro de Preços), a Lei nº 12.232/2010 (dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda) e, por fim, a Lei nº 13.303/2013 que, dentre outros, regula as licitações de empresas estatais que explorarem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, além da Lei nº 13.334/2016 (criou o programa de Parcerias de Investimento).

3. A LEI Nº 14.133/2021 E SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Durante o período de dois anos⁸, a contar da publicação oficial da nova legislação, as disposições da Lei nº 14.133/2021 coexistirão com as regras da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 12.462/2011, exceto quanto às disposições penais da Lei nº 8.666/1993, que foram revogadas de imediato. Após o decurso de dois anos (em 1º de abril de 2023), essas normas antigas serão revogadas.

A esse período, parte relevante da doutrina administrativista tem denominado de vigência diferida, porquanto faculta à administração a escolha do regime licitatório a ser utilizado no período, sem implicar combinação de regras, hipótese vedada pelo art. 191 da NLLCA (PINHEIRO, 2021).

Dentre as inovações fundamentais da norma, algumas são de importância salutar, quais sejam: a) projeto executivo como requisito obrigatório ao procedimento licitatório, b) matriz de riscos em contratos de grande vulto, c) contratação integrada e semi-integrada, d) diálogo competitivo como modalidade de licitação.

Como abordado em tópico próprio, no campo de vigência da Lei nº 8666/1993, era da administração a responsabilidade pela execução de projetos básico, o que, na prática, dava ensejo a projetos de baixa qualidade tendo a vista a pouca especialização dos órgãos públicos.

A Lei nº 8.666/1993 exige apenas o projeto básico para dar início à licitação, sendo o projeto executivo – que revela os detalhes da obra – elaborado depois de assinado o contrato administrativo, pelo próprio contratado, o que, alfm, motivou uma série de termos aditivos. O Tribunal de Contas da União

8 A Lei nº 14.133/2021 não revogou a legislação anterior, que continuará vigente até o final do prazo de dois anos disposto pelo art. 193, II. “A Administração poderá escolher que regime de licitação e contratação irá aplicar”, nos termos do art. 191. Como regra geral, a nova lei não se aplica aos contratos anteriores (art. 190).

editou a Súmula 261,⁹ cujo propósito foi conferir balizas objetivas aos termos aditivos motivados por falhas em projetos básicos e executivos¹⁰.

A NLLCA, a teor do art. 46, §2º, tenta equacionar a questão, exigindo que a licitação, desde o início, seja promovida com a obrigatoriedade do “projeto completo”, qual seja, o básico e executivo (salvo exceções literais, como nas contratações integradas e semi-integradas)

Em relação à matriz de risco, no campo de vigência da Lei nº 8.666/1993, quando se falava em riscos contratuais, estava em pauta eventos futuros e incertos que, se ocorressem, seriam então sindicados e reduzidos a teorias tradicionais, porquanto afetos à álea extraordinária dos contratos, tais como o fato do príncipe ou a teoria da imprevisão. Os riscos eram proporcionalmente pequenos e poderiam ser definidos *ex post* e, assim, gerar impactos administráveis, extraordinários e não precificados.

A experiência administrativa evidenciou que nem todas as informações imprescindíveis à completude dos contratos estariam ao alcance dos contratantes, fazendo, pois, surgir a ideia de matriz de riscos, conceituada no art. 6º, XX-

9 Súmula 261/TCU. “Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.”

10 Sobre a alteração contratual com o fim de corrigir os erros de projeto e realizar novos procedimentos licitatórios *versus* prejuízos à continuidade dos contratos em andamento, transcrevem-se comentários produzidos à luz da jurisprudência do TCU: “Um critério decisivo nessa avaliação de ‘vantajosidade’ na manutenção de contratos inquinados de vícios – a ser apreciada, frisamos, em cada caso concreto – tem sido o estágio de execução contratual. Em obras ainda em seu embrião, quando não iniciadas (ou quando recém-começadas), tem-se optado pela anulação da licitação. Nesses casos, via de regra, a depreciação da obra e os eventuais prejuízos à manutenção do passivo de serviços não é de tal monta que materialize o interesse público primário na sua continuidade. Outra linha jurisprudencial convergente diz respeito às obras em estágio mais avançado de execução, mais próximas de seu término. No caso de irregularidade envolvendo dano concreto e quantificável, frustradas as tratativas de convalidação dos vícios pela via administrativa (art. 8º da Lei nº 8.443/1992), tende-se a possibilitar a continuidade dos contratos e determinar a instauração de tomada de Contas Especial para reaver o dano, mesmo antes do término daqueles ajustes. A retenção cautelar de valores, até o deslinde meritório do vício, ou o estabelecimento de garantias extras, como fianças, também são largamente utilizados pelo TCU como alternativa à paralisação dos empreendimentos”. (CAMPELO, 2013)

VII,¹¹ da norma.

Em síntese, a matriz de risco é uma cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, visto que distribui entre os contratantes, desde logo, a responsabilidade pelos ônus financeiros decorrentes dos eventos futuros e incertos que possam promover o desequilíbrio dessa equação depois da apresentação da proposta na licitação.

Por meio dela, pretende-se investigar, antes da celebração do contrato administrativo, quais eventos futuros e incertos podem ser expectados, bem como qual dos contratantes teriam condições de os administrar de modo mais eficiente – atribuindo-se a ele a responsabilidade objetiva pela gestão e solução de tais riscos.

Consoante o disposto no § 3º, do art. 21, quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou estiverem sendo adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Estabelecida a cláusula de matriz de riscos, o reequilíbrio econômico-financeiro do valor contratado diante da ocorrência de qualquer fato extraordinário que repercuta sobre o encargo e que apresente natureza extracontratual – *ex vi* do atual art. 124, inciso II, alínea “d” c/c art. 134 – somente terá cabimento se o fato extraordinário ocorrido não tiver sido contemplado na matriz de riscos.

Antes de adentrar na conceituação de contratação integrada¹² e semi-inte-

11 Art. 6º, XXVII – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

12 No Acórdão/TCU nº 1.388/2016, o Plenário firmou compreensão que a opção pelo

grada, que, desde já – registra-se tratar-se de um dos sete regimes de contratação para execução indireta de obras e serviços de engenharia – necessário rememorar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 9º, inc. II, proíbe que o autor do projeto básico e o executor da obra recaíssem sobre a mesma pessoa, sob pena de frustração do caráter competitivo do certame.

No que concerne as empreitadas de obra pública, desde a vigência da Lei nº 12.462/2011 a situação foi relativamente balanceada, porquanto os artigos 8º, inc. V, e 9º, transferiram os projetos básico e o executivo para a responsabilidade do futuro contratado. Em contrapartida, proibiu-se expressamente a celebração de termos aditivos, salvo nas hipóteses de “caso fortuito ou força maior” e “necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação.

Em termos bastante sintéticos e ainda se referindo ao modelo do RDC, vale citar a definição de Ribeiro, Prado e Pinto Junior (2012), que definiram a contratação integrada como aquela capaz de combinar prestações de natureza distinta, abrangendo simultaneamente a realização de obra pública ou a prestação de serviços de engenharia, com a confecção dos respectivos projetos básico e executivo, nos quais o contratado é uma espécie de “faz tudo”: elabora os projetos básico e executivo, executa a obra e a entrega em pleno funcionamento.

Doravante, consoante o disposto no art. 46 da NLLCA, os regimes de contratação para execução indireta de obras e serviços são: a) empreitada por preço unitário, b) empreitada por preço global, c) empreitada integral, d) contratação

regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011) deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente e considerem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global, e, entre outros aspectos e quando possível, considerem a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento. Já no Acórdão/TCU nº 2.618/2018, o Plenário afirmou que a opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei nº 12.462/2011 que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra competição entre as licitantes para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.

por tarefa, e) contratação integrada, f) contratação semi-integrada e g) fornecimento e prestação de serviço associado.

As modalidades contratação integrada e semi-integrada, seguindo a experiência da Lei nº 12.462/2011, são definidas, sucessivamente, como regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, e como regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver apenas o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais.

É expressamente vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, contudo, a Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente.

Por fim, há o diálogo competitivo¹³ que, inspirado no Direito europeu, é uma nova modalidade licitatória. A essência do diálogo competitivo é viabilizar, no curso do próprio procedimento licitatório, a construção da solução mais satisfatória para objetos demasiadamente complexos, seja pelas características técnicas, financeiras ou mesmo jurídicas. A flexibilidade não predomina em todas as fases da licitação. A lógica procedimental é, basicamente, a seguinte: (i) uma primeira etapa, aberta, de qualificação dos potenciais licitantes que pretendam apresentar soluções; (ii) uma segunda fase dinâmica e dialógica, na qual abre-se espaço para que os licitantes ofereçam soluções para o desenvolvimento do objeto; (iii) uma terceira fase, após encontrada a solução mais satisfatória, de julgamento das propostas.

As etapas da qualificação (primeira fase) e da seleção das propostas (terceira fase) são rígidas como ocorre em qualquer procedimento licitatório. O diálogo com os operadores econômicos e, por conseguinte, a flexibilidade para a definição do objeto se configura apenas na segunda fase.

13 O art. 6º, inciso XLII da Lei conceitua diálogo competitivo como “a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo”.

Afigura-se viável a adoção da modalidade nas hipóteses nas quais a administração vise contratar objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica; ou diante da impossibilidade das especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração.

A propósito, referencia-se as seguintes características do diálogo:

- a. é vedado à Administração revelar as soluções propostas por cada licitante sem o seu consentimento;
- b. a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades. As reuniões com os licitantes serão registradas em ata e juntado ao processo administrativo da licitação;
- c. definida a solução, inicia-se a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a descrição do objeto – a partir da solução encontrada na fase anterior – com a definição dos critérios objetivos para selecionar a proposta mais vantajosa. A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas, conquanto não impliquem em discriminação ou distorção da concorrência;
- d. a condução do diálogo competitivo estará a cargo de Comissão formada por pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos integrantes do quadro permanente da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Nota-se, pois, que a introdução da modalidade diálogo competitivo, apesar de desafiadora, pode se revelar uma excelente ferramenta, porquanto permite flexibilidade na construção de soluções para o ambiente público em conjunto com os *players* do mercado.

4. O PL Nº 7.063/2017 E AS CONTRATAÇÕES DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

De autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 7.063/2017, que visa alterar a Lei nº 11.079/2004 para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por estados, Distrito Federal e municípios para, respectivamente, R\$ 20 milhões no âmbito da União, R\$ 10 milhões no âmbito dos estados e R\$ 5 milhões no âmbito dos municípios.

Em agosto de 2019, foi instalada, no âmbito do Senado Federal, Comissão Especial incumbida da missão de modernizar a legislação sobre concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas e, por consequência, proferir parecer ao referido projeto de lei¹⁴.

As proposições examinadas pela Comissão foram as seguintes:

- **PL nº 7.063/2017, do Senador Antônio Carlos Valadares, que reduz os valores mínimos dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por estados e municípios, respectivamente, para R\$ 10 milhões e R\$ 5 milhões); (grifo nosso)**
- PL nº 2.892/2011, do Deputado Paulo Abi-Ackel e outros, que tem por objetivo incluir os estados e municípios no Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP); estabelecer normas para a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP); estabelecer isenção de Cofins e PIS/PASEP nas receitas provenientes de contraprestação ou indenizações pagas no âmbito dos contratos de concessão; excluir o envio de relatórios semestrais; e prever a possibilidade de pagamento da contrapartida da administração pública antes da disponibilização do serviço contratado;
- PL nº 1.650/ 2015, dos Deputados Fábio Garcia e Hildo Rocha, que reduz os valores mínimos dos contratos de parcerias público-privadas para R\$ 5 milhões e amplia o teto do comprometimento da receita corrente líquida do ente público com PPPs;
- PL nº 2.039/2015, do Deputado Rogério Rosso, que também amplia o teto do comprometimento da receita corrente líquida do ente público com PPPs;
- PL nº 2.365/2015, do Deputado Célio Silveira, que altera a Lei nº 11.079/2004 para prever que a contratação de parceria será precedida de licitação regida pelo Regime Diferenciado de Contratações; dispor que o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP), as agências reguladoras, as Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os Presidentes dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e o Procurador-Geral da República terão competência para definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos,

14 Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0dyrctndsfwu14b1z7jgvr3065455808.node0?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-19-11-2019>. Acesso em 28/11/2021

autorizar a abertura da licitação, aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos;

– PL nº 4.076/2015, da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada a investigar a prática de atos ilícitos no âmbito da Petrobras, entre os anos de 2005 e 2015, que pretende alterar a Lei nº 11.079/2004, para prever que a sociedade de propósito específico e seus contratos se submeterão ao controle dos tribunais de contas e de outros órgãos de controle, ficando vedado aos agentes da administração pública interferir na gestão empresarial daquela sociedade, sob pena de incorrer em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992;

– PL nº 6.780, de 2016, do Deputado Roberto de Lucena, que trata da exclusão definitiva do valor do aporte de recursos no âmbito das Parcerias Público-Privadas da base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB);

– PL nº 7.869, de 2017, do Deputado Luiz Carlos Hauly, que reduz para R\$ 1 milhão o valor mínimo para celebração de contrato de parceria público-privada nos municípios com menos de cem mil habitantes.

Dada a complexidade dos trabalhos, alfim a Comissão optou por apresentar, como fruto das atividades, em formato de projeto de lei o que denominaram de Lei Geral de Concessões (LGC). Verdadeiro compêndio legislativo, composto por 224 artigos e que, consoante consignado em relatório final, teria sido construído com a “opinião de mais de 50 especialistas, que bridaram com robustas manifestações escritas, além das propostas do Governo, que foi um importante colaborador para essa nova lei.”

Dentre os principais pontos apresentadas pela Comissão, soblevam-se os seguintes:

- a. assim como ocorre na Lei nº 11.133/2021, o início de vigência de LGC seria diferido. Caso aprovada nos termos propostos, seriam automaticamente revogados o parágrafo único do art. 67 da Lei nº 9.605/1998; o *caput* e o § 1º do artigo 2º da Lei nº 9.074/1995; o § 6º do art. 1º da Lei nº 11.478/2007. E, após decorrido um ano da data da publicação da futura lei, a Lei nº 8.987/1995; os artigos 31, 33, 34, 35 e 36 da Lei nº 9.074/1995 e Lei nº 11.079/2004.
- b. não obstante a constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do PL nº 7.063/2017, foi ele rejeitado pelo fato de propor a fixação

de valores mínimos diferenciados, por ente político, para a contratação de parcerias público-privadas. Essa limitação seria contrária ao substitutivo apresentado, que deixaria de condicionar as concessões em parceria a um valor mínimo.

A proposta substitutiva, doravante denominada de Projeto de Lei para a Lei Geral de Concessões (PLLGC) é consolidar, em um único instrumento, a Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) e a Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas), contexto em que as concessões patrocinada e administrativa serão reunidas em uma única modalidade de concessão, que será denominada de concessão em parceria, sem prejuízo, da modalidade concessão comum.

Sobre o compartilhamento dos riscos, o substitutivo prevê sua possibilidade em concessões comuns, além da obrigatoriedade de matriz de risco para todas as concessões, assim como o fez a Lei nº 14.133/2021 nas contratações de obras e serviços de grande vulto, e de contratações integradas ou semi-integradas.

Quanto ao procedimento licitatório, não obstante consentâneo com dispositivos da Lei nº 14.133/2021, o texto inova trazendo a possibilidade de licitação conjunta (multimodal) de serviços conexos, na hipótese de ganhos de escala, eficiência econômica ou complementariedade de escopo.

O PLLGC permite que, dentre outras vantagens ao licitante/concessionário: i) receitas acessórias sejam auferidas parcial ou integralmente pela concessionária, a fim de tornar mais atrativos os empreendimentos associados à infraestrutura; ii) a prioridade de tramitação dos licenciamentos ambientais para projetos de concessão nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama); iii) a possibilidade de apresentação de plano de transferência de controle pela concessionária em caso de caducidade, bem como a possibilidade de apresentação de plano de recuperação e correção das falhas em caso de intervenção ou caducidade; e iv) a não aplicação dos limites previstos na Lei de Licitações às alterações dos contratos de concessão.

A parceria público-privadas, acaso aprovado o substitutivo, será denominada de concessão em parceria. Sobre elas, o PLLGC traz as seguintes considerações: i) é do órgão gestor a competência para, mediante decreto, definir os serviços prioritários para execução no regime de concessões; disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos e autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; ii) A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos estados, Distrito Federal e municípios quando a criação

ou aumento de despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das concessões em parceria já contratadas por esses entes tiver excedido determinado percentual receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais criadas ou aumentadas pelos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a 15% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Observa-se, pois, que a aprovação do substituto marcará uma ampla reforma no sistema das contratações administrativas brasileiras correlacionados às concessões públicas. De fato, no campo das contratações de parcerias público-privadas, a aprovação do parecer da comissão implica perda de objeto da PL nº 7.063/2017, pelo simples fato de que a nova modalidade – concessão em parceria – além de não mais subdividir-se em patrocinada e administrativa, não submeter-se-á aos limites financeiros hoje prevalentes no âmbito da Lei nº 11.079/2004.

Por fim, registra-se preocupação da PLLGC em incorporar as inovações da Lei nº 14.133/2021, tendo, inclusive, o próprio art. 180 dessa lei já promovido as primeiras alterações no *caput* do art. 10 da Lei nº 11.079/2004, para determinar que a contratação de parceria público-privada seja também precedida de licitação, ao lado na modalidade concorrência, também pelo diálogo competitivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do referido artigo foi examinar os impactos da Lei nº 11.133/2021 nas licitações e contratações administrativas brasileiras, com ênfase nas suas principais inovações, para alfm, correlacioná-las ao Projeto de Lei nº 7.063/2017, que altera a Lei nº 11.079/2004 para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por estados, Distrito Federal e municípios para, respectivamente, R\$ 20 milhões no âmbito da União, R\$ 10 milhões no âmbito dos estados e R\$ 5 milhões no âmbito dos municípios.

Ao longo dos trabalhos, verificou-se que em agosto de 2019 foi instalada, no âmbito do Senado Federal, uma Comissão Especial incumbida da missão de modernizar a legislação sobre concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas e, por consequência, proferir parecer ao referido projeto de lei.

Referida Comissão, após intenso trabalho junto à comunidade de especialistas, optou por apresentar proposta substitutiva, denominada no presente trabalho de Projeto de Lei para a Lei Geral de Concessões (PLLGC), cujo propósito seria consolidar, em um único instrumento, as Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) e nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas).

A aprovação do substitutivo implicará na extinção das concessões patrocinada e administrativa para dar lugar a uma única modalidade de concessão – a concessão em parceria, sem prejuízo da modalidade concessão comum, sendo muitas das inovações trazidas pela Lei nº 11.1333/2021 incorporadas à proposta legislativa.

Não obstante a escurreita observância dos atributos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL nº 7.063/2017, o fato é que a referida norma encontra-se divorciadas dos anseios da modernidade. Isso porque, a atual legislação de concessões – Leis nº 8.987 e nº 9.074, ambas de 1995 – foram editadas com o objetivo de regular o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Propor alterações pontuais, que pouco mudam na estruturação de leis já ultrapassadas, em nada contribui para o avanço da economia.

O fato é que nos últimos 30 anos o País e o mundo passaram por grandes e incalculáveis avanços nas mais diversas áreas do conhecimento. O desafio hoje enfrentado pelos Estados soberanos, sobretudo o brasileiro, está em uma redefinição de seu papel, de forma que o ente estatal paulatinamente se afaste da função de provedor e assuma um papel de regulador da atividade econômica, e nessa função, promova a ampliação do uso das concessões.

Para que o setor alcance eficiência satisfatória, é de se esperar que medidas legislativas amplas, e não modestas, tais como o Projeto de Lei para a Lei Geral de Concessões, com vistas a apoiar a modernização das atividades econômicas, e que reserve aos Poderes públicos apenas o controle moderado dos agentes e das atividades econômicas, sejam levadas a efeito no âmbito das Casas Legislativas.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PLP Nº 33/2020

A PRESERVAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS

Paulo de Tarso Sanseverino

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 33/2020, em tramitação no Congresso Nacional, versando acerca da renegociação especial judicial e extrajudicial de dívidas das micro e pequenas empresas brasileiras (MPEs), da sua liquidação simplificada e da sua falência, pretende instituir, em última análise, o denominado “marco civil de reempreendedorismo” no Direito brasileiro.

A proposta legislativa, iniciada no Senado Federal e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, cumprindo um dos princípios reitores da ordem econômica, estatuído no art. 170, IX, da Constituição Federal (tratamento favorecido às empresas de pequeno porte), estabelece a simplificação dos procedimentos de renegociação e reestruturação das dívidas micro e pequenas empresas na via judicial ou extrajudicial, inclusive no momento de sua extinção (liquidação ou falência), para fomentar a sua volta ao mercado (“reempreendedorismo”).

Com esse objetivo, procurando colmatar lacunas da Lei nº 11.101/2005 (Lei da Recuperação Judicial e Falência) relativamente às empresas de pequeno porte, o projeto disciplina a renegociação judicial e extrajudicial das dívidas, bem como a liquidação simplificada e a falência das MPEs.

A louvável iniciativa legislativa, apropriadamente denominada com o neologismo “reempreendedorismo”, dirige-se aos pequenos empresários malsucedidos em seus empreendimentos iniciais por diferentes razões (planejamento equivocado, inexperiência administrativa, crise econômica, etc.), procurando permitir que possam recomeçar as suas atividades empresariais sem a carga do passivo da atividade anterior.

Tenta-se modificar a cultura empresarial brasileira, que olha de soslaio os empreendimentos frustrados, diversamente de outros países, como os Estados Unidos, em que o risco e a quebra são vislumbrados como aspectos inerentes ao empreendedorismo, estimulando-se o recomeço da atividade empresarial (*fresh start*).

Com efeito, lucro e risco são faces da mesma moeda. Se o objetivo de toda atividade empresarial é o lucro, o risco é a sua contrapartida, podendo qualquer negócio fracassar, inclusive com a possibilidade de quebra.

Esses MPEs, normalmente jovens empresários, devem ser estimulados a desenvolver novos projetos, corrigindo eventuais e naturais equívocos cometidos no limiar de sua atividade empresarial e retornando ao mercado.

Conforme dados oficiais do SEBRAE, os pequenos negócios totalizam 18,3 milhões de micro e pequenas empresas, correspondendo a cerca de 99%

das empresas brasileiras, contribuindo com aproximadamente 70% dos empregos gerados em 2021 e participando em 30% no PIB do País.

Apesar disso, têm permanecido alijadas das soluções apresentadas pela Lei nº 11.101/2005, conforme pesquisa realizada pelo NEPI da PUCSP, relatando que, entre janeiro de 2010 e julho de 2017, de um total de 906 processos de recuperação judicial ajuizados em Comarcas do Estado de São Paulo, apenas 94 eram de empresa de pequeno porte (10,3%) e 92 de microempresas (10,1%)¹.

Na realidade, as micro e pequenas empresas brasileiras necessitam de soluções mais simples, eficientes e desburocratizadas para superação de eventuais crises econômico-financeiras, cuja ocorrência faz parte do cotidiano de qualquer empreendimento.

Por isso, em boa hora, o PLP nº 33/2020 procura instituir mecanismos para simplificar a renegociação especial das dívidas na via judicial ou extrajudicial das pequenas empresas. Esse é o objetivo do PLP nº 33/2020, que, guardando íntima conexão com o princípio de função social da empresa, um dos pilares do sistema brasileiro de recuperação de empresas em dificuldades, busca a preservação das MPEs em crise econômico-financeira.

A presente exposição será desenvolvida em três partes, sendo a primeira destinada ao exame do princípio da função social da empresa no Direito brasileiro, com ênfase no princípio da preservação da empresa, enquanto, na segunda parte, a sua concreção na jurisprudência do STJ e, na terceira parte, a sua positivação no PLP nº 33/2020.

2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A compreensão do princípio da função social da empresa no Direito brasileiro exige a sua contextualização em face dos demais princípios reitores de nosso sistema de Direito Privado: a autonomia privada; a boa-fé objetiva; a função social do contrato; a função social da propriedade; o dirigismo estatal.

2.1 INSERÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO

O princípio da autonomia privada, mais conhecido por princípio da autonomia da vontade, constitui a pedra angular do sistema de Direito Privado,

¹ WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORREA, Fernando. “Recuperação judicial no Estado de São Paulo – Segunda fase do observatório de insolvência”.

consubstanciando a ideia de liberdade contratual e representando o poder assegurado pela ordem jurídica a cada pessoa de dispor acerca dos seus interesses, dos seus negócios, dos seus bens.

No plano do Direito Empresarial, a autonomia privada é consubstanciada no princípio do livre desenvolvimento de qualquer atividade econômica, sem necessidade, salvo nos casos expressamente previstos em lei, de autorização do poder público para o seu exercício (art. 170, § único, da Constituição Federal/ CF).

Apesar de ser o mais importante, o princípio da autonomia privada não é absoluto, sendo restringido pelos demais princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, especialmente a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III, CF), a função social do contrato (art. 421 do Código Civil/ CC), a boa-fé objetiva (art. 422, CC) e o dirigismo estatal.

O Código Civil, em seu art. 421, abre a parte geral dos contratos, enfatizando a importância da liberdade contratual, mas estabelecendo imediatamente uma restrição ao estatuir que ela será exercida em razão e nos limites da função social do contrato a ser analisada em seguida.

Na sequência, o legislador brasileiro do Código Civil, no art. 422, preocupou-se com o aspecto ético das relações contratuais, positivando o princípio da boa-fé objetiva, que constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade. Não deve ser confundida com a boa-fé subjetiva (*guten Glauben*), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (v.g. posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo).

O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi consagrado pelo Código Civil alemão (BGB), ao estatuir simplesmente, em seu § 242, que “o devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfico social”². A partir dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã construiu o princípio no seu sistema de Direito Privado, servindo de modelo para outros ordenamentos jurídicos, inclusive para o Direito brasileiro.

² “§ 242. (*Leistung nach Treu und Glauben*) Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

A boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo (fase pré-contratual), passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação (fase pós-contratual), podendo ser vislumbradas em três grandes perspectivas, que foram devidamente positivadas pelo Código Civil de 2002: (a) diretriz para interpretação dos negócios jurídicos (função interpretativa – art. 113); (b) criação de novos deveres na relação obrigacional (função integrativa – art. 422); (c) limitação dos direitos subjetivos (função de controle – art. 187).

Finalmente, o princípio do dirigismo estatal fixa os limites estabelecidos pela ordem pública nas relações de Direito Privado, aparecendo tanto na Constituição Federal (art. 170, § único), quanto no Código Civil (art. 2.035) ou em leis especiais (Lei de Locações, Código de Defesa do Consumidor/ CDC), para tutelar a vulnerabilidade de determinados agentes econômicos (locatário, consumidor) com normas cogentes.

A colocação desse elenco de normas principiológicas no pórtico de abertura da parte geral do Direito dos contratos, que é instituto nuclear do sistema de Direito Privado, não foi casual, tendo clara influência do Filósofo do Direito Miguel Reale³, que, em vários momentos de sua monumental obra jurídica e filosófica, deixou expressa a sua preocupação com as diretrizes da eticidade (boa-fé objetiva) e da socialidade (função social), inserindo-se, nesse contexto, o princípio da função social da empresa no sistema de Direito Privado.

2.2 FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

A preocupação dos juristas com a funcionalização dos direitos subjetivos passa a ocorrer na passagem do Estado Liberal (Século XIX) para o Estado Social (Século XX).

O célebre conceito oitocentista formulado por Savigny, segundo o qual direito subjetivo seria “o poder da vontade como expressão da liberdade humana”, passou a ser duramente criticado a partir do final do Século XIX, preconizando-se a funcionalização dessa noção, com o estabelecimento de limites internos (teoria interna) ou externos (teoria externa)⁴.

3 REALE, Miguel. “O Projeto de Código Civil”. São Paulo: Saraiva, 1986; Visão geral do novo Código Civil. *Novo Código Civil Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

4 MARTINS-COSTA, Judith. “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista DIREITO GV*, São Paulo, v. 1, nº 11, p. 41-66, maio, 2005, p. 48.

Essa preocupação teórica foi transposta para a prática jurídica, passando a ser positivada em vários ordenamentos jurídicos, com destaque para a Constituição de Weimar (1919), ao estatuir a noção de função social da propriedade com um enunciado sintético, mas extremamente significativo: “a propriedade obriga”.

No Brasil, a Constituição de 1934 relaciona, com primazia, o direito de propriedade ao interesse social, competindo à Constituição de 1967 mencionar pela primeira vez o princípio da função social da propriedade em sede constitucional.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1988, após arrolar a função social da propriedade no elenco de direitos fundamentais (art. 5º, XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”) e como um dos princípios reitores da ordem econômica (art. 170, III), procurou delinear o seu conteúdo⁵.

Ao versar especificamente acerca da propriedade urbana (art. 182), estabeleceu a necessidade de respeito às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor, fixando as correspondentes sanções para o seu descumprimento⁶. E, ao regular a propriedade rural (art. 186), estatuiu a necessidade de

5 SILVA, Luís Renato Ferreira. “A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social”. In *O novo Código Civil e a Constituição* (org. SARLET, Ingo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

6 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º **A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.** § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

que seja produtiva, também fixando sanções para o seu descumprimento (imposto, usucapião, desapropriação)⁷.

Assim, os contornos do princípio da função social da propriedade estão razoavelmente delineados, em diferentes perspectivas, na própria Constituição Federal, estabelecendo a sua configuração e estatutando as sanções para o seu descumprimento.

O mesmo não ocorreu com a função social do contrato, cuja responsabilidade pela fixação do seu conteúdo foi transferida para a doutrina e para a jurisprudência.

2.4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O princípio da função social do contrato recebeu um especial destaque do legislador do Código Civil de 2002, abrindo o capítulo do direito dos contratos, com a estatuição, em seu art. 421, de que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, sem esclarecer, porém, o seu conteúdo ou as sanções para o seu descumprimento.

Note-se que, em relação à boa-fé objetiva, cujo grau de abstração assemelha-se ao da função social do contrato, o legislador delineou as suas três principais funções através de três diferentes enunciados normativos: (a) função interpretativa (art. 113); (b) função integrativa (art. 422) e (c) função de controle (art. 187).

Miguel Reale procurou esclarecer os contornos da função social do contrato, afirmando consubstanciar a ideia de solidariedade social como consectário da diretriz da socialidade a ser seguida pelos contratantes em suas relações negociais⁸.

Com efeito, a função social, ao relativizar a liberdade contratual, indica que o contrato, além de instrumento para consecução dos interesses individuais das partes contratantes, deve garantir também trocas justas e úteis que atendam também ao bem comum.

7 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁸ REALE, Miguel. “O Projeto de Código Civil”. São Paulo: Saraiva, 1986; Visão geral do novo Código Civil. *Novo Código Civil Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A noção de bem comum é a pedra angular para compreensão tanto da função social da propriedade, quanto da função social do contrato ou da própria função social da empresa, tendo sido magnificamente sintetizada por Miguel Reale como o “bem social ideal”, que consiste em servir o coletivo respeitando a personalidade de cada um.

Gustavo Tepedino observa que a função social do contrato deve ser compreendida como um princípio que impõe às partes contratantes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses contratuais individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes relacionados com o contrato ou por ele atingidos⁹.

Identifica-se, na doutrina, a atuação da função social do contrato como cláusula geral restritiva e como cláusula geral regulativa. Como cláusula geral restritiva, erupciona através de institutos como o abuso de direito (art. 187, CC) ou as cláusulas abusivas (art. 424, CC, e art. 51, CDC). Como cláusula geral regulativa, serve de fundamento para a preservação do equilíbrio contratual (revisão) ou para a ampliação da eficácia relativa dos contratos).

2.5 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social da empresa guarda íntima relação com a função social da propriedade sobre os bens de produção, sendo que “a nota dominante é da prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais”¹⁰.

Supera-se a visão meramente econômica de sociedade empresária para uma visão institucional, abarcando os interesses de seus sócios minoritários, de seus trabalhadores, de seus consumidores e da comunidade em geral em que a empresa está inserida. Identifica-se, assim, um interesse social mais amplo, envolvendo todas as pessoas que dependam da empresa ou com ela dividam o seu espaço social¹¹.

Com isso, desloca-se a preocupação apenas com a propriedade dos bens de produção ou da titularidade da participação societária para o próprio poder de organização e controle da sociedade empresária.

9 TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a função social dos contratos”. In *Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 399.

10 MARTINS-COSTA, Judith. “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”. *Revista DIREITO GV*, São Paulo, v. 1, nº 11, p. 41-66, maio, 2005, p. 51.

11 FRAZÃO, Ana. “Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil dos controladores e administradores de S/A”. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 102.

Calixto Salomão Filho anota que a função social é o princípio norteador da regulamentação externa dos interesses envolvidos pela grande empresa sobre o meio em que atua, com o reconhecimento da necessidade de se lhe impor obrigações positivas¹².

Fábio Konder Comparato afirma, de forma incisiva, que “a atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis não no interesse próprio, mas no interesse social”, tratando-se, portanto, “de um poder-dever a meio caminho entre o jus e o múnus”¹³.

No Direito brasileiro, a positivação do princípio da função social da empresa foi implementada pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), que, em seu art. 116, § único, ao fixar os deveres do acionista controlador, não apenas fez expressa menção à necessidade de zelar pelo cumprimento da função social, como delineou o seu conteúdo nos seguintes termos: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”¹⁴. E em seu art. 154, ao estatuir os deveres e diligências dos administradores das sociedades anônimas, incluiu a obrigação de zelar pelo bem público e pela função social da empresa¹⁵.

12 SALOMÃO FILHO, Calixto. “Sociedade anônima: interesse público e privado”. *Revista de Direito Mercantil*, Porto Alegre, v. 127, p. 7-20, jul.-set. 2002.

13 COMPARATO, Fábio Konder. “O poder de controle na sociedade anônima”. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

14 Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos *órgãos* da companhia. Parágrafo *único*. **O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

15 Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, **satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa**.

Atribuiu-se, assim, aos controladores e administradores de uma sociedade anônima a responsabilidade pelo cumprimento da função social da respectiva empresa. Proíbe-se, por exemplo, na Lei das S/A, a liquidação de uma companhia próspera (art. 117, § único, letra “b”), enfatizando a importância da preservação da empresa.

Na jurisprudência do STJ, diversos precedentes orientam-se nessa linha de preservação da empresa em situação de crise interna por divergência entre os sócios ou seus sucessores em nome do interesse coletivo.

Em um caso da morte de um dos sócios em uma sociedade formada por apenas duas pessoas, decidiu-se, em 1998, pela sua dissolução parcial (REsp. 138.428)¹⁶, bem antes da sua positivação pelo Código Civil de 2002 (art. 1028) ou pelo CPC (art. 599).

A mesma solução foi conferida a um caso em que apenas um dos sócios desejava a sua continuidade, decidindo-se pela dissolução parcial da sociedade com preservação da empresa em nome do interesse coletivo (REsp. 61.278)¹⁷.

Igualmente em um caso de caso de dissolução de uma sociedade anônima de capital fechada voltada ao desenvolvimento de projetos florestais, afirmou-se

16 “SOCIEDADE COMERCIAL. DISSOLUÇÃO. MORTE DO SÓCIO. EMBORA CONSTITUIDA POR APENAS DOIS SOCIOS, E HAVENDO DIVERGENCIA ENTRE O SÓCIO REMANESCENTE E OS HERDEIROS DO PRÉ-MORTO, NÃO CABE A EXTINÇÃO DA SOCIEDADE, MAS APENAS A SUA “DISSOLUÇÃO PARCIAL”, COM APURAÇÃO DOS HAVERES DEVIDOS AO ESPÓLIO ATRAVÉS DE BALANÇO ESPECIAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.” (REsp 138.428/RJ, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª TURMA, julgado em 18/12/1997, DJ 30/03/1998, p. 74).

17 “COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. SE UM DOS SÓCIOS DE UMA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA PRETENDE DAR-LHE CONTINUIDADE, COMO NA HIPÓTESE, MESMO CONTRA A VONTADE DA MAIORIA, QUE BUSCA A SUA DISSOLUÇÃO TOTAL, DEVE-SE PRESTIGIAR O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, ACOLHENDO-SE O PEDIDO DE SUA DESCONSTITUIÇÃO APENAS PARCIAL, FORMULADO POR AQUELE, POIS A SUA CONTINUIDADE AJUSTA-SE AO INTERESSE COLETIVO, POR IMPORTAR EM GERAÇÃO DE EMPREGOS, EM PAGAMENTO DE IMPOSTOS, EM PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES EM QUE SE INTEGRA, E EM OUTROS BENEFÍCIOS GERAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (REsp 61.278/SP, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, 4ª TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 06/04/1998, p. 121)

não ser “plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.” (REsp. 247.002)¹⁸.

A jurisprudência recente do STJ segue nessa mesma linha de preservação da empresa em situação de crise política ou econômica, tanto na Seção de Direito Público, quanto na Seção de Direito Privado.

Exemplo disso foi uma decisão no sentido da dissolução parcial de uma sociedade anônima de capital fechada, pois restou configurada no caso “a possibilidade de dissolução parcial diante da viabilidade da continuação dos negócios da companhia, em contrapartida ao direito dos sócios de se retirarem dela sob o fundamento que eles não podem ser penalizados com a imobilização de seu capital por longo período sem obter nenhum retorno financeiro. Aplicação do princípio da preservação da empresa, previsto implicitamente na Lei nº 6.404/1976 ao adotar em seus artigos 116 e 117 a ideia da prevalência da função social e comunitária da companhia, caracterizando como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera”¹⁹.

18 “Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. 206 da Lei nº 6.404/1976. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de *árvores* de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não produz lucros a curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso em concreto. Insubsistência do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar. – Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a *ótica* do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto.

– A *affectio societatis* decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado.

– Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.” (REsp 247.002/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 04/12/2001, DJ 25/03/2002, p. 272).

19 “CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CONDENATÓRIA. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA COM APURAÇÃO DE HAVERES. (1) RECURSO MANEJADO SOB A *ÉGIDE* DO CPC/73. (2) DISSOLUÇÃO PAR-

A jurisprudência igualmente tem-se orientado no sentido de limitar a pe-

CIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E NÃO DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. (3) PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. APLICABILIDADE. (4) CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 83 DO STJ. (5) AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE DOCUMENTO NOVO. SÚMULA Nº 83 DO STJ. (6) OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA QUANTO AO PERCENTUAL DE JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 83 DO STJ. (7) NULIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL DE EMPRESA ESTRANGEIRA NÃO CONFIGURADA. DEVER DE MANTER REPRESENTANTE COM PODERES PARA RECEBER CITAÇÃO NO PAÍS. INTELIGÊNCIA DO ART. 119 DA LEI Nº 6.406/1976. (8) JUROS DE MORA. TERMO *A QUO*. PRAZO NONAGESIMAL PARA PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA NA EXTENSÃO DO PEDIDO PARA EVITAR JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. (9) RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Inaplicabilidade do NCPC ao caso ante os termos do Enunciado nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do STJ. 2. A impossibilidade de preenchimento do fim da sociedade anônima caracteriza-se nos casos em que a companhia apresenta prejuízos constantes e não distribui dividendos, possibilitando aos acionistas detentores de 5% ou mais do capital social o pedido de dissolução, com fundamento no art. 206, II, b da Lei nº 6.404/1976. Hipótese em que no período de 12 anos a companhia somente gerou lucros em três exercícios e só distribuiu os dividendos em um deles. 3. Caso em que configurada a possibilidade de dissolução parcial diante da viabilidade da continuação dos negócios da companhia, em contrapartida ao direito dos sócios de se retirarem dela sob o fundamento que eles não podem ser penalizados com a imobilização de seu capital por longo período sem obter nenhum retorno financeiro. Aplicação do princípio da preservação da empresa, previsto implicitamente na Lei nº 6.404/1976 ao adotar em seus artigos 116 e 117 a ideia da prevalência da função social e comunitária da companhia, caracterizando como abuso de poder do controlador a liquidação de companhia próspera. 4. Afasta-se a tese de cerceamento de defesa porque cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes para o julgamento da causa, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da livre persuasão racional. 5. Não há falar em prejuízo em virtude da ausência de manifestação da parte contrária acerca de documento novo, uma vez que o magistrado o considerou irrelevante para o deslinde da causa. Aplicação da Súmula nº 83 do STJ. 6. A Corte estadual decidiu de acordo com entendimento do STJ, no sentido de inexistir ofensa à coisa julgada a alteração do percentual dos juros de mora, de 0,5% para 1% ao mês, a partir da vigência do Código Civil de 2002. 7. O acionista que deveria ser citado no País e que aqui não tem representante ou não constituiu mandatário não pode ser beneficiado por sua omissão, validando-se sua citação por edital. Inteligência do art. 119 da Lei nº 6.404/1976. 8. Nos casos de dissolução parcial de sociedade anônima os juros moratórios são devidos a partir do vencimento do prazo nonagesimal, após a sentença de liquidação de haveres, conforme regra prevista no art. 1.031, § 2º, do CC/2002, aplicável por analogia. Caso de se dar parcial

nhora do faturamento de empresa para viabilizar a sua preservação²⁰.

Enfim, os contornos do princípio da função social da empresa foram sendo gradativamente delineados pela doutrina e pela jurisprudência a partir de sua positivação pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976).

3. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A concreção do princípio da função social da empresa, aplicado com frequência pelos tribunais superiores para solver relevantes questões relativas à recuperação judicial, pode ser observada na perspectiva de dois institutos previstos na Lei nº 11.101/2005: (a) alienação de ativos na recuperação judicial; (b) *cram down*.

provimento ao recurso especial para fixar o termo a quo dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da decisão que determinar o pagamento dos haveres, conforme requerido pelos recorrentes, a fim de evitar julgamento *ultra petita*. 9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.321.263/PR, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, 3ª TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016).

20 “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa, desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (art. 655-A, § 3º, do CPC) e que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial. 2. A ausência de imposição de limite legal no dispositivo que permite a penhora do faturamento da empresa executada não pode conduzir à conclusão de que se deva penhorar a integralidade dos numerários de que dispõe, pois figura também como interesse público o livre exercício da atividade econômica no território brasileiro, de onde advém a geração de empregos, receita e riqueza, em nada interessando, nem mesmo ao Fisco, o fechamento das empresas, ainda que para adimplir o Erário. 3. O Tribunal de origem, soberano na apreciação das circunstâncias fáticas, deferiu a penhora limitando-a à fração de 5% dos valores depositados na conta corrente da empresa executada, com vistas à função social da empresa e à continuidade de suas atividades, levando em consideração sua precária situação financeira. 4. Destaca-se que a penhora sobre o faturamento só garante plenamente o juízo quando a soma do valor penhorado corresponder ao valor total devido. 5. Nesse contexto, para rediscutir as premissas fáticas firmadas pela Corte de origem, faz-se necessário o reexame dos elementos probatórios da lide, tarefa essa soberana às instâncias ordinárias, o que impede nova análise via especial, ante o óbice da Súmula 7. 6. Recurso Especial não provido. (REsp 1.659.692/RS, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 30/06/2017)

3.1 ALIENAÇÃO DE ATIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A formação de uma “unidade produtiva isolada” (UPI) foi expressamente regulada pela Lei de Recuperação Judicial e Falência (LRF), em seu art. 60, permitindo que uma parte ou um bloco de bens (tangíveis e intangíveis) e da atividade da empresa recuperanda possa ser transferida a terceiro de forma autônoma para prosseguimento de suas atividades (v.g. caso Varig).²¹

O primeiro aspecto relevante é a ausência de sucessão no passivo fiscal, tendo sido expressamente afastada pela Lei nº 11.101/2005 (art. 60, parágrafo único)²².

A constitucionalidade do instituto foi afirmada feita pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3934-2/DF), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutia a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 11.101/2005, tendo sido os fundamentos dessa decisão a principal concreção do princípio da função social da empresa na recuperação judicial no âmbito do Pretório Excelso.

A ação foi julgada improcedente, reconhecendo-se a constitucionalidade das regras acerca da venda parcial de ativos da empresa em recuperação, afastando a sucessão trabalhista (art. 60, parágrafo único, e art., 83, I e IV, letra c, e art. 141, II, da Lei nº 11.101/2005)²³.

21 Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

22 Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, **inclusive as de natureza tributária**, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

23 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI Nº 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II – Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III – Iguamente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. **IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.** V – Ação direta julgada improcedente.” (ADI 3934, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-

Além do afastamento por essa disposição da LRF (art. 60, § único) da sucessão no passivo tributário, o próprio Código Tributário Nacional (art. 133) estabeleceu a ausência de sucessão na alienação de filial ou de UPI na recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/2005 silenciou em relação ao passivo trabalhista, ensejando polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da questão, em face do disposto nos artigos 10²⁴ e 448²⁵ da própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A controvérsia também restou solucionada pela decisão acima aludida do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamento central a preservação da empresa como consectário da função social da empresa.

3.2 CRAM DOWN

O instituto do *cram down*, positivado pela Lei de Recuperação Judicial e Falência, constitui uma das mais importantes concreções do princípio da preservação da empresa, permitindo o cumprimento de sua função social.

A LRF consagrou, em seu art. 58, § 1º, o instituto do *cram down* como hipótese especial, conferindo poderes ao juiz, respeitados determinados requisitos legais, para aprovar um plano rejeitado pela assembleia de credores²⁶.

O instituto do *cram down* já foi apreciado pela jurisprudência do STJ, tendo sido reconhecido como seu fundamento a função social da empresa na

2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-02 PP-00374 RTJ VOL-00216- PP-00227).

24 Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

25 Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. .

26 Art. 58, § 1º. O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

perspectiva da preservação da empresa²⁷ e da necessidade de manutenção das fontes de trabalho e produção²⁸.

27 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO DEVOLVIDA NO AGRAVO QUE SE LIMITA À COMPETÊNCIA E HIGIDEZ DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. 1. A questão relativa à competência para o processo e julgamento da recuperação judicial (art. 3º da Lei nº 11.101/2005), não dispensaria a análise de contratos sociais e das circunstâncias fático probatórias ligada à configuração de determinado estabelecimento como principal para fins de fixação da competência. Atração do enunciado 7/STJ. 2. A existência de alegada fraude na assunção de créditos relativos a sociedades credoras das quais participariam sócios da sociedade em recuperação deverá, consoante reconheceu o acórdão recorrido, ser analisada quando do julgamento das impugnações. Incidência do art. 39 da LRE. A declaração de inexistência do crédito não altera as decisões assembleares. 3. Possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando, por pouco, não se alcance o quórum qualificado exigido na lei. Princípio da preservação da empresa. 4. Necessidade de prévio reconhecimento na origem da alegada fraude para, então, partir-se para a análise dos requisitos para aplicação do *cram down*. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (AgRg no REsp 1310075/AL, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 10/10/2014).

28 RECURSO ESPECIAL. AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA A DECISÃO QUE CONVOLOU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. OBRIGATORIA CONVOCAÇÃO DE NOVA ASSEMBLEIA DE CREDORES QUANDO ANULADA AQUELA QUE APROVARA O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTENTE QUALQUER UMA DAS CAUSAS TAXATIVAS DE CONVOLAÇÃO. 1. No processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutória manutenção das fontes de produção e de trabalho. 2. Nessa perspectiva, sobressai a obrigatoriedade da convocação de nova assembleia quando decretada a nulidade daquela que aprovava o plano de recuperação e que, conseqüentemente, implicava a preclusão lógica das objeções suscitadas por alguns credores. 3. No caso concreto, o magistrado, após considerar nula a assembleia geral de credores que aprovava o plano de reestruturação, não procedeu à nova convocação e, de ofício, convolou a recuperação em falência, sem o amparo nas hipóteses taxativas insertas nos incisos I a IV do art. 73 da Lei nº 11.101/2005, quais sejam: (i) deliberação da assembleia geral de credores sobre a inviabilidade do soerguimento da sociedade empresária; (ii) inércia do devedor em apresentar o plano de reestruturação no prazo de 60 dias contado da decisão deferitória do processamento da recuperação judicial; (iii) rejeição do plano de recuperação pela assembleia geral de credores, ressalvada a hipótese do *cram down* (art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101/2005); e (iv) descumprimento sem justa causa de qualquer obrigação assumida pelo devedor no plano, durante o período de dois anos após a concessão da recuperação judicial. 5. Em vez da convolação da recuperação em falência, cabia ao magistrado submeter, novamente, o plano e o conteúdo das objeções suscitadas por

4. POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PLP Nº 33/2020

A característica principal da noção de função social da empresa é a superação da visão individualista meramente econômica de sociedade empresária para uma concepção institucional, abarcando os interesses de seus sócios, de seus trabalhadores, de seus consumidores e da comunidade em geral em que a empresa está inserida e identificando-se um interesse social mais amplo a envolver todas as pessoas relacionadas a uma empresa ou que com ela dividam o seu espaço social²⁹.

Uma das facetas da função social da empresa é o princípio da preservação da atividade empresarial, ajudando-a nos momentos de dificuldade e estimulando o seu recomeço (“reempreendedorismo”).

No caso do PLP nº 33/2020, essa preocupação perpassa por todo o texto legislativo seja quando regula a renegociação das dívidas (judicial e extrajudicial), seja quando versa acerca da liquidação da pequena empresa, seja quando disciplina a sua falência, podendo ser identificadas três grandes vertentes no projeto de lei:

- a) renegociação judicial e extrajudicial das dívidas;
- b) liquidação simplificada das pequenas empresas;
- c) falência das pequenas empresas.

A preocupação central do futuro marco legal do “reempreendedorismo” é, inequivocamente, com a estatuição de um novo modelo de renegociação especial judicial e extrajudicial das dívidas das micro e pequenas empresas brasileiras em dificuldades econômico-financeiras, estabelecendo uma disciplina

alguns credores à deliberação assemblear, o que poderia ensejar a rejeição do plano ou a ponderação sobre a inviabilidade do soerguimento da atividade empresarial, hipóteses estas autorizadas da quebra. Ademais, caso constatada a existência de matérias de alta indagação e que reclamem dilação probatória, incumbir-lhe-ia remeter os interessados às vias ordinárias, já que o plano de recuperação fora aprovado sem qualquer impugnação. 6. Recurso especial provido a fim de cassar a decisão de convalidação da recuperação judicial em falência e determinar que o magistrado de primeiro grau providencie a convocação de nova assembleia geral de credores, dando-se prosseguimento ao feito, nos termos da Lei nº 11.101/2005. (REsp 1.587.559/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 22/05/2017).

29 FRAZÃO, Ana. “Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil dos controladores e administradores de S/A”. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 102.

própria para as empresas de pequeno porte, que se aproxima da recuperação judicial, mas com relevantes adaptações, sendo que o próprio PLP faz remissão, em vários momentos, à Lei nº 11.101/2005.

Após estabelecer as regras comuns para as duas modalidades, o projeto legislativo estatui as regras específicas para a renegociação especial extrajudicial e para a renegociação especial judicial.

O legislador, com a nova disciplina legal, tenta simplificar as regras para a concessão das duas modalidades de renegociação especial, com o claro intuito da preservação das empresas de pequeno porte (micro e pequenas empresas).

A liquidação simplificada é colocada como uma alternativa para o devedor encerrar regularmente as suas atividades para obtenção da baixa dos seus registros. Simplifica-se o procedimento liquidatório para viabilizar o regular encerramento das atividades.

Finalmente, nos pedidos de falência das micro e pequenas empresas, o devedor poderá protocolar requerimento de renegociação especial judicial ou extrajudicial, bem como poderá deflagrar a sua liquidação simplificada.

Além disso, o projeto preocupa-se em deixar expressas as hipóteses de extinção das obrigações do devedor falido, abrindo espaço para o seu recomeço sem o peso das dívidas passadas (*fresh start*).

Naturalmente, o legislador estabelece também mecanismos para evitar fraudes ou abuso de direito, regulando as pretensões dos credores lesados, como a anulação dos atos praticados nas renegociações especiais judicial ou extrajudicial, e na liquidação simplificada; a reparação dos danos; a ineficácia em relação à Fazenda Pública.

Finalmente, estimula-se a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos (conciliação prévia, mediação e arbitragem) bem como é fixada a competência do juízo cível estadual do principal estabelecimento do devedor para processar e julgar todas as demandas relacionadas ao novo diploma legal.

A regulamentação de todos os institutos é feita de forma bastante minuciosa, não se mostrando adequado, neste momento, em que o projeto ainda está em tramitação, analisar especificamente cada uma de suas regras, pois certamente serão aprimorados ao longo do processo legislativo.

O importante é vislumbrar que, na espinha dorsal do PLP nº 33/2020, permeia o princípio da função social da empresa no seu viés de preservação da atividade empresarial (empresa e empreendedor), estimulando claramente o “reempreendedorismo”.

5. CONCLUSÃO

O princípio da função social da empresa, um dos eixos centrais do Direito Empresarial brasileiro, que tem servido de fundamento para formação de importantes precedentes nos tribunais superiores (STF e STJ), constitui um dos fundamentos primordiais do PLP nº 33/2020 no seu viés de preservação da atividade empresarial (empresa e empreendedor).

O Congresso Nacional está de parabéns pela iniciativa, que, além de cumprir o disposto no art. 170, § único, da Constituição Federal, introduz uma nova cultura de respeito ao empreendedorismo dos pequenos empresários brasileiros, mesmo quando malsucedido o seu projeto inicial, permitindo a sua retomada (*fresh start*) e estimulando claramente o “reempreendedorismo”.

A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROJETO DE LEI Nº 21/2020

Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da conveniência ou não de regular a inteligência artificial (IA) é recorrente em todo o mundo, por conta dos grandes desafios éticos, jurídicos, políticos e econômicos que se vislumbram com o incessante desenvolvimento tecnológico de ferramentas cada vez mais ubíquas e entrelaçadas ao cotidiano. Há um fundado receio de que a intervenção estatal em estágio ainda precoce de florescimento da IA, em que ainda estão por se definir suas formas, bem como sua autonomia e interdependência em relação aos seres humanos, possa inibir a inovação tecnológica. Argumenta-se, por outro lado, que a falta de um marco legal perpetua a insegurança jurídica que tem caracterizado a aplicação de instrumentos de IA, desencorajando, com isso, importantes investimentos.

No Brasil, essa discussão ganhou impulso e concretude em setembro de 2021 com a aprovação na Câmara dos Deputados, em regime de urgência, do Projeto de Lei nº 21/2020 que, em conjunto com outros três projetos a ele apensados, foi debatido em três audiências públicas realizadas em julho e agosto desse ano, tendo sido objeto de um substitutivo que introduziu alterações substanciais e moldou o texto enviado ao Senado. Como veremos, as propostas, sob enfoques diferentes, buscaram disciplinar, de modo geral, em caráter marcadamente principiológico, a nascente tecnologia, com a ambição de fomentar seu desenvolvimento, estimular a confiança em seu uso e impedir que seu uso resulte em discriminação ou em exclusão digitais.

Procura-se, neste breve artigo, discutir os principais elementos do projeto, contrastando-os com os princípios éticos aplicáveis à inteligência artificial, com a proposta europeia de regulação da IA. O propósito é contextualizar a iniciativa hoje em tramitação no Congresso para melhor entender suas possíveis implicações.

2. O TEXTO ORIGINAL DO PROJETO DE LEI Nº 21/2020

Em seu texto original, o Projeto de Lei nº 21/2020, de autoria do Deputado Eduardo Bismarck (PDT-CE), buscou estabelecer princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso de inteligência artificial no Brasil, bem como fixar as diretrizes de atuação na matéria dos entes da federação e das pessoas físicas e jurídicas de modo geral.

No projeto, apresentado em fevereiro de 2020, definem-se, no art. 2º, alguns conceitos centrais. Sistema de IA seria aquele “baseado em processo computa-

cional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes virtuais ou reais”. Os agentes de inteligência artificial, a seu turno, compreenderiam tanto os agentes de desenvolvimento (que “participam das fases de planejamento e *design*, coleta e processamento de dados e construção de modelo; de verificação e validação; ou de implementação dos sistema de inteligência artificial”) como o agente de operação (que participa “da fase de monitoramento e operação do sistema de inteligência artificial”).

Como fundamentos da IA no Brasil listam-se o desenvolvimento tecnológico e a inovação, a livre iniciativa e a livre concorrência, o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos, a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas, bem assim a privacidade e a proteção de dados (art. 4º).

Os princípios para o uso responsável de IA no País, tal como elencados exemplificativamente no art. 6º, são: I – finalidade; II – centralidade no ser humano; III – não discriminação; IV – transparência e explicabilidade; V – segurança e VI – responsabilização e prestação de contas.

As partes interessadas no sistema de IA, sem prejuízo do disposto no art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/ Lei nº 13.709/2018), têm direito a: (i) ciência da instituição responsável pelo sistema de inteligência artificial; (ii) acesso a informações claras e adequadas acerca de critérios e procedimentos e (iii) acesso a informações claras e completas sobre o uso de seus dados sensíveis.

Conforme o art. 9º, os agentes de IA devem divulgar publicamente a instituição responsável pelo estabelecimento do sistema de inteligência artificial, fornecer informações claras e adequadas acerca dos critérios e dos procedimentos utilizados pelo sistemas, respeitados os segredos comercial e industrial, assegurar a observância da LGPD, avaliar os riscos e benefícios de cada fase do sistema e, se for o caso, encerrá-lo se o controle humano não for mais possível. Incumbem-lhe também proteger continuamente os sistemas de inteligência artificial contra ameaças de segurança cibernética. Na hipótese de essas ameaças se materializarem, respondem eles, “*observadas suas funções*”.

Os entes da federação, de acordo com o projeto (art. 13), podem exigir dos agentes de IA relatórios de impacto e recomendar-lhes a adoção de padrões e de boas práticas para implantação e operação dos sistemas.

Em sua justificativa, o parlamentar proponente menciona o documento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de

2019, no qual se consolidaram princípios éticos para a administração responsável da IA. Também lembrada foi a consulta pública efetuada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações para o desenvolvimento de uma estratégia brasileira de IA.

3. O TEXTO APROVADO PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A relatora do projeto, Deputada Luísa Canziani (PTB-PR), observa¹ que os outros projetos pensados ao PL nº 21/2020², em comum, “reconhecem a necessidade de se criar um ambiente seguro para os usuários que exigem transparência, ética e respeito aos direitos fundamentais; mas também para o Poder Público, desenvolvedores e setor produtivo poderem inovar em um terreno mais sólido, com a devida segurança jurídica”. Com base neles e nas três audiências públicas realizadas em julho e agosto de 2021, propôs um substitutivo.

Em seu voto, destacam-se três premissas: permitir e incentivar a inovação tecnológica; adotar padrões internacionais que “impulsionem a adoção da tecnologia, priorizem a autorregulação e estimulem as boas práticas”; e centrar a tecnologia no ser humano, com respeito aos direitos fundamentais.

Segundo a relatora, à diferença da proposta original, que se fundou na recomendação da OCDE, o substitutivo tem por inspiração a proposta de nova legislação europeia acerca da inteligência artificial, em andamento no Parlamento Europeu e no Conselho da Europa. Por conseguinte, duas são as modificações calcadas no projeto europeu: a definição de “*sistema de inteligência artificial*” é mais minudente e restritiva, com a finalidade de reduzir a vagueza e a ambiguidade do texto, por um lado, e, de outro, o modelo de regulação que leva em conta os riscos e o contexto do funcionamento do sistema, com o propósito de evitar excessos que inibam a inovação.

1 Parecer de Plenário pelas Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Trabalho de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania, datado de 1/9/2021, disponível no sítio da Câmara dos Deputados.

2 “(1) o PL nº 240/2020 de autoria do Deputado Léo Moraes (PODE-RO) que ‘cria a Lei da Inteligência Artificial, e dá outras providências’; (2) o PL nº 4120/2020 de autoria do Deputado Bosco Costa (PL-SE) que ‘disciplina o uso de algoritmos pelas plataformas digitais na internet, assegurando transparência no uso das ferramentas computacionais que possam induzir a tomada de decisão ou atuar sobre as preferências dos usuários’; e por fim (3) o PL nº 1969/2021, de autoria do Deputado Gustavo Fruet (PDT-PR), que ‘dispõe sobre os princípios, direitos e obrigações na utilização de sistemas de inteligência artificial’”.

Ao contrário da proposta europeia, não se preveem proibições absolutas, ou limitações *ex ante* do que seja inteligência artificial de alto risco, por se entender que a lei ou a regulação ou autorregulação setorial poderão melhor acompanhar o amadurecimento da tecnologia e a percepção de seus riscos em cada atividade ou aplicação.

Dos Estados Unidos emprestou-se a concepção descentralizada, que favorece intervenções tópicas e subsidiárias de diversos órgãos da administração pública, sem a necessidade de concentrar em um único ente competências para supervisionar todos os sistemas de inteligência artificial.

Assim, em contraste com o projeto original, no substitutivo define-se “*sistema de inteligência artificial*” não apenas a partir de um conceito vago e aberto, mas também de exemplos não exaustivos que delimitam melhor o escopo atual de aplicação, como os sistemas baseados em aprendizado de máquina (*machine learning*) ou aqueles fundados em conhecimento ou em lógica, ou, ainda, em abordagens estatísticas, entre outras. Em reforço da segurança jurídica, excluem-se do campo de incidência da lei os “processos de automação exclusivamente orientados por parâmetros pré-definidos de programação que não incluam a capacidade do sistema de aprender a perceber, interpretar e interagir com o ambiente externo a partir das ações e das informações recebidas” (art. 2º, parágrafo único).

Dentre os fundamentos da inteligência artificial foi incluído “o estímulo à autorregulação, mediante adoção de códigos de conduta e guias de boas práticas, observados os princípios previstos no art. 5º, e as boas práticas globais” (art. 4º, VII).

O princípio da transparência é enunciado de modo a garantir acesso à informação clara e precisa sobre: (i) a utilização de robôs de conversação para atendimento personalizado; (ii) a identidade da pessoa física ou jurídica responsável pela operação dos sistemas de inteligência artificial e (iii) os “critérios gerais que orientam o funcionamento do sistema de inteligência artificial, assegurados os segredos comercial e industrial, sempre que houver potencial de risco relevante para os direitos fundamentais” (art. 5º, V).

As diretrizes para disciplinar a aplicação da inteligência artificial (art. 6º) incluem a gestão baseada em risco, a participação social e interdisciplinar, a análise de impacto regulatório e critérios claros de responsabilidade civil.

A gestão baseada em risco implica “considerar os riscos concretos e as definições sobre a necessidade de regulação dos sistemas de inteligência artificial e

sobre o respectivo grau de intervenção devem ser sempre proporcionais aos riscos reais e tangíveis oferecidos por cada sistema e à probabilidade de ocorrência desses riscos, avaliados sempre em comparação com: a) os potenciais benefícios sociais e econômicos oferecidos por aquele sistema de inteligência artificial; e b) os riscos apresentados por sistemas similares que não envolvam inteligência artificial” (art. 6º, III). Em consequência, “nos casos de baixo risco, a administração pública deve incentivar a inovação responsável com a utilização de técnicas regulatórias flexíveis” (art. 6º, parágrafo único).

A participação social e interdisciplinar, por meio de consultas públicas preferencialmente pela Internet, e a análise de impacto regulatório ecoam disposições semelhantes contidas na Lei nº 13.874/2019 e no Decreto nº 10.411/2020.

Em contraste com a proposta original, não se definem previamente os agentes que atuam no desenvolvimento e na operação dos sistemas de inteligência artificial. Preconiza-se, porém, que sua reponsabilidade seja aferida subjetivamente, levando em conta sua efetiva participação, bem como “os danos específicos que se deseja evitar ou remediar, e como esses agentes podem demonstrar adequação às normas aplicáveis por meio de esforços razoáveis compatíveis com padrões internacionais e melhores práticas de mercado” (art. 6º, VI).

As diretrizes para a atuação dos entes federativos apresentadas no substitutivo são também inovadoras em comparação com o projeto original, compreendendo, por exemplo, o “estímulo à adoção de instrumentos regulatórios que promovam a inovação, como ambientes regulatórios experimentais (*sandboxes* regulatórios), análises de impacto regulatório e autorregulações setoriais” e a “promoção da cooperação internacional, estimulando o compartilhamento do conhecimento sobre sistemas de inteligência artificial e a negociação de tratados, acordos e padrões técnicos globais que facilitem a interoperabilidade entre os sistemas e a harmonização da legislação a esse respeito” (art. 7º, VI e VIII).

4. PRINCÍPIOS ÉTICOS APLICÁVEIS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Não é inédita no Brasil a normatização dos critérios éticos e de governança que devem orientar a produção e o uso de ferramentas de inteligência artificial. Pode-se mencionar como exemplo a Resolução nº 332, de 21 de agosto de

2020³, do Conselho Nacional de Justiça, a qual – com base na Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente⁴, adotada em 4 de dezembro de 2018 pela Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ) – dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de IA no Poder Judiciário. Por força dessa norma, os tribunais deverão velar, no desenvolvimento, na implantação e no uso da IA por sua compatibilidade com os direitos fundamentais. Decisões judiciais apoiadas em ferramentas desse tipo devem preservar valores como igualdade, não discriminação, pluralidade e solidariedade. Para tanto, o modelo de IA deve ser homologado previamente à sua produção, de modo a identificar a presença de vieses ou generalizações indesejáveis.

Além dessa norma europeia que visa, como instrumento de *soft law*, a moldar o desenvolvimento e o uso da IA, vale também mencionar a Recomendação do Conselho da OCDE para Inteligência Artificial, que se funda em cinco princípios: (i) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade; (iii) transparência e explicabilidade; (iv) robustez, segurança e proteção e (v) reponsabilidade. A partir deles, cinco são as recomendações da OCDE destinadas aos formuladores de políticas públicas nacionais e aos atores da cooperação internacional em torno de uma IA confiável:

1. facilitar o investimento público e privado em pesquisa e desenvolvimento para estimular a inovação em IA confiável;
2. promover ecossistemas de IA acessíveis com infraestrutura digital, tecnologias e mecanismos para compartilhar dados e conhecimento;
3. garantir um ambiente favorável à formulação de políticas públicas que encorajem a inovação e a concorrência na implementação de sistemas de IA confiáveis;
4. capacitar as pessoas com as habilidades para IA e apoiar os trabalhadores para uma transição justa;
5. cooperar com outros Estados e entidades, em fóruns regionais e glo-

3 Publicada no DJe/CNJ, nº 274, de 25/08/2020, p. 4-8.

4 <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. V. também a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: "Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano", de 8 de abril de 2019, em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&qid=1581422801661&from=PT>

bais, para progredir na gestão responsável de IA confiável e interoperável, inclusive por meio da criação de padrões técnicos internacionalmente aceitos.⁵

Um recente estudo do Berkman Klein Center, da Universidade Harvard, comparou o conteúdo de 36 documentos produzidos por universidades, entidades da sociedade civil, grupos técnicos, empresas, governos e organizações internacionais e concluiu que há um consenso crescente quanto a oito áreas, que podem ser identificadas como o núcleo deontológico desses esforços de vertebrar eticamente a inteligência artificial: (i) privacidade; (ii) prestação de contas e responsabilidade; (iii) proteção e segurança; (iv) transparência e explicabilidade; (v) justiça e não discriminação; (vi) controle humano da tecnologia; (vii) responsabilidade profissional e (viii) promoção dos valores humanos.⁶

Em suas recomendações para políticas públicas adequadas para a regulação da IA, o Information Technology Industry Council elenca três principais preocupações. A primeira é com a necessidade de convergência internacional em torno de parâmetros comuns de definição de IA, bem como ao amplo escopo dos sistemas já existentes, o que reclama regulação pontual, contextualizada e possivelmente setorial. A segunda diz respeito à conveniência de se adotar regulação baseada em risco, específica para cada situação, em constante diálogo com os agentes e com todos os interessados nas aplicações de IA. Por fim, a importância de avaliar previamente a legislação já em vigor, que pode se aplicar a vários aspectos da IA, para que se verifique se é realmente necessária a edição incremental de novas regras, levando em conta que é importante preservar o princípio da neutralidade tecnológica.⁷

5. A PROPOSTA EUROPEIA DE REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Talvez a principal proposta de regulação de IA hoje em debate seja a apresentada pela Comissão ao Parlamento Europeu, em abril de 2021.⁸ Nela, de-

5 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>

6 <https://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:42160420>

7 https://www.itic.org/documents/artificial-intelligence/ITI_GlobalAIPinciples_032321_v3.pdf

8 https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF

finem-se sistemas de IA, com apoio em exemplos ilustrativos de suas diversas aplicações. O modelo empregado é o de gestão de risco; aos sistemas que apresentem maior risco aplicam-se maiores restrições e vice-versa. A proposta é o resultado de amplas consultas realizadas ao longo de três anos e não visa disciplinar todos os aspectos da IA. Apesar de o regulamento propor-se a harmonizar as regras aplicáveis, evitando mosaico de leis nacionais que dificultaria o trânsito de bens e serviços na União Europeia, os Estados-membros poderão adaptar o regulamento às próprias contingências, com base no princípio da subsidiariedade, na hipótese de competência não exclusiva.

De acordo com a proposta, sistemas de IA de risco elevado – assim entendidos como aqueles que representem riscos inaceitáveis e impactos prejudiciais substanciais na saúde, na segurança e nos direitos fundamentais – não poderão ser utilizados na União Europeia.

Algumas das práticas de IA são expressamente proibidas, como “técnicas subliminares que contornem a consciência de uma pessoa para distorcer substancialmente o seu comportamento de uma forma que cause ou seja suscetível de causar danos físicos ou psicológicos a essa ou a outra pessoa”, a exploração de “quaisquer vulnerabilidades de um grupo específico de pessoas associadas à sua idade ou deficiência física ou mental, a fim de distorcer substancialmente o comportamento de uma pessoa pertencente a esse grupo”, sistemas de identificação biométrica à distância em tempo real, exceto em algumas situações específicas (art. 5^o).

Para as aplicações de IA consideradas de alto risco prevê-se a criação de sistema de gestão de riscos, que “deve consistir num processo iterativo contínuo, executado ao longo de todo o ciclo de vida de um sistema de IA de risco elevado, o que requer atualizações regulares sistemáticas. Deve compreender as seguintes etapas:

- a) identificação e análise dos riscos conhecidos e previsíveis associados a cada sistema de IA de risco elevado;
- b) estimativa e avaliação de riscos que podem surgir quando o sistema de IA de risco elevado é usado em conformidade com a sua finalidade prevista e em condições de utilização indevida razoavelmente previsíveis;
- c) avaliação de outros riscos que possam surgir, baseada na análise dos dados recolhidos a partir do sistema de acompanhamento pós-comercialização a que se refere o art. 61;

d) Adoção de medidas de gestão de riscos adequadas em conformidade com o disposto nos números que se seguem” (art. 9º, 2).

A proposta prevê a criação de um comitê europeu para a inteligência artificial, que deverá facilitar a aplicação harmonizada do regulamento europeu e contribuir para a cooperação entre as autoridades nacionais, que serão competentes para supervisionar a aplicação e a execução da norma europeia. As atividades de controle dos sistemas de IA autônomos de risco elevado para os direitos fundamentais serão exercidas pela Comissão Europeia e pelas autoridades nacionais com apoio em base de dados gerida pela Comissão, perante a qual os fornecedores serão obrigados a registrar seus sistemas de IA antes de seu funcionamento.

Para os sistemas que não sejam de risco elevado, os fornecedores poderão criar códigos de conduta, que têm por objetivo estimulá-los a seguir voluntariamente os requisitos obrigatórios aplicáveis a sistemas de IA de risco elevado. Tais códigos podem incluir, entre outros, compromissos voluntários quanto à sustentabilidade ambiental, à acessibilidade de pessoas com deficiência, à diversidade e à participação de interessados nas equipes de concepção e desenvolvimento de sistemas de IA.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL

A definição do regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial talvez seja o tema que mais polêmico do Projeto de Lei nº 21/2020, mesmo após as alterações introduzidas pelo substitutivo.

Em carta aberta ao Senado Federal, expressivo grupo de civilistas registrou sua preocupação com o art. 6º, VI, do projeto, pois o texto proposto, contrário às tendências assinaladas na doutrina nacional e estrangeira, colocaria em risco a possibilidade das vítimas dos danos causados por aplicações de inteligência artificial obterem a devida reparação integral.

Além disso, ao privilegiar o regime da responsabilidade subjetiva, a proposta acarretaria custos para o desenvolvimento tecnológico e não estimularia a adoção de medidas de precaução. A previsão de um regime de responsabilidade civil objetiva para os danos verificados em relações de consumo, constante do parágrafo 3º do art. 6º, já se extrai do ordenamento, não atenua o obstáculo criado pelo inciso VI do mesmo artigo.

Em conclusão, propõem os signatários uma nova redação para o inciso VI do art. 6º, a fim de que as normas de responsabilização levem em consideração “a tipologia da inteligência artificial, o risco gerado e seu grau de autonomia em relação ao ser humano, além da natureza dos agentes envolvidos, a fim de se determinar, em concreto, o regime de responsabilidade aplicável”.⁹

O projeto é também criticado por seu caráter excessivamente aberto e principiológico e por ser concreto e pontual apenas na tentativa de afastar a aplicação dos regimes de responsabilidade civil já existentes, como, por exemplo, a responsabilidade por risco (art. 927 do Código Civil). Laura Mendes, por exemplo, contrasta o regime de urgência empregado para a aprovação do projeto na Câmara com os amplos debates e a lenta maturação dos processos legislativos que conduziram à edição do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados.¹⁰

Na União Europeia também se debate como deva ser a responsabilidade civil pelos danos causados pelo uso da inteligência artificial. Na resolução de 16 de fevereiro de 2017, na qual o Parlamento Europeu faz recomendações à Comissão quanto às disposições de Direito Civil sobre robótica e inteligência artificial, encoraja-se o emprego de soluções que não limitem o tipo e a extensão dos danos extrapatrimoniais indenizáveis, nem os modos de reparação.¹¹

O simples fato dos danos não serem causados por um agente humano não pode levar a uma restrição à indenizabilidade dos danos não patrimoniais. Recomenda-se, ainda, uma análise aprofundada das alternativas de imputação a serem consideradas na legislação futura, para determinar se é mais conveniente a adoção de uma abordagem fundada na responsabilidade objetiva ou de um modelo de gestão de riscos.

9 <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. A carta é assinada por Ana Frazão, Anderson Schreiber, Bruno Bioni, Bruno Miragem, Caitlin Sampaio Mulholland, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Cristiano Chaves de Farias, Danilo Doneda, Dierle Nunes, Estela Aranha, Fabiano Menke, Filipe José Medon Affonso, Gustavo Tepedino, Guilherme Damasio Goulart, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Guilherme Magalhães Martins, Ingo Wolfgang Sarlet, Juliano Madalena, Laura Schertel Mendes, Lucia Maria Teixeira Ferreira, Marcos Ehrhardt Júnior, Maria Celina Bodin de Moraes, Milena Donato Oliva, Nelson Rosenvald, Rafael Zanatta.

10 <https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-pl-da-inteligencia-artificial-armadilhas-vista.html>

11 ANTUNES, Henrique Sousa. “Inteligência artificial e responsabilidade civil”. In *Inteligência artificial & Direito*. ROCHA, Manuel Lopes e PEREIRA, Rui Soares (coordenadores). Coimbra, Almedina, 2020, pp. 19-35.

Dentre os princípios relacionados à responsabilidade, a resolução assinala que “a responsabilidade objetiva exige apenas a prova de que o dano ocorreu e o estabelecimento de um nexo de causalidade entre o funcionamento prejudicial do robô e os danos sofridos pela parte lesada” (item 54).

Por outro lado, “a abordagem da gestão de riscos não se concentra na pessoa ‘que atuou de forma negligente’ como individualmente responsável, mas na pessoa que é capaz, em determinadas circunstâncias, de minimizar os riscos e de lidar com os impactos negativos” (item 55).

Além disso, deve ser criado um regime de seguros obrigatórios, que poderá obrigar o produtor a contratar seguro de responsabilidade para os robôs autônomos que produzir. Em complementação aos seguros obrigatórios, deve ser criado um fundo para garantir que os danos possam ser indenizados na ausência de cobertura securitária.

Não bastasse, sugere-se no anexo da resolução que as “decisões políticas sobre as regras de responsabilidade civil aplicáveis aos robôs e à inteligência artificial deverão ser tomadas com base em informações adequadas de um projeto de investigação e desenvolvimento à escala europeia dedicado à robótica e à neurociência, com cientistas e especialistas capazes de avaliar todos os riscos e consequências possíveis”.¹²

Para chegar a essas ponderações, leva-se em consideração no documento que a crescente autonomia dos robôs pode por em xeque as regras tradicionais de responsabilidade civil, que talvez não sejam suficientes para qualificar os atos e omissões dos vários intervenientes que concorrem para o funcionamento das novas ferramentas de inteligência artificial, especialmente quando a causa não puder ser imputada ao agente humano específico e os atos e omissões dos robôs que causaram os danos puderem ser evitados.

Embora a autonomia dos robôs inevitavelmente leve à questão da suficiência das categorias jurídicas existentes, não se pode esquecer que, no regime de responsabilidade civil em vigor, os robôs não podem ser responsabilizados diretamente, mas responsabilidade deve ser imputada ao fabricante, ao operador, ao proprietário ou ao utilizador. Contudo, no cenário cada vez mais provável de decisões autônomas, nem sempre será possível identificar o agente humano que deva indenizar os lesados pelos danos sofridos.

12 Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103 – INL).

Essa insuficiência é manifesta no que range à reponsabilidade contratual, “na medida em que as máquinas concebidas para escolher as suas contrapartes, para negociar as condições contratuais, para celebrar contratos e para decidir se e como os aplicam, invalidam a aplicação das normas tradicionais” (item AG).

No que respeita à reponsabilidade extracontratual, considera-se que, no âmbito da União Europeia, a Diretiva 85/374/CEE alcança somente “os danos provocados por defeitos de fabricação de um robô, e sob reserva da pessoa lesada poder comprovar os danos efetivos, o defeito do produto e a relação de causalidade entre o dano e o defeito, pelo que o quadro de reponsabilidade objetiva ou de reponsabilidade sem culpa pode não ser suficiente”, já que as capacidade adaptativas e de aprendizagem dos robôs implicará elevado grau de imprevisibilidade (itens AH e AI).

A resolução europeia de 2017 é criticada por seu eurocentrismo e por sua orientação uniformizadora, que parece ignorar diferenças substanciais nos regimes de reponsabilidade civil dos Estados-membros. Verbera-se também seu viés burocratizante, que induz à criação de uma agência especializada, de um registro público de robôs e de um fundo de indenização, e que coincidiria com uma orientação socializante, no sentido de conduzir a uma distribuição dos riscos e dos danos pela sociedade, sem um cuidado maior com a imputação de reponsabilidade a quem efetivamente causar os prejuízos.

Indaga-se, assim, se é realmente necessário unificar ou mesmo harmonizar a legislação europeia, a qual desde a década de 1980, apesar de prever a reponsabilidade objetiva pelos defeitos do produto, contempla uma exceção do estado da técnica, que foi tratada de modo diverso por vários Estados-membros, impedindo fosse concretizada uma autêntica uniformização do direito aplicável.

Não seria necessária, ademais, a edição de regras específicas, pois as normas vigentes já cobririam as hipóteses hoje concebíveis de reponsabilização. Ainda mais preocupante seria a sugestão de criar uma “personalidade eletrônica”, como se fosse possível comparar o homem e a máquina, desconsiderando o postulado ético do ser humano como um fim em si mesmo.¹³

13 VICENTE, Dário Moura, “Inteligência artificial e iniciativas internacionais In *Inteligência artificial & Direito*. ROCHA, Manuel Lopes e PEREIRA, Rui Soares (coordenadores). Coimbra, Almedina, 2020, pp. 93-105.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto de lei sob exame foi consideravelmente aprimorado com o substitutivo apresentado pela Deputada Luiza Canziani, no que tange, por exemplo, à definição de inteligência artificial. Contudo, por se tratar de texto de caráter marcadamente principiológico, ou seja, composto por normas com alto grau de vagueza e obscuridade, sem a definição de critérios de diferenciação que permitam sua aplicação a hipóteses concretas, teme-se com razão que seja dotado de pouca efetividade, até porque o conteúdo das normas propostas não corresponde aos funtores deônticos e a violação de seus enunciados não tem por consequência a incidência de sanções.

À míngua de incentivos à sua efetivação, pode-se falar de lei de eficácia simbólica, que talvez mais prejudique do que forneça balizas para o desenvolvimento seguro da inteligência artificial.

O regime de responsabilidade civil por danos causados por ferramentas de IA, por exemplo, é talvez o ponto mais criticado e polêmico do projeto. Em lugar da cautela e do respeito ao princípio da precaução demonstrados na União Europeia, a redação aprovada pela Câmara prima pela incerteza. Como bem acentuado na carta aberta dos juristas, o texto tende a gerar mais indefinições do que seria recomendável ao escolher a imputação subjetiva como modelo primário de responsabilidade civil aplicável à IA. Além de se contrapor ao ordenamento, vai na contramão das tendências mundiais. Basta lembrar que, na Europa, discute-se a opção entre uma abordagem fundada na responsabilidade objetiva e outra baseada na gestão de riscos.

Dado o elevado grau de imprevisibilidade que permeia o desenvolvimento da IA e seus desdobramentos, que dependem da autonomia e da interdependência dos sistemas, seria também recomendável desde logo prever a exigência de um seguro obrigatório, como é de rigor para as atividades inerentemente perigosas, e de um fundo que possibilitasse reparar os danos causados por produtos sem cobertura securitária.

**JUSTIÇA
CIDADANIA**



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

A discussão das proposições legislativas é etapa extremamente importante da instituição de políticas públicas e de programas governamentais. Áreas como educação, saúde, segurança pública, meio ambiente e mercado financeiro podem ser diretamente afetadas por essas iniciativas, que impõem normas que regulam a vida da sociedade e têm impacto no dia a dia de cada cidadão.

É essencial, portanto, a análise criteriosa e interdisciplinar sobre o impacto dos projetos de lei antes de sua aprovação pelo Poder Legislativo. Análises econômicas e jurídicas que impliquem em equidade e justiça social trarão respostas efetivas e estratégicas a questões sensíveis que poderiam colocar por terra a eficiência e a eficácia da legislação brasileira.

Nesta obra, com o apoio da Confederação Nacional da Indústria, a Editora JC volta a reunir autoridades de diferentes áreas do Direito para realizar análises de impacto legislativo (AILs) de relevantes projetos em tramitação no Congresso Nacional (no primeiro semestre de 2022). Estudos que permitirão a produção de normas de melhor qualidade, menos onerosas e com mais alto índice de aceitação e adesão, dada a contribuição dos especialistas.

**JUSTIÇA
CIDADANIA**



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

