



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

V. 110 N. 2 JAN-JUN 2019

ISSN 0101-8868

AGOSTO 2019

BRASÍLIA - DF

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO TJDF

TIRAGEM 550 EXEMPLARES



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

DESEMBARGADOR ROMÃO CÍCERO DE OLIVEIRA
Presidente

DESEMBARGADORA SANDRA DE SANTIS MENDES DE FARIAS MELLO
Primeira Vice-Presidente

DESEMBARGADORA ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO
Segunda Vice-Presidente

DESEMBARGADOR HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Corregedor da Justiça

PRODUÇÃO

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Sandra De Santis Mendes de Farias Mello | Desembargadora Primeira Vice-Presidente

Omar Dantas Lima | Juiz Assistente

Luciana Godoy Baltar | Chefe de Gabinete

SECRETARIA DE JURISPRUDÊNCIA E BIBLIOTECA – SEBI

Sheyla Teixeira Lino

SUBSECRETARIA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA – SUDJU

Clélio Lima Santa Cecília Neto

NÚCLEO DE REVISTA JURÍDICA – NUREV

André Gonçalves Florencio

Clarice Fátima de Freitas Carneiro

Alexandre da Silva Lacerda

Celso Ricardo Martins



REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Revista de doutrina e jurisprudência / Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Vol. 1, n. 1 (1966) – Brasília : TJDF, 1966-.

Quadrimestral: 1966 – 2014. Semestral: 2015-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2002:

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/revistas/doutrina-e-jurisprudencia>

ISSN 0101-8868

1. Direito, Periódico. 2. Direito, Jurisprudência. I. Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)

CDD 340.05

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Desembargadora Sandra De Santis Mendes de Farias Mello.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargadores Titulares: Mário-Zam Belmiro Rosa (Presidente); Flavio Renato Jaquet Rostirola (*in memoriam*); Roberval Casemiro Belinati; Maria de Lourdes Abreu; James Eduardo da Cruz de Moraes Oliveira e Leila Cristina Garbin Arlanch.

Desembargador Suplente: Sandoval Gomes de Oliveira.

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Luís de Araújo Sales Ciarlini (IDP/DF); Carlos Ayres de Freitas Britto (UnICEUB/DF); Cláudio Peneda Madureira (UFES/ES); Cristiano Chaves de Farias (Universidade Baiana de Direito/BA); Edgar Guimarães (Instituto de Direito Romeu Felipe Barcellar/PR); Fabrício Motta (UFG/GO); Fredie Didier (UFBA/BA); Geilson Salomão Leite (UFPB/PB); Geilza Fátima Cavalcanti Diniz (UnICEUB/DF); Héctor Valverde Santana (UnICEUB/DF); Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS); Jefferson Carús Guedes (UnICEUB/DF); Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (URCA/FAP/CE); Luciano Ferraz (UFMG/MG); Maurício Leal Dias (UFPA/PA); Miguel Etinger de Araújo Junior (UEL/PR); Pablo Stolze (UFBA/BA); Paulo Afonso Cavichioli Carmona (UnICEUB/DF); Thiago Marrara (USP/SP).

EDITORES ASSOCIADOS

André Macedo Oliveira (UnB/DF); Diaulas Costa Ribeiro (UCB/DF); Héctor Valverde Santana (UnICEUB/DF); João Batista Teixeira (UCB/DF); Lucas Rocha Furtado (UnB/DF); Marcos Catalan (Unisinos/RS); Marcus Alan Melo Gomes (UFPA/PA); Marlon Tomazette (UnICEUB/DF); Rogerio Schietti Machado Cruz (IDP/DF).

COMISSÃO EXECUTIVA

André Gonçalves Florencio; Clarice Fátima de Freitas Carneiro; Alexandre da Silva Lacerda e Celso Ricardo Martins – NUREV/TJDFT.

PARECERISTAS

BAHIA: Marcelo Bezerra Ribeiro (UFBA). BRASÍLIA: Ana Cláudia Loliola de Moraes Mendes (IDP); Arthur Henrique de Pontes Regis (UnICEUB); André Pires Gontijo (UnICEUB); Gustavo Di Angellis da Silva Alves (FTC); Janete Ricken Lopes de Barros (IDP); Juliano Alves (UNIEURO); Leonardo Gomes de Aquino (UNIEURO e UnICEUB); Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UnICEUB); Norberto Mazai (IDP e IESB); Pedro de Araújo Yung-Tay Neto (UnB); Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira (ATAME); Raquel Tiveron (UnICEUB); Ricardo Rocha Leite (UnICEUB); Rodrigo Carneiro Gomes (UCB). CEARÁ: Juarez Gomes Nunes Júnior (UNIFOR). MINAS GERAIS: Alex Fernandes Santiago (MPMG); Emerson Alves Andena (PUC/MG); Leonardo Barreto Moreira Alves (FESMPMG); Michael César Silva (PUC/MG). PARANÁ: Francisco Emilio Baleotti (UEL); Thaís Amoroso Paschoal Lunardi (UFP). RIO DE JANEIRO: João Carlos Castellar (UFRJ). RIO GRANDE DO NORTE: José Evandro Zaranza (UNIRN). RIO GRANDE DO SUL: Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu (UFRGS). RORAIMA: Eduardo Daniel Lazarte Moron (UFRR). SÃO PAULO: Christiano Cassetari (USP); Claudia Maria Las Casas Brito Lamas (FMU); Luís Rodolfo Cruz e Creuz (USP); Nicholas Merlone (Centro Universitário SENAC).

ARGENTINA: Daniel Ribeiro Silva (*Universidad de Buenos Aires – UBA*).

ESPAÑA: Alberto Silva Santos (*Universidad Carlos III de Madrid*). FRANÇA:

Ruitemberg Nunes Pereira (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*).

PROCESSO EDITORIAL

André Gonçalves Florencio; Clarice Fátima de Freitas Carneiro;
Alexandre da Silva Lacerda e Celso Ricardo Martins – NUREV/TJDFT.

REVISÃO ABNT

André Gonçalves Florencio; Clarice Fátima de Freitas Carneiro;
Alexandre da Silva Lacerda e Celso Ricardo Martins – NUREV/TJDFT.

REVISÃO TEXTUAL

Katia Vianna Gouvêa Duarte – SUDJU/TJDFT;
André Gonçalves Florencio; Clarice Fátima de Freitas Carneiro;
Alexandre da Silva Lacerda e Celso Ricardo Martins – NUREV /TJDFT;
Sheyla Teixeira Lino e Alexandre Augusto Borges Gomes – SEBI/TJDFT.

REDAÇÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Susana Moura Macedo; Andrea Djanira Santos de Paula; Ana Paula
Gama; Luana Oliveira Torres Monteiro; Mônica Maria Oliveira Fonseca e
Patrícia Lopes da Costa – NUPIJUR/TJDFT.

REVISÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Katia Vianna Gouvêa Duarte – SUDJU/TJDFT;
Sheyla Teixeira Lino – SEBI/TJDFT.

PROJETO GRÁFICO

Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos – CODIG.

PRODUÇÃO GRÁFICA

Impressão e acabamento: Coordenadoria de Digitalização e Serviços
Gráficos – CODIG.

Data de impressão: Agosto 2019.

Tiragem: 550 exemplares.

Produção gráfica realizada pela Coordenadoria de Digitalização e Serviços
Gráficos – CODIG/SEG/ TJDFT
Publicação semestral da RDJ. Jan-Jun/2019. ISSN 0101-8868
Núcleo de Revista Jurídica – NUREV
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
Fórum Milton Sebastião Barbosa, Bloco A, Sala 7.125 – CEP 70094-900
Brasília – DF
Telefones: (61) 3103-4642 e 3103-4644
E-mail: nurev@tjdf.jus.br

@Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte
desta publicação será permitida mediante autorização expressa do editor.

Solicita-se permuta/ Pídese canje/ On demande l'échange/ Si richiede lo
scambio/ We ask for exchange/ Wir bitten um Austausch

EDITORIAL

Desembargadora Sandra De Santis Mendes de Farias Mello

Primeira Vice-Presidente do TJDFT

e Editora-Chefe da RDJ

Este volume da Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ reflete a busca constante da Corte por trilhar o caminho da modernidade e adequar a prestação jurisdicional às novas realidades sociais. Tal como ocorria nas antigas Ágoras, locais de divulgação das contribuições intelectuais da Grécia, a RDJ apresenta aos leitores temas que instigam discussões sobre dignidade da pessoa humana, cidadania, ética, inovações sociais e tecnológicas, defesa do consumidor, sanção contratual e educação.

O artigo destaque trata da polêmica relativa ao uso de medicamentos à base de canabidiol (CBD) e tetraidrocanabinol (THC) no Brasil. Como as substâncias são consideradas ilícitas no Brasil, os pacientes que recebem a indicação para o uso terapêutico são obrigados a enfrentar os entraves da importação. Contudo, em setembro de 2017, esta Corte autorizou um casal do Distrito Federal a cultivar a *Cannabis sativa L.* na residência, para extração dos insumos e fabricação dos medicamentos necessários à filha que, portadora da síndrome de *Silver-Russel* (SSR), sofria de dores crônicas, convulsões e espasmos. Enquanto a família não obteve o salvo-conduto para o cultivo da planta, a oportunidade de cura da jovem concorria com o risco de

os familiares serem presos em flagrante e processados como incurso no art. 33 da Lei 11.343/06. O texto relata a *via crucis* da família, defende a concessão do salvo-conduto e, o mais importante, conduz a comunidade jurídica a refletir sobre a necessidade de flexibilização das normas em casos análogos.

O estudo seguinte defende a possibilidade de proibição liminar de as empresas condenadas por infrações administrativas contratarem com o poder público. Em prol da moralidade, proteção ao erário e combate à corrupção, o autor afirma que os envolvidos em condutas ímprobas podem ser afastados das contratações, sem que o ato incorra em afronta aos princípios constitucionais. Não há melhor momento para se discutir o tema e observar, com o rigor da ética, as empresas que pretendem contratar com o Estado.

O próximo texto trata do mundo globalizado das convenções e tratados internacionais. A autora aborda o interesse dos países em uniformizar as normas relativas ao transporte aéreo internacional e a necessidade de observância da legislação nacional. Sugere a utilização do método do Diálogo das Fontes para dirimir antinomias entre as Convenções de Varsóvia

e de Montreal e o ordenamento brasileiro, em especial, o Código de Defesa do Consumidor e o Tema 210 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, limitador da responsabilidade das transportadoras de passageiros.

Para inaugurar os estudos relativos às inovações tecnológicas, o texto sobre as denominadas *fintechs* destaca a necessidade do diálogo entre tecnologia, direito e economia. De fato, a modernização invadiu as searas pessoal e profissional. As *fintechs* – *startups* que utilizam a automatização para otimizar o sistema financeiro – crescem vertiginosamente e atingem camadas da sociedade que antes não eram alcançadas pelas instituições financeiras de modelo tradicional. O impacto gerado pelo uso de inteligência artificial (IA), *big data* e *blockchain* é inequívoco. Segundo o autor, as relações decorrentes dos novos modelos de negócio não se coadunam com uma normatização inflexível e burocrática. Também o Direito deve adaptar-se aos tempos modernos com a adoção de um regime tributário simplificado, a desburocratização das relações administrativas, a flexibilização das questões trabalhistas e a instalação de política de *compliance* nas instituições.

O estudo em sequência aborda a legitimidade do bloqueio múltiplo de valores via penhora *on-line*. O autor discorre sobre a manutenção da indisponibilidade dos valores depositados em contas diversas, ainda que o *quantum* supere o valor exequendo, em observância aos princípios da efetividade da jurisdição e do resultado.

O próximo artigo trata do novo modelo de tramitação dos autos por intermédio da ferramenta Processo Judicial Eletrônico (PJe). Tem-se como marco a Lei 11.419/2006, Lei da Informação do Processo Judicial. A implementação de um sistema au-

tomatizado exige dos operadores do Direito o desenvolvimento de novas habilidades e, da justiça, a análise das consequências das criações tecnológicas.

A seguir, o trabalho sobre a cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária. O autor esmiúça os efeitos jurídicos e a proporcionalidade da cláusula sancionadora presente nas resilições unilaterais. Busca uma solução empírica e objetiva para o julgador, com o intuito de afastar o subjetivismo e as decisões contraditórias em processos que discutem a aplicação da cláusula.

Finaliza-se o volume com a retomada da discussão sobre a educação e o pensamento aristotélico. O artigo aborda a questão dos discentes que não concluíram o ensino médio e alcançaram pontuação suficiente para ingresso no ensino superior, mas não conseguiram o intento em razão dos limitadores da legislação de regência, em especial, o artigo 44, inciso II, da Lei 9.394/96. São inúmeros e reiterados os processos com tal problemática. O autor sugere a adoção de um novo sistema jurídico de educação superior no Brasil, autônomo e compatível com o regime privado. O modelo sugerido esquiva-se do pensamento de Aristóteles (ser ou não-ser) e propõe como alternativa a Policontextualidade de Gotthard Günther.

Por fim, para inovar é que a Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ foi reformulada. A cada edição esmera-se para trazer artigos fomentadores de discussões jurídicas e acadêmicas, sempre com os olhos voltados para o futuro e o desenvolvimento. Todos os artigos escolhidos abordam uma forma de avanço, seja social, tecnológico ou de pensamento. Resta ao Direito o desafio de acompanhar tantas inovações.

Boa leitura.

O USO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANABINOIDES NO
BRASIL: UM ESTUDO DE CASO

THE USE OF CANNABINOIDS BASED MEDICINE IN BRAZIL: A CASE STUDY

George Lopes Leite e Frederico Alencar Monteiro Borges 186

ANTECIPAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR
COM O PODER PÚBLICO NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

THE ANTICIPATION OF THE PROHIBITION TO CONTRACT WITH
PUBLIC ENTITIES IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

Fábio Bragança Zago 202

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE
TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: DA UNIFORMIZAÇÃO
À HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS

THE CIVIL LIABILITY IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR: FROM
STANDARDIZATION TO HARMONIZATION OF APPLICABLE LAWS

Maria Luíza Baillo Targa 213

DIREITO FUNDAMENTAL ECONÔMICO DAS FINTECHS:
DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

FUNDAMENTAL ECONOMIC LAW OF FINTECHS: BRAZILIAN DEVELOPMENT

Nicholas Merlone 234

A LEGITIMIDADE DO BLOQUEIO MÚLTIPLO DE VALORES -
PENHORA ON-LINE

LEGITIMACY OF MULTIPLE BLOCKING OF MONEY BY
MEANS OF ELECTRONIC GARNISHMENT

Thiago de Souza Melo 258

ENUNCIADO DA SÚMULA 24 - JULGAMENTO DA USUCAPIÃO
FAMILIAR - COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL 320

DIREITOS AQUISITIVOS DERIVADOS DO CONTRATO DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PENHORA 322

CLÁUSULA DE BARREIRA EM CONCURSO PÚBLICO -
CONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA 325

SALDO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CONTROVÉRSIA
QUANTO À PENHORABILIDADE DAS VERBAS 328

EXECUÇÃO DIRETA DE CONTRIBUIÇÕES CONDOMINIAIS -
CONDOMÍNIO IRREGULAR - INAPLICABILIDADE 331

CODESHARE - FALHAS EM COMPARTILHAMENTO DE VOO
- RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS COMPANHIAS
AÉREAS 334

O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
*THE ELECTRONIC JUDICIAL PROCESS IN THE COURT OF JUSTICE
OF THE FEDERAL DISTRICT AND OF THE TERRITORIES*
Tiago Carneiro Rabelo 272

A CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA
THE PENALTY CLAUSE IN REAL ESTATE INCORPORATION CONTRACTS
João Gabriel Ribeiro Pereira Silva. 291

MODELO PARA APLICAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO
SUPERIOR PRIVADA NO BRASIL: POLICONTEXTURALIDADE
EM GUNTHER TEUBNER
*A MODEL FOR APPLYING THE RIGHT TO PRIVATE SUPERIOR EDUCATION
IN BRAZIL: POLYCONTEXTURALITY IN GUNTHER TEUBNER*
Ruy Amaral Andrade 308

TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR –
DANO MORAL 337

CONVERSAS ARMAZENADAS EM APLICATIVO DE CELULAR
– ACESSO AO CONTEÚDO – PRIMAZIA DO DIREITO À
INTIMIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO EM CASO DE MENSAGENS
INSTANTÂNEAS 340

CONDENAÇÃO CRIMINAL – DEFERIMENTO DA
GRATUIDADE DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA
EXECUÇÃO 342

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE
DIREITOS 344

AUTORIZAÇÃO DE VISITA POR CONDENADO EM REGIME
ABERTO – PRESERVAÇÃO DE LAÇOS FAMILIARES –
DECISÃO FUNDAMENTADA 346

O USO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANNABINOIDES NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO

George Lopes Leite e Frederico Alencar Monteiro Borges

THE USE OF CANNABINOIDS BASED MEDICINE IN BRAZIL: A CASE STUDY

RESUMO

Este artigo busca analisar a criminalização do cultivo da maconha para fins medicinais, abordando argumentos de natureza política, jurídica e terapêutica. Parte-se do estudo de um caso concreto em que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) concedeu salvo-conduto a pais para cultivarem *Cannabis sativa L.* e produzirem canabidiol (CBD) e tetraidrocannabinol (THC), necessários ao tratamento da filha, diagnosticada aos três anos de idade com síndrome de Silver-Russel (SSR). Ela já tinha dezessete anos de idade quando um médico prescreveu remédios à base de CBD e THC, não vendidos no Brasil, mas livremente produzidos alhures: Mevatyl, no Reino Unido, e Sativex, no Canadá. A importação foi autorizada pela ANVISA e os pais obtiveram em juízo o reembolso das despesas. Todavia, nem sempre o produto importado chegava no tempo oportuno. Examinam-se os aspectos políticos da criminalização do cultivo de maconha, relatando-se a rotina da paciente, acometida por dores crônicas e convulsões diárias. Os sintomas eram tratados com botox, cirurgias ortopédicas, Rivotril e analgésicos à base de opiáceos. Analisam-se também o Direito Comparado, as leis do país, e, especialmente, o artigo 24 do Código Penal, tratando do estado de necessidade, inclusive a subdivisão da doutrina, estudando a excludente sob os aspectos justificante e exculpante. Chega-se, enfim, à conclusão de que a conduta dos pais não poderia ser considerada crime e que o salvo-conduto deveria ser – como foi – concedido.

» **PALAVRAS-CHAVE:** CULTIVO MEDICINAL DE MACONHA. SÍNDROME DE SILVER-RUSSEL (SSR). SALVO-CONDUTO. ESTADO DE NECESSIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.

ABSTRACT

This article intends to analyze the criminalization of marijuana cultivation for medicinal purposes, addressing political, legal and therapeutic aspects. It uses as a starting point the study of a case decided by the Federal District Court, which awarded a *laissez-passer* to parents to cultivate *Cannabis sativa L.* and produce canabidiol (CBD) and tetrahydrocannabinol (THC), necessary for the medical treatment of their daughter, diagnosed with Silver-Russell syndrome (SRS) at three years of age. She was already seventeen years old after a physician prescribed the use of drugs based on CBD and THC, not yet sold in Brazil, but freely commercialized elsewhere: Mevatyl, in the United Kingdom, and Sativex, in Canada. Importation was authorized by ANVISA and the parents obtained in court reimbursement of the importation costs. However, the imported product did not always arrive at the appropriate time. The article examines the political aspects of the criminalization of marijuana cultivation, followed by the report on the condition of the patient, whom had chronic joint pains and an average of about ninety seizures per day. The symptoms were treated with botox, orthopedic surgeries, Rivotril and opioid-based analgesics. Comparative Law is analyzed, as well as the regulations of the matter in the country, and, especially, article 24 of the Criminal Code, dealing with the state of necessity, including doctrine subdivision, studying the excludent under justification and exculpation aspects. Finally, concluding that the actions of the parents could not be considered a crime and that the *safe-conduct* should be – as it was – granted.

» **KEYWORDS:** MARIJUANA CULTIVATION FOR MEDICINAL PURPOSES. SILVER-RUSSELL SYNDROME (SRS). LAISSEZ-PASSER. STATE OF NECESSITY. EXCUSED FROM LIABILITY.

INTRODUÇÃO

A criminalização do uso de determinadas drogas é escolha política que se tornou polêmica em diversas nações e se diferencia por uma linha bastante tênue da utilização de seus princípios ativos para a confecção de fármacos amplamente empregados pela medicina moderna. De um lado,

tem-se a repressão, que, em sentido mais árduo e angustiante, originou a moderna “guerra às drogas”, fundada na criminalização e no combate implacável e irrestrito do uso de substâncias taxadas como lesivas à saúde pública. Do outro, a gigantesca indústria farmacêutica, avalizada e incentivada pelos governos e pelo mercado de consumo: ela pesquisa, industrializa e produz em série diversos medicamentos considerados benignos ao bem-estar humano, aquiescendo com seus perniciosos efeitos colaterais. Na linha divisória, essencialmente, figuram apenas decisões políticas, parcialmente amparadas por pesquisas médicas, mas, principalmente, fundadas na chamada “opinião pública”, que, grosso modo, pode ser definida como a soma das crenças, cultura e aspirações consensualmente acolhidas pela maioria da população de determinada comunidade.

A fugacidade da divisão entre os dois eixos dá origem a situações-limite, nas quais a criminalização de determinadas substâncias inviabiliza o desenvolvimento de seu potencial médico, por meio de pesquisas científicas, ou ainda de seu cultivo artesanal para fins curativos. É o caso da *Cannabis*, com suas diversas espécies, que se tornou na sociedade contemporânea um dos principais alvos de criminalização e combate governamental, constando como planta proscrita no Brasil pela Lista E, da Portaria nº 344/98, do Ministério da Saúde. Nada obstante o vasto uso dos seus princípios ativos para fins recreativos, pesquisas seguras e atuais revelam o potencial terapêutico dos canabinoides, especialmente para o gerenciamento de crises convulsivas ou de dores excruciantes.

A metodologia do estudo de caso será adotada neste trabalho para facilitar a visualização desse conflito entre a tipificação penal do uso e comércio de drogas proscritas e a falta de alternativas médicas para pacientes que sofram crises convulsivas ou processos dolorosos crônicos, para os quais o emprego de extratos naturais da *Cannabis* demonstra grande eficácia. O tema em debate revela o drama angustioso da adolescente Ana – nome fictício utilizado para preservar a imagem da paciente – e foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em setembro de 2017, em um julgamento de recurso em sentido estrito contra decisão do primeiro grau de jurisdição que denegara o *habeas corpus* preventivo postulado com o intuito de obter a expedição de um salvo-conduto que permitisse aos pais o cultivo caseiro da planta, sem o risco de serem presos em flagrante. O feito correu sob segredo de justiça, por isso o nome da paciente será preservado, bem como dos demais envolvidos, que consentiram com a divulgação da história nesta publicação.

Para assumir posicionamento quanto à licitude do pedido de salvo-conduto, após o relato pormenorizado do caso concreto será feita a abordagem quanto ao cenário normativo internacional e nacional no tocante ao uso terapêutico dos princípios ativos derivados dessa planta, especialmente o canabidiol (CBD) e o tetraidrocannabinol (THC). Em seguida, a partir das considerações feitas, será retomada a análise do caso em estudo, para que então se conclua quanto à solução mais adequada diante do ordenamento jurídico brasileiro.

1 RELATO DO CASO

O caso Ana foi julgado pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios em setembro de 2017, apreciando recurso em sentido estrito da decisão da primeira instância que negara o *habeas corpus* preventivo. Tratava-se de autêntico *hard case*, que demandava solução baseada não apenas em normas expressas, mas também em princípios e na análise criteriosa dos eventos e dos argumentos jurídicos expostos, à luz da dignidade da pessoa humana, da proteção da criança e do adolescente, e do direito à saúde.

Adolescente, Ana experimentava estoicamente sofrimento físico e moral indizível, que muita gente não poderia suportar, chegando ao cúmulo de pedir aos pais que amputassem o braço direito dela, durante uma crise particularmente dolorosa, que chegou a deslocar o polegar do seu eixo, devido à contração involuntária de músculos e tendões. Tudo o que ela queria era mitigar os espasmos e a dor crônica que a acometiam.

O diagnóstico médico foi de síndrome de Silver-Russel, com sequela de hemiparesia distônica à direita, provocando um quadro de dores crônicas, espasmos e convulsões diárias, desde os três anos de idade. Os sintomas mais agudos surgiram após o uso da substância nimesulida, mas segundo a opinião de um conhecido médico, a doença é congênita, e, por isso, desaguaria inexoravelmente em convulsões e distonia. O quadro clínico se agravou com o tempo, causando uma média de noventa convulsões diárias, com assombrosa, poderosa e involuntária descarga de força nos membros superiores e inferiores, quando se contraíam.

Em publicações abalizadas, a síndrome de Silver-Russel é descrita como uma doença de origem genética que provoca o desenvolvimento assimétrico do corpo, causando graves distúrbios na estrutura óssea normalmente acompanhados de convulsões e dores intensas. A assimetria se apresenta mediante o crescimento diferenciado entre o lado direito e esquerdo do paciente. As crianças com a síndrome necessitam de esforços coordenados de diversas áreas especializadas da medicina conforme os sintomas apresentados: algumas têm dificuldades em deglutir e são alimentadas através de sonda; outras são tratadas com hormônios de crescimento ou precisam de medicação que retarde a puberdade. A doença foi batizada em homenagem ao pediatra americano Henry Silver e ao inglês Alexander Russel, que descreveram os variados sintomas da doença, no início dos anos cinquenta. A doença é normalmente associada a um desequilíbrio na regulação de certos genes (mudanças epigenéticas) que estão envolvidos de diferentes maneiras (ALBERTSSON-WIKLAND; DAHLGREN, [20--?]).

A síndrome de Silver-Russel (SRS) é caracterizada principalmente por grave restrição de crescimento intrauterino e deficiência de crescimento pós-natal. A SRS é geneticamente heterogênea, ocorrendo em geral de forma esporádica. Mutações genéticas e epigenéticas em regiões sujeitas a *imprinting* genômico nos cromossomos 7 e 11 são detectadas em 40-60% dos pacientes. Mais frequentemente, a SRS é causada por perda de metilação (hipometilação) no centro de *imprinting* H19DMR (IC1), em 11p15, que ocorre em 35-50% dos afetados. Duplicações cromossômicas de origem materna da região 11p15 incluindo o centro de *imprinting* KvDMR (IC2) estão presentes em 1-2% dos casos. Ainda, de 7 a 10% dos indivíduos com SRS são portadores de dissomia uniparental materna do cromossomo 7 (matUPD7) (CENTRO DE GENOMAS, 2019).

No caso da paciente, os sintomas se apresentavam por deformações dos membros inferiores e superiores, causando dores insuportáveis, e por convulsões diárias que às vezes chegavam a cem. Aos dezesseis anos de idade, Aninha se submeteu a inúmeros tratamentos e intervenções cirúrgicas, que apenas amenizavam o seu martírio diário, incluindo cirurgias de correção ortopédica, aplicação de toxina botulínica e o uso contínuo de Rivotril, além de potentes analgésicos derivados de morfina, associados com relaxante muscular. Os remédios propiciavam melhoras fugazes nos sintomas, e não raro provocavam efeitos colaterais que pioravam o estado de saúde e o estado emocional da paciente, tornando-a uma menina infeliz e taciturna, alvo de zombarias na escola, onde os colegas não compreendiam seu sofrimento.

Cabe assinalar que o Rivotril, usado continuamente, é uma medicação de uso controlado com inúmeros efeitos colaterais, que a deixava sonolenta e irritadiça. Nas fases mais agudas, Aninha sofria de noventa a cem convulsões diárias, mesmo usando o fármaco. Foi durante um desses episódios que ela deslocou o polegar, sofrendo uma dor tão intensa que a levou a pedir aos pais que consultassem o médico sobre a possibilidade de amputação do braço, para livrá-la das dores que sentia.

A situação desesperadora da família dificilmente poderia ser compreendida por quem estivesse fora do círculo íntimo, ante o indescritível sofrimento por que passavam os pais, a irmã, a avó e outros parentes durante os anos de convivência com a doença e o sofrimento da paciente. A súplica comovente da mãe, quando irrompeu aos prantos no Gabinete do desembargador relator do caso, forneceu apenas uma pálida ideia desse quadro de sofrimento e da imensa tristeza de ver a filha naquele estado.

As inúmeras e sempre traumáticas cirurgias, seguidas da prescrição de medicamentos de alta potência e graves efeitos colaterais, levaram os pais da adolescente a pesquisar terapias alternativas na internet, quando chegaram à conclusão de que medicamentos à base de *Cannabis* são indicados no mundo inteiro pela sua eficácia em amenizar dores crônicas e crises convulsivas. Um médico neurologista de Belo Horizonte, após os exames de praxe, prescreveu óleo de *Cannabis*, rico em CBD (cannabidiol), e, posteriormente, acrescentou extrato de *Cannabis*, rico em THC (tetraidrocannabinol).

Mãe e padrasto logo ficaram sabendo que medicamentos com esses princípios ativos ainda não eram comercializados no Brasil, mas conseguiram, mediante ação judicial, que o plano de saúde arcasse com os custos de sua importação. A introdução do fármaco no tratamento de Ana propiciou notável melhoria na qualidade de vida: cerca de quarenta convulsões matinais foram reduzidas a leves espasmos, reduzindo-se drasticamente o uso de Rivotril, com isso amenizando os sintomas de sonolência e irritação, melhorando o desempenho e a convivência escolar. Também diminuíram as dores crônicas.

Todavia, esse alento se desvaneceu diante da burocracia necessária à obtenção do remédio: havia atrasos de mais de sessenta dias na entrega da droga, importada a um custo superior a mil dólares, em caixas com sessenta cápsulas de cinquenta miligramas. A receita médica recomendava cento e cinquenta miligramas por dia, e quantidade fornecida em cada importação permitia o tra-

tamento durante apenas oitenta dias, sem contar a necessidade do uso de outro remédio à base de THC, que nem chegou a ser importado pela família.

Para se ter uma ideia dos entraves causados pelo excesso de burocracia, a Nota Técnica 01/2017/GMESP/GGMED/ANVISA, expedida em 9/1/2017, esclareceu o andamento do processo de registro do medicamento Mevatyl, derivado dos princípios ativos da *Cannabis*, afirmando o seguinte:

1. Em relação ao processo nº 25351.738074/2014-41, referente ao registro do medicamento Mevatyl, informamos o que se segue: 2. O medicamento Mevatyl (tetraidrocanabinol, 27 mg/mL + canabidiol, 25 mg/mL; solução spray), registrado em outros países com o nome comercial Sativex®, teve seu registro solicitado pela empresa Beaufour Ipsen Farmacêutica Ltda. em 28/11/2014. 3. O produto em questão foi enquadrado na categoria de Medicamento Específico, nos termos da RDC nº 24/2011, por conter, como princípios ativos, dois fitofármacos: tetraidrocanabinol (THC) e canabidiol (CBD), ambos isolados a partir da espécie vegetal Cannabis Sativa. [...] A aprovação da priorização de análise se deu em 06/01/2015. [...] A análise técnica teve início em 24/02/2015 e foi finalizada em dezembro de 2016. Nesse interim, foram exaradas exigências técnicas, cumpridas pela empresa no prazo estabelecido pela RDC nº 23/2015.

Assim, o registro do medicamento – o primeiro à base de *Cannabis* a ser autorizado no país – foi deferido pela ANVISA em 2017, mas a sua utilização ainda dependia da importação, porque não era produzido nem livremente comercializado em âmbito nacional. As dificuldades burocráticas eram enormes, pouco adiantando que as despesas de importação fossem reembolsadas pela seguradora de saúde.

Todos os entraves para obtenção do remédio acabaram compelindo os pais a agirem clandestinamente para ter as sementes de *Cannabis*, depois de muito pesquisar sobre o cultivo da planta, constatando que os medicamentos prescritos pelo médico poderiam ser obtidos facilmente mediante a extração de óleo da flor de *Cannabis*. Premidos pelas circunstâncias, começaram a cultivar a planta em casa, extraindo os insumos necessários para fabricar os produtos prescritos. Propiciaram dessa forma o bem-estar da filha, com melhora das dores crônicas e redução das convulsões. Nos momentos de crise, bastava aspirar vapores exalados da flor de *Cannabis*, utilizando um vaporizador, para alcançar o alívio imediato dos espasmos. Os pais poderiam permanecer no cultivo clandestino e ilícito da planta, mas escolheram recorrer ao Poder Judiciário para buscar o amparo jurídico necessário às suas ações, que entendiam justificadas ante a total ineficiência da tutela estatal concedida até aquele momento.

2 DIREITO COMPARADO

Nada obstante vários compromissos assumidos pelo Brasil no contexto das nações, que recomendavam o contrário, a política pública que poderia permitir o uso medicinal da maconha, em 2017, seguia inflexível, burocrática e completamente alheia à dolorosa condição de vários cidadãos que poderiam ser beneficiados pela planta. Ao redor do mundo, a tendência é superar o preconceito e a ignorância que circundam o uso de drogas para analisar com isenção e de forma técnica os riscos e os benefícios proporcionados por suas propriedades químicas. Em muitos países já se compreende de forma mais consistente que o processo de criminalização de qualquer conduta parte sempre de uma escolha política, determinada temporal e geograficamente. Não há uma regra ontológica que

proíba o uso desta ou daquela substância entorpecente: é a política criminal de cada Estado que determina a sua autorização ou proscrição, condicionada pelos estudos médicos realizados, pela ponderação entre os benefícios e os efeitos colaterais e, até mesmo, pelo preconceito de muitos políticos, avessos a qualquer discussão racional.

Exemplos típicos de produtos capazes de causar grandes males à saúde pública, no Brasil, são o álcool e o tabaco, cujo consumo é amplamente permitido, difundido e socialmente aceito, apesar dos malefícios. O primeiro propicia estatísticas assustadoras de mortes nas estradas e vias públicas, em acidentes provocados por motoristas embriagados, além das incontáveis famílias destruídas ou esfaceladas pelo alcoolismo de um de seus membros. O segundo, por sua vez, é o principal agente responsável por mortes provocadas por câncer e enfisema pulmonar. Mas, apesar do imenso prejuízo que causam à saúde pública e à economia do país, não há qualquer proibição à venda de cigarros e de bebidas alcoólicas no Brasil.

No plano internacional, destacam-se no uso do canabidiol para o tratamento médico países como os Estados Unidos, a Inglaterra, o Canadá e a Nova Zelândia, entre outros. Na América Latina, Colômbia, Chile, México, Argentina, todos já aprovaram leis que autorizam o cultivo e o uso da maconha para fins medicinais e científicos. A Argentina entrou nesse seleto clube aprovando uma lei específica em maio de 2017. Há vastas pesquisas internacionais que reconhecem as propriedades antiepilépticas da droga e a recomendam como alternativa viável e segura para casos de crises refratárias a outros tratamentos.

A Convenção Única Sobre Entorpecentes, assinada em Nova York, em março de 1961 e internalizada pelo Brasil por meio do Decreto 54.216/1964, afirma no preâmbulo que, nada obstante a necessidade de combater os males decorrentes da toxicomania reconhece também que “o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para alívio da dor e do sofrimento”, e que “medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins”. Assim, a proibição para produção, fabricação, exportação e importação dessas drogas não se aplica para as quantidades necessárias à pesquisa médica e científica no país (artigo 2.5.b).

No mesmo sentido, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, em 21/2/1971 e internalizada pelo Decreto 79.388/77, afirma: “o uso de substâncias psicotrópicas para fins médicos é indispensável”, “a disponibilidade daquelas para esses fins não deve ser indevidamente restringida”. Observa-se, portanto, que até mesmo tratados internacionais que fundamentam a “guerra às drogas” excepcionam o uso de substâncias psicotrópicas para fins terapêuticos e de pesquisa.

Ainda no plano internacional, deve-se atentar para os normativos que tutelam direitos de crianças e adolescentes com deficiência, como é o caso da paciente Ana, portadora de síndrome de Silver-Russel e hemiparesia distônica à direita. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, internalizada pelo Brasil pelo Decreto 6.949/2009, tem *status* de norma constitucional, pois aprovada pelo procedimento do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. A convenção deter-

mina no artigo 7º que os Estados-Parte “tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidade com as demais crianças”. Também destaca o interesse superior da criança portadora de deficiência, e assevera que devem ser tomadas “todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde”. Essas determinações são ratificadas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/90, que destaca o compromisso dos Estados signatários de assegurar às crianças “o melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde”.

Portanto, há que se reconhecer que normas internacionais de força cogente obrigam o Brasil a assegurar à paciente Ana o tratamento adequado a sua patologia. Até o momento em que o caso fora apreciado, as autorizações da ANVISA para importação de produtos à base de CBD e THC não supriam a necessidade imediata da jovem, que vivia assombrada no seu dia a dia por constantes, inesperadas e excruciantes crises convulsivas. Observe-se que os tratados internacionais se referem sempre a medidas “apropriadas” ou “necessárias” ao tratamento das doenças, sendo descabido argumentar, de forma abstrata, que já existe autorização para uso de medicamentos que nem mesmo são livremente comercializados no Brasil e cuja importação demanda uma espera de mais de sessenta dias, a um custo superior a mil dólares, o que tornava a medida ineficiente para proteger a saúde da adolescente.

Acrescente-se, ainda no tocante ao cenário externo, que em 14 de dezembro de 2017, a Organização Mundial de Saúde recomendou oficialmente que o canabidiol (CBD) não seja classificado como uma substância sujeita a fiscalização internacional. Em reunião de peritos sobre o assunto, o comitê da organização concluiu que em seu estado puro, o canabidiol não aparenta causar dependência química ou maiores prejuízos à saúde. A organização não chegou a recomendar o uso médico da substância; entretanto, reconheceu que sua utilização pode ter valor terapêutico, e que maiores estudos são necessários para a aplicação medicinal (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017). Depois disso, em 24/1/2019, o Diretor-Geral da OMS recomendou à Secretaria-Geral das Nações Unidas que alterasse classificações internacionais relativas à *Cannabis* e seus derivados para facilitar a movimentação e comércio dessas substâncias para fins medicinais e científicos (EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION, 2019).

3 REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

No âmbito interno, há alguns avanços, embora tímidos, para o uso de medicamentos à base de canabidiol e tetraidrocannabinol, substâncias encontradas nas diversas espécies de *Cannabis*. O Conselho Federal de Medicina, reconhecendo as propriedades antiepilépticas ao canabidiol (CBD) aprovou seu uso compassivo para tratamento de epilepsias em crianças e adolescentes refratários a tratamentos convencionais.

Destaca-se da Resolução nº 2.113/2014-CFM:

CONSIDERANDO que, na história da Medicina e da Farmácia, o uso empírico de extratos vegetais no tratamento de inúmeras doenças humanas evoluiu para o isolamento e a síntese de princípios ativos terapêuticos, e que estes, submetidos a ensaios clínicos cientificamente controlados, podem expressar o seu perfil de eficácia e tolerância;

CONSIDERANDO a ausência de critérios padronizados para o uso medicinal do canabidiol e a inexistência de critérios mínimos para o seu uso compassivo e, portanto, há necessidade de autorização do CFM para tal fim;

RESOLVE

Art. 1º Regulamentar o uso compassivo do canabidiol como terapêutica médica, exclusiva para o tratamento de epilepsias na infância e adolescência refratárias às terapias convencionais;

A prescrição foi liberada para médicos neurologistas, neurocirurgiões e psiquiatras, estabelecendo-se sistema de controle das receitas e dos pacientes que são submetidos ao tratamento. Destaque-se que a medida se aplica apenas ao canabidiol, e não ao tetraidrocannabinol, que ainda não foi regulamentado pelo Conselho.

Posteriormente a essa resolução, em 2015, a ANVISA retirou o canabidiol da lista de substâncias de uso proscrito e depois atualizou a Portaria SVS/MS 344/1998, conforme determinação judicial na Ação Civil Pública 0090670-16.2014.4.01.3400, excetuando as partes e substâncias obtidas a partir da *Cannabis*, incluindo o THC, do rol de vedações a prescrição e manipulação médicas. Em dezembro de 2016, atualizou novamente a mesma portaria para incluir derivados de canabidiol na lista de substâncias psicotrópicas passíveis de venda com receita do tipo A, para modificar o Anexo I da Resolução da Diretoria Colegiada 17/2015, e elevar o número de produtos à base de canabidiol passíveis de importação.

Confira-se a nova redação dada ao artigo 61 da Portaria:

Art. 61 As plantas constantes da lista “E” (plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) e as substâncias da lista “F” (substâncias de uso proscrito no Brasil), deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, não poderão ser objeto de prescrição e manipulação de medicamentos alopáticos e homeopáticos. (Redação dada pela Resolução – RDC nº 66, de 18 de março de 2016)

§ 1º Excetuam-se do disposto no caput:

I - a prescrição de medicamentos registrados na ANVISA que contenham em sua composição a planta *Cannabis sp.*, suas partes ou substâncias obtidas a partir dela, incluindo o tetraidrocannabinol (THC).

II - a prescrição de produtos que possuam as substâncias canabidiol e/ou tetraidrocannabinol (THC), a serem importados em caráter de excepcionalidade por pessoa física, para uso próprio, para tratamento de saúde, mediante prescrição médica.

§ 2º Para a importação prevista no inciso II do parágrafo anterior se aplicam os mesmos requisitos estabelecidos pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 17, de 6 de maio de 2015 (Redação dada pela Resolução – RDC nº 66, de 18 de março de 2016).

Foi com base nesta norma, que admite a importação de produtos à base de CBD e THC, regulamentada pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 17, de 6/5/2015, da ANVISA, que os imetrantes conseguiram autorização para adquirir o medicamento *CBDRX CBD Oil*, produzido a partir daquela primeira substância.

Em termos de jurisprudência, foram ajuizadas várias ações civis públicas e ordinárias relativas ao tema em diversos tribunais brasileiros. Na Paraíba, o Ministério Público Federal se aliou à Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança – ABRACE, obtendo tutelas de urgência que

asseguraram: “permissão para importação e utilização de substância medicamentosa canabidiol, pelos substituídos processuais do autor MPF, condicionadas às necessárias receitas/requisições médicas, devidamente individualizadas” (Processo 0802543-14.2014.4.05.8200); o fornecimento do medicamento canabidiol pela rede pública do Estado da Paraíba, mediante o custeio determinado pela decisão (os efeitos foram suspensos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Processo 0802271-83.2015.4.05.8200); e autorização provisória para que a associação ABRACE efetue o cultivo e manipulação da *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais e destinados aos pacientes associados (Processo 0800333-82.2017.4.05.8200).

No parecer que apresentou na ação ajuizada pela ABRACE na Paraíba, Processo 0800333-82.2017.4.05.8200, o Ministério Público Federal destacou que tem buscado estabelecer diálogos e tratativas com entidades públicas – incluindo a ANVISA – para fomentar a produção e o fornecimento de extrato de *Cannabis* nacional, especialmente após a alta expressiva do dólar entre 2015 e 2016, insurgindo-se contra o julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que negou fornecimento do fármaco pelo SUS. O MPF salientou que muitas famílias não conseguem arcar com os elevados custos da importação dos medicamentos. Afirmou a eficácia terapêutica do canabidiol nas crises de epilepsia e destacou, ainda, a presença de vários documentos e artigos científicos sobre o assunto no Inquérito Civil Público nº 1.24.000.001421/2014-74.

Além dos avanços nas ações coletivas, existem inúmeras decisões esparsas tutelando o cultivo caseiro de maconha para fins exclusivamente terapêuticos, por meio de salvo-condutos. Normalmente, essas decisões são amplamente noticiadas pela mídia, descrevendo situações muito parecidas com a do caso em análise, nas quais os pais ou responsáveis são autorizados a cultivarem a *Cannabis* de forma artesanal, apenas para extrair da planta os insumos necessários ao tratamento dos filhos acometidos de crises convulsivas, decorrentes de epilepsia ou de outras patologias.

No Processo 0394094-97.2016.8.19.0001, do Primeiro Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro, deferiu-se salvo-conduto para impedir que os pais de uma criança portadora de síndrome de Rett fossem presos em flagrante por produzirem artesanalmente a droga, vedando também a apreensão do vegetal. A decisão foi proferida em novembro de 2016. Desde então, há indicação segura de que as convulsões da jovem beneficiada decresceram vertiginosamente.

Notícia-se que a Justiça do Rio de Janeiro decidiu de forma semelhante, também no final de 2016 (CANCIAN, 2017), tutelando a saúde de uma criança com onze anos de idade, portadora de síndrome de Dravet, que sofria uma média de dezesseis crises epilêpticas por mês, as quais se reduziram para duas com o uso de canabidiol. Em outra notícia, veiculada no Correio Braziliense de 7/2/2019, informou-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou uma mãe fisioterapeuta a cultivar *Cannabis* em sua casa para dela extrair o óleo rico em CBD, necessário ao tratamento da filha, que era portadora de autismo. O salvo-conduto, nesse caso, foi deferido por um ano (AGÊNCIA ESTADO, 2019).

Acrescente-se que desde 2018, a Secretaria de Saúde do Distrito Federal, especialmente em virtude das decisões judiciais concessivas de medicamentos à base de CBD, iniciou a importação de fármacos desta espécie para fornecimento em Farmácias de Medicamentos do Componente Especializado (Alto Custo), como ocorreu em outros Estados federados. Ainda assim, para obtenção do produto, é necessário que o paciente tenha prescrição médica e siga todos os trâmites normais de autorização da importação, a qual deve ser pleiteada junto à ANVISA. Em seguida, de posse da Autorização de Importação individualizada, é possível agendar um horário e comparecer à drogaria pública para obtenção do remédio à base de CBD, o que certamente facilita o acesso da população ao medicamento, mas não a exime por completo do trâmite burocrático necessário à importação (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Em 14/6/2019, a ANVISA publicou duas propostas de consulta pública no Diário Oficial da União relacionadas à regulamentação do cultivo controlado de *Cannabis Sativa* para uso medicinal e científico no país, discutindo também o registro de medicamentos produzidos com os princípios ativos da planta. Com tal iniciativa, a agência, percebendo a evolução internacional a respeito do tema, busca sondar a sociedade sobre o assunto para eventualmente fomentar a produção nacional de terapias à base da *Cannabis*, que até o momento conta apenas com um único medicamento registrado para comercialização, o Mevatyl, o qual é importado e custa em média dois mil e quinhentos reais por caixa, estando disponível em pequenas quantidades nas farmácias do país (a comercialização teve início em 2018, após o caso da menina Ana). Destaque-se ainda que a regularização do cultivo de plantas controladas é um dos temas que constituem prioridade da agência, constante na Agenda Regulatória até 2020 (item 1.14).

4 LICITUDE DO PEDIDO DE SALVO-CONDUTO PARA CULTIVO MEDICINAL DA *CANNABIS*

À míngua de tratamentos alternativos eficientes, e sem opções de medicação à base de cannabinoides na rede pública ou particular – o Mevatyl tinha registro aprovado, mas ainda não era comercializado no Brasil em 2017 –, a família da jovem Ana se viu compelida, como dito, a plantar pés de *Cannabis* em casa para deles extrair óleo rico em CBD e para utilizar a própria flor, rica em THC, como anticonvulsivo. Em tese, a conduta se enquadraria no artigo 33, § 2º, inciso II, da Lei 11.343/2006, que afirma incidir nas penas de tráfico quem “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”. Nada obstante a adequação típica em tese, é possível também no ordenamento jurídico positivado buscar causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade que amparem conduta desesperada da família de Ana, fundada exclusivamente no objetivo de tutelar a saúde da adolescente.

É razoável sustentar que o estado de necessidade justificaria a conduta dos pais, se porventura fossem surpreendidos e presos pela polícia no afã de cultivar a planta na própria residência. Confira-se o artigo 24 do Código Penal:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Todos os requisitos legais para a configuração da excludente de ilicitude se apresentam no caso: os pacientes iniciaram o cultivo de *Cannabis sativa* e *Cannabis indica* para resguardarem de perigo atual a saúde da filha, sem terem causado voluntariamente essa situação de risco. Por isso, não lhes era exigível, em tais circunstâncias, que esperassem pacientemente a assombrosa burocracia estatal para a importação dos fármacos, tal como autorizado pela ANVISA. Destaque-se, mais uma vez, que não havia medicamentos com os princípios ativos do THC e do CBD em produção ou em circulação no Brasil: o fármaco Mevatyl foi registrado em 2017, mas ainda não era comercializado. Até hoje, em 2019, a venda em drogarias nacionais é quase inexpressiva, apesar desse registro, e uma única caixa custa em torno de dois mil e quinhentos reais.

No tocante à configuração do estado de necessidade, há que se ressaltar que o Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária no artigo 24, de forma que doutrina e jurisprudência majoritárias consideram superada a distinção clássica, de origem alemã, entre o estado de necessidade justificante e o exculpante. Para a corrente diferenciadora, o primeiro estaria configurado quando o bem sacrificado fosse de valor menor ou igual ao protegido; o segundo, quando sacrificado um bem de valor mais elevado em situações nas quais não seria possível exigir uma atitude diferente. Assim, seria excluída a culpabilidade, e não a ilicitude.

Ao comentar sobre o tema, Nucci coloca em destaque a citação da primeira Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940:

O critério adotado é outro: identifica-se o estado de necessidade sempre que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. O Estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era 'extraordinariamente' difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato 'reprovável', por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens (NUCCI, 2018, p. 279).

Assim, a aferição de razoabilidade do sacrifício feito por quem agiu em estado de necessidade é feita em cada caso concreto. Na hipótese, não se considera razoável exigir o sacrifício da saúde de Ana em prol de uma suposta tutela da saúde coletiva, por meio da vedação genérica ao cultivo de qualquer planta psicotrópica em residências particulares, especialmente se voltado para fins exclusivamente medicinais.

Ainda assim, mesmo que se prefira a aplicação da teoria diferenciadora e se considere que a saúde pública tenha maior valor que a individual, pode-se analisar a conduta sob a ótica da ine-

xigibilidade de conduta diversa, caracterizando o mencionado “estado de necessidade exculpante”. Nesse sentido, a lição de Assis Toledo:

Em princípio, não nos parece “razoável”, para usar-se ao pé da letra a terminologia do art. 24 do Código Penal – permitir-se o sacrifício de um bem de maior valor para salvar-se o de menor valor. Assim, inaplicável a essa hipótese é a causa de exclusão do crime do art. 23, I, tal como a define o art. 24. Todavia, caracterizando-se, nessa mesma hipótese, o injusto, a ação típica e antijurídica, há que se passar ao exame da culpabilidade do agente, sem a qual nenhuma pena lhe poderá ser infligida. E, nesta fase, a nível do juízo de culpabilidade, não há dúvida de que o estado necessário, dentro do qual o bem mais valioso foi sacrificado, poderá traduzir uma situação de inexigibilidade de outra conduta, que se reputa, conforme sustentamos no título anterior, uma causa de exclusão da culpabilidade (TOLEDO, 1994, p. 181 *apud* GRECO, 2016, p. 427).

Sob qualquer uma dessas excludentes de juridicidade ou de culpabilidade, é possível reputar lícita a conduta da família de Ana. O relato dos fatos revela uma autêntica situação de desespero vivida pelos protagonistas desse drama tão pungente, contrastando com o exasperante procedimento burocrático de importação autorizada pela ANVISA, ainda que em Juízo já tivessem obtido restituição das despesas para aquisição do CBD vindo do exterior. Observa-se que não havia saída menos gravosa para o caso, pois os tratamentos convencionais se mostraram ineficazes ao bem-estar de Ana, além de lhe trazerem inúmeros efeitos colaterais indesejáveis e graves. Portanto, o deferimento de *habeas corpus* preventivo, mais que uma possibilidade, tornou-se um verdadeiro imperativo para o bem-estar não apenas da adolescente, como também de sua família. A simples existência de autorização para importar o fármaco à base de CBD que, na prática, é excessivamente lenta, onerosa e incapaz de satisfazer às necessidades da adolescente, não elidia a necessidade premente da família, que encontrou fórmula mais rápida e segura para oferecer tratamento eficaz à menina.

Neste caso, deveria – como foi – ser autorizado o cultivo de *Cannabis* voltado exclusivamente para o tratamento da jovem acometida pelo mal de Silver-Russel e de hemiparesia distônica à direita. O bem jurídico supostamente sacrificado em razão do plantio da planta psicotrópica era a saúde coletiva, protegido pela tipificação dos crimes de tráfico e porte de drogas para consumo. Ora, como poderia ser reconhecido um gravame à saúde coletiva no cultivo artesanal da *Cannabis* pelos pais de uma adolescente com grave distúrbio neurológico, exclusivamente para fins medicinais?

Na realidade, o direito à saúde seria posto em xeque se o pedido fosse negado, já que o Estado ainda não oferecia e nem oferece os recursos necessários para assegurar uma vida digna à adolescente, tendo-se à disposição uma medida de profilaxia de efeito rápido e eficaz, de baixo custo financeiro e fácil manuseio, utilizada por tantos pacientes, aqui e alhures.

É claro que a situação não é ideal, pois ainda são necessários estudos mais criteriosos sobre os efeitos colaterais do CBD e do THC no Brasil, bem como acerca do manuseio de insumos extraídos da *Cannabis*, a sua conservação, o descarte de resíduos, dentre outros. Mas não se poderia aguardar de modo indefinido que a ANVISA avançasse na regulamentação do tema, mediante ações do Ministério Público Federal ou de associações. Uma mãe que assiste a noventa convulsões diárias da filha adolescente com dezessete anos não sabe o que é paciência; não lida com procedimentos estatais

burocráticos ou com “meia-solução”. Enxerga apenas uma única medida que funciona de fato, que é natural, que já é admitida em outros países e que está dentro do seu poder de ação.

Que Juiz culparia uma mãe desvelada, que vê a filha amada definhando em cima de uma cama, padecendo dores atrozes, sentindo-se mais infeliz do que a própria infelicidade, que assiste impotente ao seu calvário diário, ao *bullying* sofrido na escola, às convulsões constantes, às mãos deformadas pelas contrações involuntárias de nervos e tendões?

Assevera-se, mais uma vez, que vários estudos em muitos países, inclusive no âmbito da Organização Mundial de Saúde, já aferiram a eficácia dos princípios ativos prescritos à paciente e que, no momento de decisão do caso, isso certamente bastava para que se garantisse o direito de plantio e extração artesanal dos mesmos.

Ademais, em consulta à equipe médica do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, obteve-se parecer que destacou os benefícios do CBD e a necessidade de submissão dos pacientes a alguma espécie de fiscalização. Transcrevem-se a seguir os seus principais trechos, da lavra do Dr. Glycon Cardoso, Chefe da Secretaria de Saúde da Corte, que confirmou em inspeção pessoal os diagnósticos e prescrições médicas da paciente, sugerindo, contudo, algumas precauções:

Quanto ao cultivo, deve ser resguardada uma conduta bilateral entre quem vai plantar (cultivar) e quem vai fazer uso [...] Seria prudente a presença do assistente técnico do Ministério da Saúde ou da Secretaria de Saúde para proceder a avaliação da dosagem ideal para cada pessoa [...] Diante do exposto, concluímos que o cultivo não está apenas vinculado a responsabilidade individual, familiar ou social; sabemos que o plantio facilitará no tratamento do paciente, não só do ponto de vista econômico, mas também na elaboração da medicação.

Assim, atendida a recomendação, não se poderia conceder salvo-conduto irrestrito, de duração indefinida e sem qualquer espécie de controle, mas apenas até que a finalização das pesquisas ensejasse a regulamentação da matéria no país, considerando o ritmo que já vem tomando no Brasil e no exterior.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, é possível concluir que a decisão que deferiu o salvo-conduto tem fundamento no artigo 24 do Código Penal, não sendo razoável exigir que os pais de Ana continuassem importando medicamentos caros e enfrentando trâmites burocráticos, quando podiam obter os componentes com o princípio ativo canabidiol e tetraidrocanabinol mediante o cultivo artesanal de *Cannabis sativa* *Lineu*, como vinham fazendo paralelamente. Isso também desonera o Estado, obrigado, por decisão judicial, a ressarcir as despesas de importação do produto. Decisões esparsas em todo o país já autorizavam esse plantio, em casos semelhantes, até mesmo em favor de uma associação de pais de crianças com necessidades especiais, denominada “ABRACE – Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança”, que receberam licença para plantar, colher, preparar e fornecer derivados de maconha aos associados residentes no Estado da Paraíba.

Portanto, correta foi a decisão de prover o recurso e conceder salvo-conduto aos impetrantes para lhes assegurar que não fossem presos em flagrante por cultivarem a *Cannabis sativa* *L.* em sua

residência, com o fim exclusivo de extrair os insumos necessários para fabricar medicamentos que aliviem os sintomas da síndrome de Silver-Russel, conforme recomendadas por prescrições médicas.

O Brasil precisa urgentemente fomentar a pesquisa sobre as propriedades terapêuticas dos derivados de maconha para se ombrear com as nações desenvolvidas e propiciar alívio a milhares de pessoas em todo o território nacional que sofrem de males semelhantes ou assemelhados com a síndrome de Silver-Russel, especialmente aqueles que se manifestam por meio de dores crônicas e por convulsões e espasmos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. TJ-SP autoriza mãe a cultivar maconha em casa para tratamento da filha autista. **Correio Braziliense**. Brasília, 2 jul. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/02/07/interna-brasil,736029/tj-sp-autoriza-mae-a-cultivar-maconha-em-casa-para-tratamento-da-filha.shtml>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ALBERTSSON-WIKLAND, Kerstin; DAHLGREN, Jovana (revisor). **Síndrome de Silver-Russel**. [S.l.], [20--?] Disponível em: <https://www.socialstyrelsen.se/stod-i-arbetet/ovanliga-diagnoser/silver-russells-syndrom/>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada nº 17, de 6 de maio de 2015. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29RDC_17_2015_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Anvisa. Gerência Nacional de Medicamentos e Produtos Biológicos. Gerência de Medicamentos Específicos, Fitoterápicos, Dinamizados, Notificados e Gases Medicinais. **Nota Técnica nº 01/2017/GMESP/GMED/ANVISA, de 09/01/2017**. Esclarecimentos a respeito do registro do medicamento Mevatyl. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/351923/NT++01+-+2017+-+Mevatyl.pdf/4e02e67a-34b6-48d6-9c34-doaa4a5dd1fd>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Anvisa. **Agenda Regulatória 2017-2020**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/2017-2020>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1977. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Juízo de Direito da 16ª Vara Federal. Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400. Julgador: Juiz Federal Marcelo Rebello Pinheiro, 15 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=feb51b1b03552f6a231b2a0730d24d8f.pdf&size=247114>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Juízo de Direito da 2ª Vara Federal na Paraíba (tutela antecipada). Processo nº 0800333-82.2017.4.05.8200. Julgadora: Juíza Federal Substituta Wanessa Figueiredo dos Santos Lima, 27 de abril de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. João Pessoa, PB, 2017. Disponível em: <http://www.jfjb.jus.br/arquivos/editais/liminarjusticafederalpb.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1. Juizado Especial Criminal). Habeas-Corpus Preventivo. Processo 0394094-97.2016.8.19.0001. Julgadora: Juíza de Direito Lídia Maria Sodré de Moraes, 17 de novembro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, RJ, 2016. Disponível em: <http://apepi.org/wp-content/uploads/2017/01/hc001.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). Processo nº 08022718320154058200. Ação Civil Pública [...] Hemp Oil (RSHO) Cannabidiol (CBD). Ineficácia dos medicamentos nacionais utilizados. Demonstração da essencialidade para o tratamento [...]. Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre, 29 de março de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Recife, PE, 2019. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=pdf&tipo=1&coddoc=469442>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CANCIAN, Natália. Justiça autoriza pais a plantar maconha em casa para tratar filhos. **Folha de São Paulo**. São Paulo, SP, 25 de julho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2017/01/1850088-justica-autoriza-pais-a-plantar-maconha-em-casa-para-tratar-filhos.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2017.

CENTRO DE GENOMAS. **Síndrome de Silver-Russel**: Informações. [S.l.], [20--?]. Disponível em: <https://www.centrodegenomas.com/sindrome-de-silver-russel#>. Acesso em: 21 jul. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.113, de 16 de dezembro de 2014. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2014/2113_2014.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Saúde. **Secretaria adquire canabidiol para pacientes com epilepsia**. Brasília, DF, 5 de novembro de 2018, atualizado em 11 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/secretaria-adquire-canabidiol-para-pacientes-com-epilepsia/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTIO. **OMS recomenda o reescalonamento de cannabis**. Lisboa, 25 de março de 2019. Disponível em: http://www.emcdda.europa.eu/news/2019/who-recommends-rescheduling-of-cannabis_en. Acesso em: 16 jul. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 427.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal Comentado**. 18. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 16 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, de 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>. Acesso em: 16 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**, de 21 de fevereiro de 1971. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Única sobre Entorpecentes**, de 25 de março de 1961. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.

WORD HEALTH ORGANIZATION. **Canabidiol (composto de cannabis)**: perguntas e respostas on-line em dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.who.int/features/qa/cannabidiol/en/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

Autores convidados:

George Lopes Leite

*Especialista em Direito Privado pela Universidade Católica de Brasília – UCB.
Diretor da Escola de Administração Judiciária – Instituto Luiz Vicente Cernicchiaro.
Professor de Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF.*

george.leite@tjdft.jus.br

Frederico Alencar Monteiro Borges

*Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios – FESMPDFT.
Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.
Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF.*

frederico.borges@tjdft.jus.br

ANTECIPAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fábio Bragança Zago

THE ANTICIPATION OF THE PROHIBITION TO CONTRACT WITH PUBLIC ENTITIES IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

RESUMO

Este estudo versa sobre a sanção legal de proibição de contratar com o poder público, sob o enfoque da Lei 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Pretende-se descrever os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema, sob uma metodologia dogmática, bibliográfica e dedutiva. Primeiramente, foi traçado um breve panorama constitucional sobre a LIA para, ainda no primeiro capítulo, discorrer sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relacionada ao alcance da referida sanção no âmbito da Lei 8.666 de 1993, a Lei de Licitações e Contratos, e da Lei 8.429 de 1992. Discutiram-se três possibilidades para a aludida sanção: a possibilidade de ser aplicada, liminarmente, por força do poder geral de cautela, reforçado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro; a possibilidade de aguardar a fase decisória e, ainda, a de aguardar o trânsito em julgado. Concluiu-se que é possível aplicar à pessoa jurídica a sanção legal de proibição de contratar com a Administração Pública já no momento de recebimento da petição inicial, liminarmente, sem incorrer em indevida antecipação de pena ou ofensa ao princípio da legalidade.

» PALAVRAS-CHAVE: CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

ABSTRACT

This study is about the legal punishment of prohibition to contract with public entities, based on Law 8.429/92 (Administrative Improbity Law – LIA). It aims to describe the doctrinal and jurisprudential points concerning the topic, under a dogmatical, bibliographic and deductive methodology. Firstly, a brief constitutional panorama about LIA was drawn to discuss about the jurisprudence of the Superior Justice Court related to Law 8.666/93, (Bid Law), and Law 8.429/92. The possibility of applying the mentioned sanction in a preliminary decision was discussed considering the general preventive power reinforced by the new Brazilian Code of Civil Procedure, or whether it should wait the decision phase, or just after the *res judicata*. We concluded that it's possible to punish legal entities by prohibiting them to contract with public entities beforehand, when the initial petition is received, without incurring in undue anticipation of punishment or offense to the legality principle.

» KEYWORDS: CONTRACTING. PUBLIC ENTITY. ADMINISTRATIVE IMPROBITY.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo versa sobre a imposição legal de proibição de contratar com o poder público aos condenados em infrações de improbidade administrativa, independente da modalidade incorrida; tendo em mira a possibilidade de se aplicar essa punição liminarmente. Assim, precisamente, a questão a ser respondida é se a vedação ao pacto com a Administração, estipulada no artigo 12 da Lei 8.429 de 1992, pode ser aplicada em fases anteriores à sentença, por força do poder geral de cautela do Estado-Juiz, previsto no artigo 297 da lei civil adjetiva.

Em seguida, os objetivos são: pesquisar sobre sanção administrativa de proibição de contratar com a Administração Pública; cotejar a previsão legal dessa sanção na Lei de Licitações e Contratos e na LIA; discorrer acerca da referida punição para aferir a primeira fase processual cabível.

Sob a perspectiva teórica, a presente pesquisa contribui para o arcabouço de produções acadêmicas referentes ao tema, dada a persistente controvérsia sobre a amplitude da sanção em estudo na Lei de Licitações (OLIVEIRA, R., 2018) e na LIA (TEIXEIRA, 2016), com o destaque para a inovadora discussão da possibilidade ou impossibilidade de afastamento liminar de uma empresa nos certames públicos. No âmbito prático, extrai-se, com base em informações públicas divulgadas pelo “Portal da Transparência”, que de todas as 13.264 sanções vigentes e aplicadas às pessoas incluídas no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), portanto restringidas de licitar ou contratar com a Administração Pública, a metade delas referem-se à sanção estipulada na LIA e 12% pautam-se na suspensão prevista na Lei de Licitações. Assim, concretamente, a sanção em comento é bastante aplicada pelo poder público e impacta um relevante contingente de pessoas, razão pela qual se complementa a justificativa à presente pesquisa.

O marco teórico do presente estudo é a doutrina atinente ao tema, escolhida por acessibilidade do pesquisador. A pesquisa é dogmática e a técnica de pesquisa bibliográfica, por intermédio de método dedutivo. Desse modo, serão pesquisados livros, artigos científicos, leis e os julgados do Superior Tribunal de Justiça, filtrados em observância ao tema proposto, almejando os diversos posicionamentos jurídicos sobre o assunto.

O primeiro capítulo versará sobre o cotejo entre as Leis 8.666 de 1993 e 8.429 de 1992 no que tange à aplicação da sanção administrativa de suspensão/proibição de contratar com o poder público. O capítulo seguinte discutirá a possibilidade de se cominar a aludida penalidade antes da fase decisória, em sede de tutela antecipada; a partir do poder geral de cautela conferido ao Magistrado pelo novo Código de Processo Civil.

Por último, será elaborada a conclusão do trabalho, oportunidade em que serão sintetizadas as ideias apresentadas, de modo a definir as circunstâncias que poderiam autorizar a antecipação da sanção em tela; com vistas aos ditames do devido processo legal, razoabilidade, moralidade pública, combate à corrupção, legalidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

1 A SUSPENSÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Em primeiro lugar, consoante a Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa estão sujeitos às sanções estipuladas no artigo 37, § 4º, *in verbis*: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” (BRASIL, 1988).

Nesse rumo, uma rápida leitura indica que a punição em testilha não contém, diretamente, fulcro constitucional. Mesmo assim, trata-se de uma cominação legal autorizada pela Lei Maior (FERREIRA, 2015), à qual todas as normas devem conformidade; portanto, aplicável a todas as pessoas jurídicas e físicas. Com efeito, a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 12, também acrescentou a multa civil para além das punições delineadas no texto constitucional.

Paralelamente, o artigo 87 da Lei 8.666 de 1993 arrola como sanção, no inciso III, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; no mesmo sentido da punição vista no parágrafo anterior. Assim, cumpre aprofundar sobre a abrangência dessa sanção no próximo subtópico para, posteriormente, avançar para a punição estipulada na LIA. Por fim, abordar-se-á a polêmica aplicação antecipada desta proibição, de acordo com o atual ordenamento jurídico pátrio.

1.1 A APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL PARA A LEI 8.666 DE 1993

De acordo com a lei em comento, a sanção administrativa obsta a licitação/contratação com a Administração, a qual é definida, nos termos do artigo 6º, inciso XII, da referida lei, como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”; ao passo que a Administração Pública, no inciso XI da mesma lei, é conceituada como “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Nesse panorama, emerge a polêmica referente ao alcance territorial da aludida punição, isto é, se está restrita ao ente sancionador ou se abrange todas as esferas do poder público.

Por um lado, com supedâneo em uma literal interpretação da Lei de Licitações, a sanção fixada no artigo 87, inciso III, refere-se exclusivamente ao órgão/entidade contratante da Administração (diferenciando-se de Administração Pública); em prestígio ao princípio da legalidade. Adicionalmente, sob a égide do artigo 73, inciso III, do Decreto-Lei 2.300 de 1986, cuja redação legal permaneceu inalterada após sua revogação pela lei em testilha, a suspensão de contratar com o poder público somente se aplicava no âmbito do órgão punidor (MUKAI, 2001). Em reforço, nota-se que a punição do artigo 87, inciso IV, menciona expressamente Administração Pública, corroborando a citada distinção por força da razoabilidade e gradação das sanções, razão pela qual a prevista no artigo 87, inciso III, seria adstrita ao órgão sancionador (FURTADO, 2013).

Ademais, em visão talvez mais restritiva, aponta-se a opinião doutrinária no sentido de que a penalidade do artigo 87, inciso III, poderia ser limitada a uma licitação ou contrato do ente específico (MEIRELLES, 2016). Outrossim, há quem sustente a restrição ao órgão sancionador nas penalidades do artigo 87, incisos III e IV, por vislumbrar ofensa à pessoalidade dos contratos e ao pacto federativo brasileiro (PESTANA, 2013).

Em sede pretoriana, o Tribunal de Contas da União (TCU) julgou pela restrição do alcance da sanção em tela ao órgão da Administração que a aplicou (CARMONA; AZEVEDO, 2018), com base na ordem gradativa das penalidades arroladas e na restritiva interpretação a ser conferida no Direito Administrativo Sancionador. Ilustrativo dessa jurisprudência é o Acórdão 2962 de 2015, julgado em 18/11/2015, no qual se enunciou: “A penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante.”.

Em contrapartida, e em destaque à importância do presente estudo, afasta-se a imprópria distinção entre os termos citados (CARVALHO FILHO, 2017). Por certo, a proteção ao interesse público justifica a extensão da penalidade imposta para todos os Poderes e em todos os níveis, sem prejuízo do federalismo ou da competitividade licitatória (OLIVEIRA, R., 2018).

Com acerto, esse é o único entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde a primeira vez que se debruçou sobre o tema (CARMONA; AZEVEDO, 2018) em 2002, por julgar que a Administração Pública é una e em todas as licitações se exige a idoneidade, que resta afastada pela sanção imposta por qualquer ente/órgão. Esse entendimento ressoa de lá até hoje, em consonância com o exemplificativo AgInt no REsp 1382362/PR, Dje 31/03/17, Relator: Ministro Gurgel de Faria.

Por fim, a Lei do Pregão (Lei 10.520 de 2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462 de 2011 – Lei do RDC) também possuem punição similar, alcançando todos os entes federados. Por seu turno, a Lei 13.303 de 2016, alcunhada Estatuto das Estatais, estabeleceu uma sanção parecida, porém expressamente limitada à entidade sancionadora (artigo 83, inciso III); o que igualmente está previsto no artigo 154, § 3º do PL 1292/1995 e apensados, de 25 de junho de 2019, que trata da revogação das Leis 8.666 de 1993 e 10.520 de 2002 e está pendente de aprovação no Plenário da Câmara Legislativa.

1.2 A APLICAÇÃO PARA A LEI 8.429 DE 1992

Em sede de improbidade administrativa, o artigo 12 da Lei de Regência estabelece, dentre outras, a proibição de contratar com o poder público, em prazo variável de acordo com a infração cometida, para pessoas jurídicas e físicas. É importante pontuar o caráter cumulativo das punições aplicadas, antes da Lei 12.120 de 2009, porém essa lei expressamente conferiu a possibilidade de as sanções serem aplicadas isolada ou cumulativamente. Fixe-se, desde já, que a aludida vedação também contempla o envolvimento em licitação, porquanto, não se deve homologar um licitante inábil de celebrar o contrato (PAZZAGLINI FILHO, 2018).

Nesse panorama, por uma necessária interpretação restritiva, inerente ao Direito Sancionador, e em prol dos princípios da preservação da empresa e da proporcionalidade (TEIXEIRA, 2016), sustenta-se que a ausência de indicação expressa sobre o alcance dessa pena conduz à compreensão

de que a sua abrangência permanece restrita ao ente da federação no qual foi verificado o ato de improbidade administrativa (CASTRO, 2008).

Na seara jurisprudencial, consta na jurisprudência do STJ, a quem incumbe a pacificação de entendimentos de matéria infraconstitucional (art. 105, CF), o seguinte julgado de dez anos atrás, ratificado em 2017; confirmam-se ambos:

[...]. 2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal, de acordo com a extensão do dano provocado. [...]. (BRASIL, 2011b, p. 1, grifo nosso). [...]. 7. No caso, a imposição à construtora da pena de proibição de contratar com a Administração Pública em todas as suas esferas pelo prazo de 5 anos afigura-se extremamente gravosa, de modo a autorizar a modulação da sanção, restringindo-a à esfera municipal do local do dano. Precedentes. 8. Agravos internos desprovidos. (BRASIL, 2017b, p. 2, grifo nosso).

Desta feita, vislumbra-se uma tendência jurisprudencial destoante do entendimento consolidado em alusão à Lei 8.666 de 1993, estudado no tópico anterior, embora sejam sanções similares (MARRQUES, 2010), sem uma justificável *ratio iuris* aparentemente. Ademais, no primeiro julgado acima, o Relator, na mesma decisão, consigna o restrito alcance da punição em tela para os atos de improbidade administrativa ao passo em que expande seus efeitos para todo o país, para os atos licitatórios. Outrossim, no mesmo ano, o mesmo relator decidiu em um sentido para a Lei 8.666 de 1993, visto no tópico anterior; e em outro sentido para a Lei 8.429 de 1992, como supracitado. E ambas as decisões carecem do esclarecedor *distinguishing*, porquanto, repita-se, a proteção ao erário e ao interesse público, bem como a escorreita exegese das referidas leis, impõem o alcance nacional para a sanção em apreço, independentemente de origem ímproba ou licitatória. Enfim, não há razão jurídica para, diante da mesma sanção, impor tratamento mais severo na seara licitatória e mais brando na improbidade administrativa.

Nesse panorama, recentemente, a Primeira Turma do “Tribunal da Cidadania”, em sede de tutela provisória (TP), permitiu expressamente a uma empresa celebrar contratos com a Administração Pública e participar de seus certames licitatórios com o fundamento de “haver julgados desta Corte Superior afirmando que, a depender da gravidade do caso concreto, a vedação [proibição de contratar com o poder público pelo art. 12 da LIA] deve ficar restrita à esfera da pessoa de direito público lesionada pelo ato.” (BRASIL, 2018c, p. 1).

Todavia, com razão, a grande (TEIXEIRA, 2016) e prevalecente (CASTRO, 2008) parcela da doutrina perfilha entendimento alinhado com o visto no subtópico acima, ampliando a punição apresentada para toda a Administração Pública; em prol do princípio constitucional da moralidade administrativa. Acertadamente, a expressão “Poder Público” contida na LIA, assim como as expressões “Administração” e “Administração Pública” contidas na Lei de Licitações, apontam, de fato, para o alcance nacional da sanção em comento (GARCIA, 2014); preponderando a moralidade e a supremacia do interesse público sobre a livre iniciativa e a competitividade licitatória.

Portanto, a mesma *ratio decidendi* nacionaliza a suspensão de licitação/contratação na Lei de Licitações ao mesmo tempo que autoriza expandir o conceito de “Poder Público” na LIA para todas as esferas administrativas (FERRARESI, 2011), as quais ficam proibidas de contratar com o agente ímprobo.

2 A (IM)POSSIBILIDADE DE COMINAR A SANÇÃO LIMINARMENTE E A FASE PROCESSUAL CABÍVEL

Diante das conclusões verificadas no capítulo passado, vale adentrar no momento processual adequado para a aplicação da sanção em tela, confrontando o poder geral de cautela do juiz, em liminar, em que antecipa a sanção antes do trânsito em julgado.

Primeiramente, esclareça-se que a Lei 13.105 de 2015 (novo CPC) manteve o poder geral de cautela do Magistrado, consagrado (DONIZETTI, 2018) no art. 297 da lei processual civil adjetiva. Ratificado, adicionalmente, no Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), *in verbis*: “O poder geral de cautela está mantido no CPC.” (DIDIER JÚNIOR; PEIXOTO, 2019, p. 241).

Nesse cenário, cumpre discorrer sobre o momento processual oportuno para aplicação do poder geral de cautela, tendo em mira a preservação da moralidade pública, o devido processo legal, a presunção de inocência, a razoabilidade e a liberdade de concorrência. Assim, por seu nítido caráter punitivo e restritivo de direitos, a sanção apenas poderia ser efetivada com o trânsito em julgado (FAZZIO JÚNIOR, 2016), porquanto, muitas vezes, ela acarreta intensos prejuízos à empresa, podendo levá-la à falência (TEIXEIRA, 2017).

Sob outra perspectiva, a LIA é regida, subsidiariamente, pela Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/85), conforme recente julgado do STJ, no ponto: “Reconhecimento, pelo STJ, da existência do microsistema legal de proteção aos interesses ou direitos coletivos. Aplicação da Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública) subsidiariamente à Lei n. 8.429/92 (Improbidade Administrativa) [...]” (BRASIL, 2018b, p. 1). Além disso, neste julgado afastou-se o efeito suspensivo automático à apelação (artigo 1.012, CPC/2015), aplicando-se a regra do artigo 14 da LACP. Nesse sentido, consoante o ordenamento jurídico pátrio, é plausível a punição em testilha, após a sentença condenatória (MARQUES, 2010), imediatamente (AVELAR, 2012); fortalecendo-se o combate à corrupção, a ética nas relações públicas e a tutela da moralidade administrativa.

Destarte, o cerne da controvérsia reside na possibilidade de se aplicar a sanção antes da sentença, no curso do processo, liminar e antecipadamente, em harmonia com a recente Lei 13.655 de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e versa somente sobre a responsabilização do agente público por possíveis infrações hermenêuticas (OLIVEIRA, C., 2018). O intuito é extirpar as pessoas ímprobos das relações públicas, na preservação e fortalecimento dos ditames constitucionais de indisponibilidade do interesse público e moralidade administrativa. Em defesa dessas legítimas pretensões, repousa polêmica na possibilidade de se antecipar a grave sanção de proibição de contratar com o poder público, a qual possui devastadores efeitos em uma

empresa. Para a vertente denegatória, haveria uma falácia ao atrelar o maior rigor de tal punição a maior proteção do erário, já que causa enormes prejuízos à empresa, bem como frustra a concorrência e a vantajosidade dos certames licitatórios (TEIXEIRA, 2016).

Nesse ambiente, cotejando os diversos valores envolvidos, aponta-se pela possibilidade de, excepcionalmente, antecipar-se à proibição de contratar com o Poder Público, de acordo com o grau de risco apurado na fase investigativa e corroborado pelo recebimento da petição inicial. Esse posicionamento, coerente com a vertente confirmatória, reverbera na escorreita doutrina (ASSIS, 2016), com vistas a permitir a antecipação desse efeito de eventual condenação fundada em ilícito reputado como improbidade administrativa, que não se confunde com o ilícito penal nem está sujeito às amarras deste regime. Em acréscimo, ressalte-se que o artigo 20 da LIA literalmente apenas condicionou ao trânsito em julgado as punições de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Desse modo, em mira de coibir novos atos de improbidade administrativa, é possível a imposição de medidas liminares aos réus, tanto as medidas típicas (artigo 301 do CPC/2015) quanto atípicas (artigo 297 do CPC/2015), decorrentes do poder geral de cautela (MAZZEI; MARQUES, 2014). Isso em sintonia com o ditame constitucional da inafastabilidade de jurisdição e concretizado pela tutela provisória de urgência (art. 300 do CPC/2015), por meio de decisão fundamentada que demonstre a urgência da medida hábil a resguardar o erário e os elementos fáticos que apontem a potencial reincidência em ilícitos (TEIXEIRA, 2017).

Com efeito, portanto, as medidas cautelares na Lei de Improbidade são insuficientes e reclamam a aplicação suplementar do CPC para a sua aplicação (BELMONTE, 2017). Nesse rumo, *mutatis mutandis*, colhe-se julgado do STJ alinhado com a posição aqui defendida:

[...] 5. Ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória - por exemplo, a multa civil, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos - pode o magistrado, a qualquer tempo, adotar a tutela necessária para fazer cessar ou extirpar a atividade nociva, consoante disciplinam os arts. 461, § 5º, e 804 do CPC, 11 da Lei 7.347/85 e 21 da mesma lei combinado com os arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que admitem a adoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses que a Ação Civil Pública busca proteger. [...] Nesse contexto, a liminar concedida pelo juízo de primeiro grau para proibir a demandada de receber novas verbas do Poder Público e com ele contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios guarda relação de pertinência e sintonia com o ilícito praticado pela ré, sendo evidente o propósito assecuratório de fazer cessar o desvio de recursos públicos, nos termos do que autorizado pelos preceitos legais anteriormente citados. 7. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2014, p. 1-2, grifo nosso).

Dessa maneira, revela-se uma acertada inclinação da jurisprudência do STJ em se admitir a imposição liminar aos réus de proibição de contratar com o Poder Público, em sede de processo referente a ilícitos de improbidade administrativa. Essa escorreita postura jurisprudencial fomenta simultaneamente o direito fundamental à moralidade administrativa (SANTOS, 2012); e o combate à corrupção, esta histórica mácula do Brasil deturpadora da fruição dos direitos previstos na Carta de Outubro (MAGALHÃES, 2017).

Não obstante, dada a característica ínsita da reversibilidade, caso futuramente revogada/cassada a liminar sancionadora, assegura-se ao particular a indenização por eventuais danos morais e patri-

moniais sofridos (MAZZEI; MARQUES, 2014). Outrossim, caso futuramente confirmada a liminar pelo trânsito em julgado da decisão condenatória, o particular faz *jus* à detração do período (TEIXEIRA, 2017).

CONCLUSÃO

Nesse estudo, o objetivo foi discorrer sobre sanção administrativa (JUSTEN FILHO, 2018), especificamente sobre a abrangência da proibição de contratar com o Poder Público, mediante cotejo da Lei 8.429 de 1992 e Lei 8.666 de 1993 à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O alcance dessa sanção foi reiteradamente discutido na doutrina (PESTANA, 2013). Também, analisou-se o momento processual adequado para imposição da sanção, considerados diversos princípios envolvidos, tais como livre iniciativa, moralidade administrativa e devido processo legal.

Destacou-se a proibição de contratar com o Poder Público como medida de consequências severas, tendentes a conduzir as empresas sancionadas a graves crises financeiras e falimentares (TEIXEIRA, 2016).

Portanto, nesse panorama, abordou-se no primeiro capítulo, a aludida sanção nos termos da Lei de Licitações, no primeiro tópico, e da Lei de Improbidade, no tópico subsequente. Verificou-se uma aparente incongruência na jurisprudência do STJ, na medida em que, acertadamente, expande a sanção do art. 87, III, Lei nº 8.666/93 para o âmbito nacional, porém refuta essa ampliação na sanção da LIA, a qual expressamente faz menção ao “Poder Público” e, segundo a correta majoritária doutrina, também deve ser cominada em âmbito nacional.

No capítulo seguinte, mostrou-se a celeuma referente à fase processual oportuna para a aplicação da punição em foco, concluindo-se pela possibilidade de, liminarmente, afastar a empresa das licitações e contratações com o ente público, sem danos ao federalismo nem à legalidade; em prol do Estado Democrático de Direito, da moralidade pública, proteção aos cofres públicos, segurança jurídica e combate, instrumentalizado também pela LIA, à corrupção.

Por fim, os objetivos foram cumpridos, segundo a metodologia indicada, apurando-se os resultados apresentados, os quais corroboram a relevância do presente artigo, notadamente diante dos dados listados na introdução.

Por derradeiro, uma limitação é a falta do Direito comparado, que muito contribuiria para as discussões sobre o impactante tema da improbidade administrativa em cotejo com outros ordenamentos jurídicos no exterior.

Aprovado em: 10/6/2019. Recebido em: 29/3/2019.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Medidas de urgência na ação por improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (coord.) **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AVELAR, Maria Carla de. O trânsito em julgado e o cumprimento de decisão judicial que comina a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012.

BELMONTE, Rodrigo de Andrade. O novo Código de Processo Civil, as cautelares e a Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 12, n. 135, p. 332-334, mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.292/95**. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526&ord=1>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Portal da Transparência. **Ceis**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/pagina-interna/603245-ceis>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências (Revogado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 38, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009. Altera os arts. 12 e 21 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12120.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas [...]. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp. 520.553/RJ. Administrativo. Licitação. Mandado de segurança preventivo. Declaração de inidoneidade exarada pelo Estado do Rio de Janeiro. Impossibilidade de contratação com a Administração Pública. Aplicação a todos os entes federados. Relator: Ministro Herman Benjamin, 3 de novembro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2011b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=922193&num_registro=200300272646&data=20110210&formato=PDF. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp. 1.385.582/RS. Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade. Medida liminar *inaudita altera pars*. Poder geral de cautela (art. 804 CPC). Exceção ao art. 17, § 7º, da LIA. Tutela específica de caráter não exclusivamente sancionatório. Viabilidade. Relator: Ministro Herman Benjamin, 1 de outubro de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 15 de agosto de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1255649&num_registro=201301555655&data=20140815&formato=PDF. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgInt no REsp. 1.382.362/PR. Processo Civil e Administrativo. Suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar. Alcance da Penalidade. Toda a Administração Pública. Agravante: Daltre Construções e Empreendimentos LTDA. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 7 de março de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 31 de março de 2017a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1577194&num_registro=201301345226&data=20170331&formato=PDF. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma), AgInt no REsp. 1.589.661/SP. Administrativo. Improbidade. Justiça Estadual. Competência. Julgamento antecipado da lide. Súmula 7 do STJ. Incidência. Art. 10 da lei n. 8.492/1992. Dolo ou culpa. Desconstituição de premissas fáticas. Impossibilidade. Sanção imposta. Modulação. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 21 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 24 de março de 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1573908&num_registro=201501256044&data=20170324&formato=PDF. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp. 1.447.774/SP. Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Recurso de apelação. Efeito suspensivo. Exceção. Microssistema legal de proteção aos interesses ou direitos coletivos. Relator: Ministro Francisco Falcão, 21 de agosto de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 27 de agosto de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742607&num_registro=201400805782&data=20180827&formato=PDF. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgInt no TP nº 1.492/RJ. Processual Civil. Agravo Interno no pedido de tutela provisória. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Sanção de proibição de contratar com o Poder Público. Alcance. [...]. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, 27 de novembro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 6 de dezembro de 2018c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1776976&num_registro=201801180999&data=20181206&formato=PDF. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 2.962, de 18 de novembro de 2015. Representação. Supostas irregularidades ocorridas na condução da concorrência 1/2015. Licitação custeada com recursos federais repassados por meio de termo de compromisso. Oitiva. Argumentos apresentados insuficientes para descaracterizar a inabilitação indevida do autor da representação. Conhecimento e provimento. Fixação de prazo para a anulação do ato que inabilitou a licitante. Expedição de ofício de ciência à prefeitura sobre as consequências jurídicas do descumprimento da medida corretiva estabelecida e sobre a jurisprudência do TCU acerca da extensão da penalidade do artigo 87, inciso III, a Lei 8.666/1993. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-34631/DT_RELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 27 jun. 2019.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; AZEVEDO, Euro Sabino de. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração: abrangência nacional da penalidade. **Revista Juris Plenum de Direito Administrativo**, Caxias do Sul, v. 5, n. 17, p. 167-190, mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, José Nilo de. Proibição de contratar com o Poder público. Extensão da pena do art. 12, III, da Lei de improbidade administrativa. Necessidade de interpretação estrita. Interpretação ampla da doutrina e jurisprudência. Necessidade de declaração de nulidade dos contratos firmados após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Declaração de nulidade, via administrativa ou judicialmente. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 9, n. 29, jul. 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa**: Lei 8.429/1992 comentada. São Paulo: Método, 2011.

FERREIRA, Hélio Rios. Sanções da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 111, p. 84-97, mar. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAGALHÃES, Cândida Alzira Bentes de; SENHORAS, Elói Martins. Lei de improbidade administrativa: 25 anos de combate à corrupção. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 141, p. 26-32, set. 2017.

MARQUES, Silvio Antônio. **Improbidade administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 62, n. 440, p. 09-44, jun. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MUKAI, Toshio. A pena de suspensão temporária de licitar e contratar está adstrita ao órgão e/ou entidade pública que a aplicou. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 3, maio 2001.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 7, n. 18, maio/ago. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil**: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. Os contornos objetivos da proibição de contratar com o poder público por improbidade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 54, p. 185-216, set. 2016.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. Aspectos processuais da proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de ato ímprobo. **Revista Brasileira de Direito Tributário**, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 81-112, maio/jun. 2017.

Fábio Bragança Zago

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Especialista em Direito Civil e Processual Civil de acordo com o novo CPC – ESMA/DF.

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT.

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Bacharel em Administração pela Universidade de Brasília – UnB.

Servidor Público do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

zagoy96@gmail.com

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: DA UNIFORMIZAÇÃO À HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS

Maria Luiza Baillo Targa

*THE CIVIL LIABILITY IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR: FROM
STANDARDIZATION TO HARMONIZATION OF APPLICABLE LAWS*

RESUMO

No presente artigo, por meio da revisão bibliográfica e da análise de casos concretos, objetiva-se investigar, inicialmente, o desenvolvimento da regulamentação do transporte aéreo no plano internacional e o interesse em uniformizar as fontes incidentes sobre os respectivos contratos, estudando-se, em especial, a Convenção de Montreal e a aplicação desta pelas cortes estrangeiras. Igualmente, no segundo momento, visa-se analisar a legislação brasileira aplicável às relações de transporte aéreo internacional e a necessidade de harmonização entre as disposições da Convenção de Montreal e as do Código de Defesa do Consumidor, a fim de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas internacionalmente e, ao mesmo tempo, a proteção do consumidor em virtude da relevância do assunto, advinda do julgamento da tese, com repercussão geral, relativa ao Tema 210 do Supremo Tribunal Federal. Propõe-se, para permitir a aplicação harmônica e conjunta dessas duas fontes normativas, a utilização do método da Teoria do Diálogo das Fontes, ou diálogo entre as fontes em aparente conflito, desenvolvido por Erik Jayme e por Claudia Lima Marques, por meio do qual se pretende concretizar o princípio *pro homine*.

» **PALAVRAS-CHAVE:** TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÃO DE MONTREAL. DIÁLOGO DAS FONTES. TEMA 210 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

This article, through bibliographic review and analysis of court cases, aims to analyze, initially, the development of international carriage by air regulations and the interest in standardizing the sources applied on such contracts, emphasizing the Montreal Convention and its implementation by foreign courts. It also aims to study the Brazilian legislation applicable to international carriage by air contracts and the need for harmonization between the Montreal Convention and the Brazilian Consumer Protection Code, in order to ensure compliance with the obligations assumed internationally and, at the same time, the consumer protection, especially considering the relevance of the matter after the general repercussion thesis, relative to the subject n. 210 fixed by the Federal Supreme Court. In order to enable a harmonic and joint application of these two sources, the use of the Dialogue of Sources method, or the dialogue between sources in apparent conflict, is proposed, developed by Erik Jayme and Claudia Lima Marques, by which the concretization of the pro homine principle is intended.

» **KEYWORDS:** INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR. BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION CODE. MONTREAL CONVENTION. DIALOGUE OF THE SOURCES. SUBJECT N. 210 OF THE FEDERAL SUPREME COURT.

INTRODUÇÃO

Os meios de transporte sempre foram essenciais à vida humana em razão da necessidade e do desejo de deslocamento, seja, inicialmente, para o fim de sobrevivência, seja, posteriormente, para fins profissionais, pessoais ou turísticos.

O transporte aéreo paulatinamente se desenvolveu a partir do século XX e ganhou relevância jurídica após a expansão comercial da aviação civil, sendo, hodiernamente, o meio de transporte que mais se desenvolve

e o mais utilizado, pois permite aos passageiros alcançarem maiores distâncias em menor espaço de tempo, correspondendo, assim, aos anseios da sociedade pós-moderna e globalizada.

Na seara internacional, em virtude do grande e contínuo incremento desse meio de transporte, constatou-se que as legislações nacionais não seriam suficientes para regulamentar as questões atinentes aos contratos de transporte aéreo devido ao seu caráter de transpor fronteiras, o que fez surgir o interesse na uniformização e na padronização das normas e resultou na criação de convenções e de organismos que as regulamentam.

Uma das convenções mais importantes em vigor, assinada e ratificada até o momento por 136 partes signatárias, é a convenção para unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999, conhecida como Convenção de Montreal, a qual fixa os limites indenizatórios à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de dano decorrente de morte ou de lesão corporal de passageiro, de destruição, perda ou avaria da carga ou da bagagem sob sua custódia bem como de atraso no transporte de passageiros, bagagem ou carga. Foi ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006, sendo hoje aplicável aos contratos de transporte aéreo internacional de pessoas, bagagem ou carga.

Ocorre que, sobre essa mesma relação jurídica, incidem as disposições do Código Civil e, se configurada relação de consumo, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, legislações que preconizam a reparação integral do dano sem qualquer limitação legal.

Em decorrência de aparente conflito entre a norma de origem internacional e as normas nacionais, surge o interesse na harmonização dessas legislações, posto que, no atual contexto globalizado e pós-moderno, o diálogo entre as várias fontes de direito se mostra a melhor solução para coordenação de normas, mostrando-se inadequados os critérios clássicos de solução de antinomias (hierarquia, especialidade e cronologia), na medida em que propõem não a coexistência de leis, mas a aplicação de algumas em detrimento de outras.

Justamente observando situações como essas, o doutrinador Erik Jayme desenvolveu, na Alemanha, a Teoria do Diálogo das Fontes, propondo a coordenação flexível e útil das normas em conflito, a fim de restabelecer a coerência entre elas. Seu método, desenvolvido e adaptado à realidade brasileira por Claudia Lima Marques, vem sendo amplamente utilizado pelos tribunais pátrios, para dirimir aparentes antinomias entre fontes normativas com campos de aplicação convergentes, mas não idênticos.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 210, fixou tese com repercussão geral, no sentido de que as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, em especial as convenções de Varsóvia e de Montreal, têm prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, afastando, assim, a possibilidade de aplicação conjunta e harmônica de tais normas (BRASIL, 2017b).

Em decorrência da grande e atual relevância jurídica do tema, propõe-se, no presente trabalho, a análise do porquê do interesse global em uniformizar as regras relativas ao transporte aéreo internacional e do porquê da necessidade de cumprimento da legislação nacional, sugerindo-se a utilização do método do Diálogo das Fontes, para dirimir aparentes antinomias entre a Convenção de Montreal e as leis brasileiras, em especial o Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho se divide em duas partes. Na primeira, analisam-se as questões atinentes ao plano internacional: o desenvolvimento da regulamentação do transporte aéreo e o motivo do interesse na uniformização das disposições legislativas, com ênfase na Convenção de Montreal. Na segunda, serão analisadas a recepção da Convenção pelo ordenamento jurídico brasileiro, as disposições nacionais incidentes sobre as relações de consumo de transporte aéreo, a recente tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 210 e o porquê da necessidade de se estabelecer um diálogo entre a legislação internacional e a nacional por meio da utilização do método do Diálogo das Fontes.

1 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NO ÂMBITO INTERNACIONAL: O INTERESSE NA UNIFORMIZAÇÃO

O desenvolvimento do transporte aéreo levou à constatação de que não seria possível regulamentá-lo apenas em nível nacional, em decorrência da necessidade de assegurar a cooperação internacional, haja vista o caráter de transpor fronteiras desse tipo de transporte.

Com essa finalidade, foram realizadas diversas conferências que culminaram na criação de organismos e comissões bem como na elaboração de convenções que, principalmente, visavam a uniformizar a regulamentação referente ao contrato de transporte aéreo.

Na primeira parte do trabalho, serão analisados o desenvolvimento da regulamentação do transporte aéreo no plano internacional, as principais conferências realizadas e as fontes normativas criadas, com ênfase na Convenção de Montreal e sua aplicação, por meio do estudo de decisões proferidas por cortes internacionais.

1.1 O DESENVOLVIMENTO DA REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO AO LONGO DA HISTÓRIA

Nos primeiros anos da aviação, percebeu-se que o advento do avião acrescentava nova dimensão ao transporte de pessoas e de mercadorias e que não era mais possível este estar contido estritamente nos limites nacionais em virtude do seu caráter de transpor fronteiras. Foi por essa razão que ocorreu em Paris, no ano de 1910, a primeira importante Conferência Internacional de Navegação Aérea, para tratar da elaboração de um código de leis aéreas, ocasião em que foram estabelecidos princípios básicos que passaram a reger a aviação (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 2019a).

Nos anos subsequentes, a evolução técnica da aviação, decorrente da Primeira Guerra Mundial, tornou ainda mais evidente o seu potencial, fazendo emergir a ideia de que a colaboração internacional em termos de aviação, originária da necessidade militar de cooperação, deveria agora ser voltada para fins pacíficos.

O tema foi então pauta da Conferência de Paz de Paris, realizada no ano de 1919, ocasião em que foi confiado o tratamento dos assuntos atinentes à aviação para a Comissão Aeronáutica Especial, criada justamente para essa finalidade. Foi ainda redigida a Convenção Internacional do Ar, a qual regulamentava os aspectos técnicos, operacionais e organizacionais da aviação civil e cujas disposições passaram a integrar a legislação nacional dos Estados Contratantes.

A Convenção também previu a criação da Comissão Internacional para Navegação Aérea, cujo objetivo era monitorar a evolução da aviação civil e propor medidas aos Estados para manutenção do desenvolvimento ordenado da aviação civil internacional (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 2019b).

Ainda no ano de 1919, durante a Conferência de Paz de Versalhes, foi elaborada a carta fundamental da Liga das Nações, cujo principal objetivo era a criação de foro internacional, para discutir diversas questões, dentre elas as relações de transporte.

Paralelamente, surgiram empresas de transporte aéreo civil na Europa e na América do Norte, e foi criada a Associação Internacional de Tráfego Aéreo, para auxiliar as companhias aéreas a padronizarem seus documentos e a compararem os procedimentos técnicos de cada país. Até então, grande parte da atividade de transporte aéreo mundial tinha como fim o transporte de correio. Todavia, com o advento da Convenção Internacional do Ar, nasce a indústria de transporte aéreo internacional.

Verificando o largo crescimento da indústria aérea, o Primeiro-Ministro francês Raymond Poincaré propôs a realização de uma conferência, para estabelecer convenção que regulasse internacionalmente os contratos de transporte aéreo (CHENG, 2018, p. 14), convocando os governantes de outros países para tanto. Foi então realizada, em 1925, a primeira Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo, cujo principal objetivo foi examinar a questão da responsabilidade das companhias aéreas e empreender o trabalho de codificação da lei aérea privada. O protocolo final da Conferência determinou a criação de um comitê especial, o Comitê Técnico Internacional de Experts Jurídicos Aéreos (CITEJA), composto por especialistas na área, para desenvolver um código de direito aéreo internacional privado (DIEDERIKS-VERSCHOOR, 2006, p. 9-10).

Os trabalhos desenvolvidos culminaram na elaboração da Convenção, para unificar certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, concluída pela Segunda Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo em Varsóvia, no ano de 1929. O Brasil foi signatário dessa Convenção e promulgou, em 24 de novembro de 1931, o Decreto 20.704.

Para o doutrinador francês Olivier Cachard, a aprovação da Convenção de Varsóvia representou um avanço do direito privado uniforme, pois, ainda que não suprimisse todos os conflitos de leis existentes, permitiu a criação de um regime de direito uniforme para os signatários (CACHARD, 2015, p. 21).

Embora visasse unificar apenas certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, o artigo 24 da Convenção de Varsóvia preconizava que toda ação de responsabilidade, qualquer que fosse o título em que se fundasse, somente poderia ser exercida nas condições e nos limites nela previstos (BRASIL, 1931)¹. Dessa forma, em qualquer situação, a Convenção deveria ser aplicada.

Dois casos concretos ilustram a questão: no primeiro deles, julgado pela Câmara dos Lordes inglesa em 1996², foi decidido que os tribunais nacionais não possuíam liberdade para fornecer uma solução de acordo com sua própria lei, de modo que, em não havendo previsão expressa de reparação de danos morais na Convenção de Varsóvia, seria inviável a condenação da companhia aérea ao pagamento deles (REINO UNIDO, 1996).

Igualmente, no segundo caso, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1999, foi indeferido o pedido de indenização por danos morais decorrentes de inspeção de segurança intrusiva e a prisão ilegal de passageiro sob o argumento de que a referida Convenção não previa que esses fatos fossem indenizados e de que o artigo 24 impedia o ajuizamento de ação com base na lei local (ESTADOS UNIDOS, 1999).

Outras três Conferências Internacionais sobre Direito Aéreo Privado foram realizadas até que a Segunda Guerra Mundial, iniciada em 1939, interrompeu os trabalhos do Comitê Técnico Internacional de Experts Jurídicos Aéreos e a possibilidade de unificação integral da legislação aérea privada.

Durante o conflito, a utilização da aviação avançou significativamente. Pela primeira vez na história, grande número de pessoas e de mercadorias foi transportado com segurança por longas distâncias e, justamente por essa razão, os Estados Unidos iniciaram estudos sobre os problemas da aviação civil, a fim de permitir o uso dela como um dos elementos no desenvolvimento econômico mundial e como meio para começar a “curar as feridas da guerra”, conforme declarou o Presidente Roosevelt.

O governo norte-americano enviou convites a Estados aliados e neutros, a fim de se reunirem na cidade de Chicago, a partir de 1º de novembro de 1944, na Conferência Internacional de Aviação Civil. O resultado mais importante foi a elaboração de uma convenção sobre Aviação Civil Internacional, a Convenção de Chicago, aprovada em 11 de setembro de 1945 e ratificada pelo governo brasileiro em 26 de março de 1946, cujo principal objetivo era assegurar a cooperação internacional, visando evitar atritos e conservar a amizade e a compreensão entre os povos do mundo (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 2019c).

Estabeleceu-se que, trinta dias depois que os governos de metade dos presentes na Conferência ratificassem a Convenção, passaria a existir a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), a qual administra, até os dias de hoje, a Convenção de Chicago por meio da elaboração de re-

comendações de práticas que balizam a atuação das autoridades de aviação civil no mundo³. O Brasil é membro-fundador da OACI e participa ativamente das discussões e da elaboração dos normativos e das recomendações técnicas emitidos pelo Organismo.

Ainda durante a Conferência de Chicago, os delegados recomendaram o reinício dos trabalhos do Comitê Técnico Internacional de Experts Jurídicos Aéreos. Todavia, optou-se, posteriormente, pela dissolução dele e pela criação de um Comitê de Direito Aéreo Internacional dentro da OACI, que daria continuidade aos trabalhos do CITEJA e promoveria a modernização da Convenção de Varsóvia.

A primeira modernização ocorreu por meio do Protocolo de Haia, de 28 de setembro de 1955. A segunda adveio da aprovação da Convenção de Guadalajara, assinada em 18 de setembro de 1961. Já a terceira ocorreu por meio do Protocolo da Guatemala, de 8 de março de 1971, o qual representou o primeiro grande esforço para modernizar o sistema de responsabilidade do transportador e para fixar a indenização mais justa e equitativa às vítimas em caso de acidente aéreo, embora não tenha jamais entrado em vigor. No ano de 1975, a OACI organizou uma conferência na cidade de Montreal, para elaborar texto único, que reunisse todos os documentos aplicáveis ao transporte aéreo internacional. Ao final, foram adotados quatro protocolos, nominados de Protocolos 1, 2, 3 e 4 de Montreal, mas nenhum chegou a entrar em vigor.

Por fim, a quinta e última proposta de alteração da Convenção de Varsóvia culminou na aprovação da Convenção de Montreal (Convenção para a Unificação de certas Regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional) no ano de 1999, a qual entrou em vigor a partir de 4 de novembro de 2003 e será a seguir analisada detalhadamente, em virtude de sua ampla aplicação hodiernamente.

1.2 A CONVENÇÃO DE MONTREAL E SUA APLICAÇÃO: ASPECTOS GERAIS E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE CORTES INTERNACIONAIS

A Convenção de Montreal representa a mais recente modernização da Convenção de Varsóvia e manteve intacto o âmbito de aplicação original daquela, isto é, o transporte internacional de pessoas, bagagem ou mercadoria, entendido o transporte internacional como aquele em que o ponto de partida e o ponto de destino estão situados no território de dois Estados-Partes ou em apenas um deles, desde que haja escala em território de outro Estado, que seja parte ou não.

A grande modernização ocorreu na seara relativa à responsabilidade do transportador aéreo e aos limites da respectiva indenização.

A Convenção de Varsóvia disciplinava a responsabilidade do transportador aéreo por danos ocasionados por morte ou por lesão corporal sofrida pelo viajante a bordo da aeronave ou durante as operações de embarque ou desembarque (artigo 17); por destruição, perda ou avaria de bagagem

despachada ou mercadoria durante sua guarda (artigo 18, 1) e para os casos de atraso no transporte de viajantes, bagagem ou mercadorias (artigo 19).

Previa, como limite indenizatório, a quantia de 125.000 francos por passageiro no transporte de pessoas (artigo 22, 1) e de 250 francos por quilograma no transporte de mercadorias ou nos casos de bagagem despachada, salvo se realizada prévia declaração especial de interesse na entrega, caso em que a indenização deveria equivaler à importância declarada (artigo 22, 2). Em relação aos objetos sob a guarda do viajante, eventual indenização se limitava a 5.000 francos por passageiro (artigo 22, 3).

Igualmente, a Convenção de Montreal disciplina a responsabilidade do transportador aéreo em caso de morte ou de lesão corporal do passageiro ocorrida a bordo da aeronave ou durante as operações de embarque ou desembarque (artigo 17, 1), em caso de danos decorrentes de destruição, perda ou avaria de bagagem que esteja sob a sua custódia (artigo 17, 2), de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga (artigo 18) e de atraso (artigo 19).

Todavia, quanto à indenização, alterou os valores para Direitos Especiais de Saque (DES), os quais são definidos pelo Fundo Monetário Internacional. Os limites indenizatórios equivalem a 100.000 DES por passageiro em caso de morte ou de lesão corporal (artigo 21, 1); 1.000 DES por passageiro em caso de destruição, perda ou avaria de bagagem, salvo se realizada declaração especial de valor da entrega, quando a indenização equivale à importância declarada (artigo 22, 2); 17 DES por quilograma em caso de dano no transporte de carga, salvo declaração especial prévia (artigo 22, 3) e 4.150 DES por passageiro em caso de atraso no transporte de pessoas (artigo 22, 1).

Em virtude da disposição do artigo 24, o qual estipula a revisão dos limites indenizatórios a cada cinco anos, a OACI encaminhou correspondência aos signatários, indicando a revisão dos limites na taxa de inflação de 13,1%. Os novos valores, em vigor desde 30 de dezembro de 2009, são os seguintes: 113.100 DES por passageiro em caso de dano por morte ou por lesão corporal; 1.131 DES por passageiro em caso de dano no transporte de bagagens; 19 DES por quilograma em caso de dano no transporte de carga e 4.694 DES por passageiro em caso de atraso no transporte de pessoas (TOMPKINS JR., 2010, p. 41).

Até o momento, 136 países assinaram e ratificaram a Convenção de Montreal, sendo que alguns o fizeram com ressalvas. A Alemanha, por exemplo, afastou da aplicação da Convenção o transporte aéreo explorado diretamente pelo governo para fins não comerciais ou militares. Igualmente, nos Estados Unidos, não se aplica a Convenção ao transporte aéreo internacional explorado pelo governo na qualidade de Estado soberano. Já a Argentina ponderou que a expressão “lesão corporal”, constante no artigo 17, compreende a lesão psíquica ligada à lesão corporal e a qualquer outra lesão psíquica relativa à saúde do passageiro, que prejudique sua capacidade de praticar suas ocupações cotidianas (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 2019e).

A União Europeia ratificou a Convenção na qualidade de Organização regional de integração econômica, e os Estados-Membros lhe transferiram a competência para legislar sobre a matéria.

Entre a assinatura e a ratificação, o Parlamento europeu expediu o Regulamento 889/2002, o qual, alterando o Regulamento 2027/1997, afastou qualquer distinção entre transporte aéreo nacional e internacional dentro dos Estados-Membros e deixou claro que suas disposições são complementares à Convenção de Montreal. Posteriormente, expediu outro regulamento complementar à Convenção, o de número 261/2004, o qual estabelece regras para indenização e assistência aos passageiros de transporte aéreo em caso de recusa de embarque (*overbooking*), cancelamento e atraso previsto de voos realizados dentro da Comunidade.

O Brasil ratificou a Convenção sem ressalvas e editou o Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006, em vigor desde então.

A Convenção de Montreal vem sendo aplicada pelos países signatários, para dirimir questões atinentes à responsabilidade do transportador aéreo internacional, embora eventualmente surjam dúvidas acerca do seu âmbito de incidência, conforme se verá a seguir.

Em 2010, o Advogado-Geral da Corte Europeia Ján Mazák, ao analisar o caso *Axel Walx v. Clickair S.A.*, no qual o passageiro postulou indenização por danos materiais e morais decorrentes do extravio de bagagem, concluiu que o limite indenizatório previsto no artigo 22, 2, da Convenção independe do conteúdo da responsabilidade, ou seja, engloba tanto danos materiais quanto morais (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

Em decisão semelhante, a Suprema Corte Argentina, ao analisar o caso *Alvarez, Hilda Noemí c/ British Airways s/ Daños y Perjuicios* em 2002, no qual a passageira pleiteou indenização por danos morais em decorrência de atraso na entrega de sua bagagem, concluiu que referido artigo não discrimina a natureza do dano, de modo que as somas correspondentes ao ressarcimento do dano material e do dano moral estão inseridas dentro do limite indicado (ARGENTINA, 2002).

Diversas outras questões atinentes ao âmbito de aplicação da Convenção são objeto de demandas judiciais. Por exemplo, na Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Jane Doe, John Doe v. ETIHAD AIRWAYS*, em que a passageira foi picada por uma agulha hipodérmica localizada no bolso do assento à sua frente e requereu indenização em virtude da lesão corporal sofrida e da angústia decorrente disso bem como ressarcimento das despesas médicas realizadas com exames para apuração do contágio de doenças, questionou-se se o limite previsto no artigo 17 da Convenção compreenderia a angústia sofrida pela passageira. Embora tenha a transportadora aérea alegado que a angústia não seria indenizável, porque não causada pela lesão corporal (picada da agulha), e sim pela possibilidade de ter contraído doença infecciosa, a Corte ponderou que a angústia, mesmo que concorrente à lesão, é compensável, se oriunda do mesmo acidente que a causou (ESTADOS UNIDOS, 2017).

Por seu turno, no Chile, o 1º Juzgado Civil de Valdivia, ao julgar o caso *Christian Karl Petzold e Sherry Beth Petzold v. LATAM*, analisou se a ocorrência de dois atrasos em uma mesma viagem implicaria pagamento em dobro da indenização prevista no artigo 22, 1, da Convenção, concluindo que

o duplo atraso em um mesmo itinerário de voo acarreta uma única responsabilidade, de modo que o valor máximo indenizável equivale ao teto previsto na Convenção para cada passageiro (CHILE, 2017).

À Suprema Corte de Justiça Uruguaia, no caso *Mario Vidales & CIA v. Vanguard Logistic Services*, foi questionado se, em um contrato de transporte internacional de carga em que a mercadoria foi furtada durante o desembarque do caminhão dentro de um aeroporto, sem a prévia declaração especial de conteúdo, seriam aplicáveis, ou não, os limites previstos na Convenção. Decidiu-se que se aplicavam os termos da Convenção, porque o furto ocorreu durante o período em que a carga estava sob a custódia do transportador aéreo e porque não realizada a declaração especial de conteúdo (URUGUAI, 2014).

Ressalte-se que, em relação ao transporte aéreo internacional de passageiros, verifica-se, no Uruguai, certa tendência jurisprudencial à aplicação da lei de defesa do consumidor em detrimento da Convenção de Montreal, por entenderem que aquela se trata de norma de ordem pública. A título exemplificativo, cita-se o caso *Sanabria, Nelson c/ Lan y Lan Air Lines y Azul Viajes y Turismo s/Daños y Perjuicios y Cobro de Pesos*, julgado em 2011, no qual a companhia aérea e a agência de turismo foram condenadas ao ressarcimento das passagens aéreas e à indenização por dano moral arbitrado em seis mil dólares em virtude de falha na prestação do serviço, com base na lei de proteção ao consumidor (URUGUAI, 2011).

De qualquer forma, embora existam certas divergências interpretativas, a Convenção vem sendo aplicada pelos seus signatários, o que demonstra o comprometimento com a ideia de uniformização de certas regras atinentes ao tema. A seguir, serão analisados o contexto brasileiro e o interesse na harmonização entre a Convenção e a legislação nacional aplicável.

2 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL NO ÂMBITO NACIONAL: A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO

No Brasil, o direito ao transporte foi elevado ao *status* de direito social por meio da Emenda Constitucional 90, de 2015, que deu nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal, e o contrato de transporte tornou-se típico apenas a partir da promulgação do Código Civil de 2002, que disciplina as regras gerais dessa modalidade contratual nos artigos 730 a 756.

Todavia, permanecem em vigor as legislações anteriores ao Código naquilo em que forem com ele compatíveis. Igualmente, sob a mesma condição, aplicam-se os tratados e as convenções internacionais ratificados antes da vigência da Lei civil. E, da mesma forma, incidem sobre as relações de transporte que também sejam de consumo as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, sobre uma única relação contratual incidem simultaneamente diversas fontes normativas, razão pela qual a harmonização destas é imprescindível para a melhor aplicação do direito.

Na segunda parte do trabalho, serão analisadas as legislações aplicáveis ao transporte aéreo internacional no Brasil, a recente tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessidade de harmonização dessas fontes por meio do método do Diálogo das Fontes.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DA REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO E A TESE NO TEMA 210, FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo pondera Bruno Miragem, na legislação brasileira anterior ao Código Civil de 2002, havia diversas normas esparsas que regulamentavam as modalidades de transporte de modo assistemático, como o caso do Código Comercial (Lei 556/1850), que dispunha sobre certas regras do transporte marítimo, e do Decreto 2.681/1912, o qual disciplinava a responsabilidade civil das estradas de ferro (MIRANDA, 2012, p. 66).

Quanto ao transporte aéreo, a matéria inicialmente foi regulamentada pelo Decreto 20.704/1931, responsável pela incorporação ao ordenamento jurídico pátrio da Convenção de Varsóvia. Anos depois, para regular questões atinentes ao transporte aéreo realizado no território nacional, dentre elas a responsabilidade civil das transportadoras, foi instituído o Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei 483/1938), o qual foi revogado pelo Decreto-Lei 32/1966 e posteriormente pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986).

No ano de 1988, foi promulgada a nova Constituição Federal, a qual tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, inciso I), bem como institui a proteção do consumidor como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, inciso V), além de determinar a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (art. 48, ADCT).

O Código Consumerista entrou em vigor em 1990, estabelecendo normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social, bem como imputando aos fornecedores responsabilidade pela reparação dos danos decorrentes de defeito e vício do produto ou do serviço. Suas normas passaram a ser aplicadas aos contratos de transporte que se caracterizassem igualmente como relações de consumo, ou seja, quando presente a figura do consumidor, o que ocorre nos contratos de transporte aéreo de pessoas (MIRAGEM, 2014, p. 44-46).

Com a vigência do Novo Código Civil a partir de 2002, foram estipuladas regras gerais aplicáveis a todas as modalidades de contrato de transporte (artigos 730 a 756). Todavia, manteve-se a possibilidade de aplicação dos “preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais” anteriores ao Código, quando cabíveis e não contrárias às disposições da própria Lei Civil (artigo 732). Assim, tem-se que, sobre um mesmo contrato de transporte aéreo poderiam incidir, simultaneamente, as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica, da Convenção de Varsóvia, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Visando harmonizar a aplicação de tais legislações, com fundamento no artigo 732 da Lei Civil, a jurisprudência dos tribunais firmou-se no sentido de que o Código Aeronáutico e a Convenção de Varsóvia somente seriam aplicáveis naquilo em que não contrariassem as disposições dos demais códigos, razão pela qual foram afastados os artigos que tarifam a indenização do transportador aéreo, pois contrários ao princípio da indenização integral preconizado pelo *caput* do artigo 944 do Código Civil e pelo artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, ainda, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Ag em REsp 874.427/SP e o AgRg no REsp 1.421.155/SP; igualmente o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 351.750 no ano de 2009.

Ocorre que, em 27 de setembro de 2006, foi publicado o Decreto 5.910, responsável pela incorporação ao ordenamento jurídico pátrio da Convenção de Montreal, a mais recente atualização da Convenção de Varsóvia, e novamente surgiram questionamentos acerca da sua aplicação, por se tratar de norma posterior e especial.

Inicialmente, os tribunais mantiveram o entendimento de que, sobre as relações de consumo, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, por ser a lei mais benéfica à figura do consumidor, que deve ser protegido (a propósito, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1.230.663/RJ; AgRg no Ag 1.343.941/RJ e AgRg no AREsp 607.388/RJ).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em 23 de outubro de 2009, reconheceu a repercussão geral do tema atinente à indenização decorrente de extravio de bagagem em voo internacional, ao apreciar o Agravo de Instrumento 762.184, determinando sua conversão ao Recurso Extraordinário 636.331 e a inclusão da questão no Tema 210, que ficou assim redigido: “Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia” (BRASIL, 2017b). O Recurso foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes. Paralelamente, o Ministro Roberto Barroso, ao analisar o Recurso Extraordinário com Agravo 766.618, que abordava o prazo prescricional para pleitear indenização decorrente de dano nos contratos de transporte aéreo internacional, ponderou ser esse recurso representativo da mesma controvérsia daquele e determinou sua submissão ao Plenário para julgamento em conjunto com o outro recurso (BRASIL, 2017a).

Iniciado o julgamento em 2014 e finalizado em 25 de maio de 2017, após voto de vista da Ministra Rosa Weber, o Plenário, por maioria (nove votos contra dois) e nos termos do voto dos dois Relatores, deu provimento a ambos os recursos.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que as convenções internacionais que limitam a responsabilidade das transportadoras aéreas têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor, porquanto a proteção deste não é a única diretriz que orienta a ordem econômica, e ao constituinte também se impõe a observância dos acordos internacionais relativos à ordenação do transporte aéreo internacional, conforme artigo 178 da Constituição Federal. Referiu ainda que a Convenção de Montreal é lei especial e posterior ao Código de Defesa do Consumidor, devendo, por esses critérios, prevalecer.

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que o *status* hierárquico dos tratados internacionais é o mesmo da Lei Consumerista, de modo que antinomias são resolvidas pelos critérios da especialidade e cronológico. Todavia, se tal fosse o caminho a seguir, a discussão seria infraconstitucional, de sorte que o que legitimou a admissão dos recursos extraordinários foi a existência de um dispositivo constitucional específico: o artigo 178, o qual prevê critério específico para solucionar antinomias sobre a matéria, tal como o faz a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Em voto divergente, o Ministro Marco Aurélio assinalou que, ao julgar o Recurso Extraordinário 172.720, a Corte já havia decidido que os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal se sobrepõem aos tratados e às convenções ratificados pelo Brasil. Já o Ministro Celso de Mello afastou o uso dos critérios da especialidade e cronológico, afirmando que estes não podem ser invocados para nulificar direito fundamental assegurado em favor do consumidor e que se deve utilizar o critério hierárquico, pois a “cláusula de proteção ao consumidor encontra fundamento na própria declaração constitucional de direitos (CF, art. 5º, inciso XXXII), a que não se podem opor estatutos revestidos de inferior positividade jurídica”. Por fim, afirmou que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos fundamentais assegurados ao consumidor.

Ao final, foi fixada a seguinte tese com repercussão geral (BRASIL, 2017b):

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Embora a tese seja silente, os ministros afastaram de sua incidência os danos morais, os quais permanecem regulados pela legislação nacional.

Ainda, em que pesem as decisões ainda não terem transitado em julgado, já se impõe a observância da tese às instâncias inferiores e ao próprio Supremo Tribunal Federal⁴.

Em decorrência da prolação da referida tese, a qual não apenas contraria a jurisprudência anteriormente consolidada, priorizando a aplicação das convenções internacionais em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, como também obsta o diálogo entre tais normas, é imperioso o estudo do funcionamento do método do Diálogo das Fontes, para que se averigue a possibilidade de ser utilizado, a fim de assegurar a coexistência harmônica entre tais fontes de direito.

2.2 A HARMONIZAÇÃO DAS FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL POR MEIO DO DIÁLOGO DAS FONTES

Em seus estudos, o doutrinador e jurista alemão Erik Jayme constatou que, na sociedade pós-moderna e globalizada, não mais se sustentam os clássicos critérios de soluções de antinomias (hierarquia, especialidade e anterioridade), já que pressupõem a prevalência de uma fonte do direito em detrimento de outras e, hodiernamente, procura-se assegurar a coexistência das diferenças e a harmonização de normas em aparente antinomia⁵. Em outras palavras, constatou que a superação

de antinomias é substituída pela convivência das fontes do direito e que esta pode ser alcançada por meio de um diálogo entre fontes em aparente conflito (JAYME, 1995, p. 251-261).

Por essa razão, desenvolveu a teoria do Diálogo das Fontes, cunhando, pela primeira vez, a expressão em 1995, em seu Curso Geral de Haia, cujo significado pode ser traduzido como a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes do direito, com campos de aplicação convergentes, mas não idênticos (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 23).

Nos dizeres de Claudia Lima Marques, a expressão é autoexplicativa:

di-a-logos, duas 'lógicas', duas 'leis' a seguir e a coordenar um só encontro no 'a', uma 'coerência' necessariamente 'a restaurar' os valores deste sistema, desta 'nov-a' ordem das fontes, em que uma não mais 're-vo-ga' a outra (MARQUES, 2012, p. 26-27).

Jayme ressalta que, a partir do momento em que se evoca a ideia de comunicação no direito, o corolário lógico é que a superação de antinomias resulta de um diálogo entre as fontes, sendo dever do julgador coordená-las, escutando o que elas dizem, diálogo esse que é iluminado pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos, uma vez que seu *leitmotiv* é o restabelecimento da coerência entre as normas em conflito por meio da valorização dos valores constitucionais que colocam a pessoa humana no centro da questão (princípio *pro homine*) (MARQUES, 2012, p. 29).

Segundo ensina Claudia Lima Marques, três são os diálogos possíveis: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo de complementaridade e subsidiariedade e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática. Em breves linhas, ocorre o primeiro quando uma das leis, em regra de caráter geral, serve de base conceitual à outra, de caráter especial, que não é materialmente completa. Já o segundo costuma ser utilizado para suprir lacunas de uma lei especial por meio de normas, princípios e cláusulas gerais estabelecidos em lei geral. Por sua vez, o terceiro ocorre quando as fontes em diálogo se influenciam reciprocamente, sejam elas de caráter geral, sejam de caráter especial (diálogo de *double sens*)⁶ (MARQUES, 2012, p. 32).

Críticos à aplicação da teoria desenvolvida por Jayme e também por Claudia Lima Marques afirmam que esta confere ao julgador grande poder de criação do direito, o que pode vir a causar insegurança jurídica. De todo modo, o que se constata é que, no Brasil, a aplicação dessa teoria pelos tribunais é de veras corriqueira e teve repercussão nacional após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 em 2006, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades bancárias, conquanto existisse lei especial e específica que regulava o tema.

Embora a teoria seja utilizada em diversas áreas do direito, o ramo no qual mais se aplica é nas relações de consumo, até mesmo porque o Código de Defesa do Consumidor expressamente prevê a possibilidade de diálogo com outras fontes de direito, ao permitir a soma entre os direitos que disciplina e eventuais direitos do consumidor existentes em outras fontes normativas nacionais ou internacionais, em vista do que dispõe o *caput* do artigo 7º.

Especificamente nas questões atinentes ao transporte aéreo, a teoria vem sendo utilizada pelas cortes nacionais. Segundo Marques, o Superior Tribunal de Justiça realiza um diálogo de subsidiariedade entre as fontes incidentes sobre tal relação de consumo, conforme se depreende da leitura dos acórdãos do Recurso Especial 156.240/SP e do Recurso Especial 196.031/MG (MARQUES, 2012, p. 36). Ocorre que, após a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, receia-se que os tribunais não mais realizem diálogo entre as convenções internacionais e a legislação nacional, até mesmo porque a Ministra Rosa Weber, em seu voto, afastou expressamente a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, por entender que o artigo 178 da Constituição Federal assegura a prevalência das convenções internacionais, sendo desnecessário o diálogo com outras fontes de Direito (BRASIL, 2017b).

Discorda-se de tal conclusão, na medida em que é imprescindível a coexistência entre normas de Direito internacional e normas nacionais, até mesmo por ser inviável afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre uma relação de consumo. Por essas razões, propõe-se, a seguir, a maneira pela qual pode ser realizado o diálogo entre a Convenção de Montreal e o Código Consumerista, traçando inicialmente um paralelo entre tais leis e, posteriormente, elucidando de que forma as aparentes antinomias podem ser solucionadas.

Realizando-se breve panorama comparativo entre a regulamentação interna e a internacional, tem-se que as diferenças mais significativas dizem respeito à responsabilidade do transportador aéreo e ao prazo concedido ao interessado para requerer indenização decorrente de dano durante a prestação do serviço.

No plano interno, por força do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, do artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor e do *caput* do artigo 944 do Código Civil, a reparação de danos deverá corresponder integralmente ao dano causado (princípio da reparação integral). No mais, de acordo com o artigo 14 do Código Consumerista, a responsabilidade da transportadora aérea é objetiva, isto é, independe da existência de culpa.

Por sua vez, a Convenção de Montreal estipula limites a certos danos, os quais, após o reajuste determinado pela OACI em 2009, são os seguintes: 113.100 DES por passageiro em caso de morte ou de lesão corporal ocorrida a bordo da aeronave ou durante as operações de embarque ou desembarque (artigos 17, 1 e 21)⁷; 1.131 DES por passageiro em caso de destruição, perda ou avaria de bagagem, desde que o dano seja causado por culpa da transportadora ou de seus prepostos, salvo se realizada declaração especial de conteúdo (artigos 17, 2 e 22, 2); 19 DES por quilograma em caso de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, salvo declaração especial prévia (artigo 22, 3), e 4.694 DES por passageiro, se houver atraso no transporte de pessoas (artigos 19 e 22, 1), não sendo responsável, neste último caso, se provar que foram adotadas todas as medidas razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhe foi impossível assim proceder.

Em relação ao prazo para ajuizamento de ações, o Código de Defesa do Consumidor estabelece prazo de cinco anos para a pretensão à reparação de danos, cujo termo inicial é o conhecimento

do dano e de sua autoria (artigo 27). Já a Convenção de Montreal estabelece prazo de dois anos para ajuizamento da ação, contado da data da chegada ao destino, do dia em que a aeronave deveria ter chegado ou do dia da interrupção do transporte (art. 35).

Se aplicada apenas a legislação nacional, as principais consequências são as seguintes: (a) a transportadora aérea responde objetivamente pelos danos causados; (b) o interessado é integralmente ressarcido pelos danos sofridos e devidamente comprovados; (c) tem o interessado o prazo de até cinco anos para ajuizar ação indenizatória e (d) se o julgador verificar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, pode determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Se aplicada apenas a Convenção de Montreal, as consequências são as seguintes: (a) a transportadora apenas responde objetivamente por danos decorrentes de morte ou de lesão corporal de até 113.100 DES por passageiro bem como por danos na bagagem ou na carga registradas; para os demais casos, deve ser feita a prova da culpa da transportadora ou a prova de que esta tomou as medidas razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhe foi impossível adotar tais medidas; (b) o interessado é ressarcido nos limites estabelecidos pela Convenção; (c) tem o interessado o prazo de até dois anos para ajuizar ação indenizatória e (d) não há previsão de inversão do ônus probatório.

Embora aparentemente antagônicas, é possível a harmonização dessas fontes.

Em relação aos danos que não sejam de natureza compensatória, tais como os danos morais, em virtude do disposto no artigo 29 da Convenção⁸ e do que foi decidido pelo STF, aplicam-se as disposições da lei nacional. Igualmente, não se aplica a Convenção aos danos materiais que não estejam expressamente nela previstos (por exemplo, em caso de *overbooking*), incidindo a lei brasileira por meio de um diálogo de complementariedade.

Já para as questões em aparente conflito, tais como os limites da responsabilidade civil do transportador e o prazo para ajuizamento de ação indenizatória, chega-se, por meio do diálogo de influência recíproca sistemática, à seguinte conclusão: a Convenção será aplicável naquilo em que for compatível com a legislação nacional em virtude do que dispõem os artigos 732 do Código Civil e 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e, em especial, o artigo 1º da lei consumerista, no qual está explícito que esta estabelece normas de ordem pública e de interesse social, sendo que o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é claro, ao afirmar que leis, atos e sentenças de outro país, assim como declarações de vontade, não têm eficácia no Brasil, se ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes⁹.

Desse modo, ao se deparar com questão atinente ao transporte aéreo internacional que seja igualmente de consumo, deve o aplicador do Direito realizar diálogo entre tais fontes, ou seja, permitir que ambas conversem e, ao final, decidir de forma que seja concretizado o princípio *pro homi-*

ne, pois, segundo ensina Erik Jayme, o *leitmotiv* da cultura jurídica contemporânea é o papel primordial dos direitos do homem (JAYME, 1997, p. 37).

Assim, diversamente da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ao invés de dar prevalência à lei de origem extraterritorial, deve-se buscar a coexistência de todas as fontes incidentes sobre o contrato de transporte aéreo internacional, a fim de respeitar os compromissos assumidos pelo Brasil e também de respeitar a tradição brasileira de proteção à pessoa humana e aos consumidores. O método proposto pela Teoria do Diálogo das Fontes, nesse sentido, mostra-se como o melhor mecanismo de harmonização das convenções internacionais com a legislação pátria, pois permite ao julgador sopesar os interesses em jogo e chegar a um meio-termo que possibilite a melhor aplicação do Direito, sem afastar, de antemão, a incidência de qualquer fonte normativa.

CONCLUSÃO

O interesse internacional de cooperação entre as nações para assegurar regulamentação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional não é incompatível com a harmonização destas com a legislação nacional.

Como bem referido pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, em voto-vista no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101, “não se interpreta o direito em tiras; não se interpretam textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo” (BRASIL, 2012).

Isso significa que o ordenamento jurídico deve ser visto como um só corpo formado por diversas fontes normativas, de origem nacional e internacional, dentro do qual não se pode dar prevalência a apenas uma e afastar a incidência das demais. É preciso, no atual contexto da sociedade globalizada e pós-moderna, fortemente marcada pelo pluralismo e pelo direito à diferença, fomentar a coexistência das diferentes normas e a harmonização de aparentes antinomias entre elas existentes. E essa harmonização deve sempre ter como fim maior a proteção à pessoa humana, à sua dignidade e aos seus interesses, especialmente nas relações de consumo, haja vista o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo.

Nos contratos de transporte aéreo internacional que configuram relações de consumo, a ideia não pode ser diferente: de fato, é preciso respeitar os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, mas isso não significa que a aplicação das normas nacionais deva ser mitigada ou afastada. Deve-se tentar construir o equilíbrio entre a integração econômica das nações e a identidade cultural de cada uma delas, pois integrar não significa anular ou aniquilar as respectivas legislações internas, já que não implica, necessariamente, uniformizar.

E essa é exatamente a ideia por detrás da Teoria do Diálogo das Fontes: evitar a fragmentação do sistema jurídico por meio de sua análise global, permitindo o diálogo entre todas as fontes incidentes sobre uma mesma relação contratual, para que se aplique o Direito de maneira adequada e precisa.

O grande desafio na seara do transporte aéreo internacional é, nos dias de hoje, aplicar as disposições da Convenção de Montreal em conjunto com as disposições do Código de Defesa do Consumidor e com as demais normas nacionais, de forma harmônica e complementar, não excluindo previamente a incidência de uma lei ou de outra, e sim aceitando a coexistência delas por meio de um diálogo, conformando as respectivas normas em prol da proteção aos interesses da pessoa humana.

Aprovado em: 17/5/2019. Recebido em: 25/3/2019.

NOTAS

¹ Em 1985, ao julgar o caso *Air France v. Saks*, no qual a passageira alegou ter sentido forte pressão e dor no ouvido esquerdo durante o voo e que posteriormente ficou surda, requerendo a condenação da companhia aérea ao pagamento de indenização com fulcro no artigo 17 da Convenção de Varsóvia, por entender que sua surdez decorreu de falha de manutenção da aeronave, a Suprema Corte norte-americana ponderou que os tratados são criados de forma mais liberal do que acordos privados, de modo que, para apurar o seu significado, deve-se ir além do texto escrito, analisando-se sua história, as negociações e as construções práticas adotadas pelas partes. Assim, para que exista indenização com base na Convenção de Varsóvia, devem as cortes analisar a intenção das partes e o contexto em que escrito. (ESTADOS UNIDOS, 1985).

² Os demandantes, que partiram de Londres com destino à Malásia, durante escala no Kuwait nos anos de 1990, foram ilegalmente detidos, porquanto seu avião foi capturado devido à invasão do Kuwait pelas forças iraquianas no início da Guerra do Golfo. Requereram indenização por dano moral em virtude da situação. O pedido foi indeferido em virtude da inexistência de previsão na Convenção de indenização de cunho extrapatrimonial.

³ A *International Civil Aviation Organization* (ICAO) atualmente é agência especializada da ONU ligada ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC), sediada em Montreal, Canadá, e tem como principal objetivo administrar a Convenção de Chicago por meio da elaboração de padrões e práticas recomendadas conhecidas como SARPs (do inglês *Standard and Recommended Practices*), os quais balizam a atuação das autoridades de aviação civil em todo o mundo. O Brasil é membro-fundador da ICAO e participa ativamente nas discussões e elaboração das normativas e recomendações técnicas emitidas pelo Organismo. As SARPs são utilizadas pela ICAO para assegurar que as operações e regulações da aviação civil local estão de acordo com as normas globais, permitindo a operação segura e confiável de mais de 100.000 voos diários na rede global de aviação. (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 2019d).

⁴ Ilustra a questão o fato de o Ministro Barroso, em recente decisão monocrática, ter dado provimento a embargos de divergência opostos, ainda em 2009, no Recurso Extraordinário n. 351.750, determinando a reapreciação do feito pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2009). No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), que tem como um de seus objetivos a uniformização do gerenciamento dos procedimentos administrativos decorrentes da aplicação da repercussão geral e a divulgação de informações acerca da publicação e do trânsito em julgado dos acórdãos dos paradigmas, em seu Boletim Informativo Trimestral, edição 04/2017, comunicou a publicação do acórdão referente ao Tema 210 e a respectiva tese firmada. (BRASIL, 2017c).

⁵ Flavio Tartuce, sobre a questão, pondera que, na sociedade pós-moderna, a interpretação insular do Direito, segundo a qual cada ramo representaria uma ilha, é superada, e o Direito passa a ser visto como um sistema solar em que os planetas são os Códigos, os satélites são os estatutos e o Sol é a Constituição Federal, a qual irradia seus raios (princípios) por todo o sistema. (TARTUCE, 2016, p. 17-19).

⁶ Citam-se, como exemplo, as influências recíprocas entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei sobre Planos de Saúde: ambas são leis especiais que se influenciam reciprocamente em vista da respectiva incidência de aplicação diferente, mas convergente em determinadas situações convergente. De frisar que nesta terceira espécie de diálogo há também a ideia de que as partes podem optar sobre a fonte prevalente ou por uma lei em conflito abstrato em um determinado caso concreto (BENJAMIN, *et al.*, 2014, p. 135).

⁷ Se o dano for superior a tal montante, o transportador não será responsável ao excedente se provar que o dano não foi causado por omissão ou negligência sua ou de seus prepostos, ou que o dano foi causado exclusivamente por terceiro. No âmbito interno, em virtude do disposto no artigo 735 do Código Civil e na Súmula nº 187 do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade do transportador não é elidida por culpa de terceiro.

⁸ O artigo 29 refere que toda a ação de indenização de danos, cujo fundamento esteja na Convenção, em um contrato, em um ato ilícito ou em qualquer outra causa, está sujeita às condições e limites de responsabilidade previstos na Convenção. Porém, “em nenhuma das referidas ações se outorgará uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória”. Segundo Cachard, as Convenções internacionais possuem lacunas internas e externas. As primeiras devem ser preenchidas pelos princípios estabelecidos pela própria Convenção e pelas regras gerais de interpretação do direito internacional público, ao passo que as segundas correspondem aos pontos que as partes deliberadamente optaram por não regular por não ter a intenção de unificar e cujo preenchimento deve ser realizado pela legislação nacional aplicável ao caso, como é o caso do dano moral, do dano de perigo (*préjudice d'angoisse*) e do *pretium doloris* (CACHARD, 2015, p. 82-83).

⁹ De acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, é nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, estiver em conflito com uma norma imperativa do direito internacional em geral. Para os fins da Convenção, uma norma imperativa do direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos estados em seu conjunto como sendo norma sobre a qual nenhuma derrogação é permitida e que não pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral que tenha a mesma característica. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019). O mesmo raciocínio pode ser adotado para os casos em que o tratado contrariar norma de ordem pública interna.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **A. 519. XXXVII**. Recorrente: Hilda Noemi Alvarez. Recorrida: British Airways. Buenos Aires, 10 out. 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, p. 21-40, São Paulo: Editora RT, jan./fev. 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras reletivas ao transporte aéreo internacional. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 483, de 8 de junho de 1938 (Revogado pelo Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966). Institue o Código Brasileiro do Ar. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0483.htm. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

BRASIL. Decreto-lei nº 32, de 18 de novembro de 1966 (Revogado pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986). Institui o Código Brasileiro do Ar. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0032.htm. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm#art324. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 156.240/SP. Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. Extravio de Bagagem. Dano material. Dano moral. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 23 de novembro de 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 12 fev. 2001a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=65296&num_registro=199700840182&data=20010212&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 196.031/MG. Direito do Consumidor Lei 8.078/90 e Lei 7565/86. Relação de consumo. Incidência da primeira. Serviço de entrega rápida. Entrega não efetuada no prazo contratado. Dano material. Indenização não tarifada. I – Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitem com o Código de Defesa do Consumidor. II – As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas [...]. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 24 de abril 2001. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 11 jun. 2001b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=53689&num_registro=199800871390&data=20010611&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 874.427/SP. Agravante: VRG Linhas Aéreas S.A. Agravado: Marco Aurélio Fernandes Mesquita. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 set. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 7 out. 2016c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.230.663/RJ. [...] Transporte aéreo. Indenização por danos materiais e morais. Dissídio Jurisprudencial. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 24 ago. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 3 set. 2010a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996997&num_registro=200901177511&data=20100903&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.343.941/RJ. [...] Transporte aéreo internacional Atraso de voo. Código de Defesa do Consumidor. Convenções Internacionais. Responsabilidade objetiva. Riscos inerentes à atividade. Fundamento inatacado. Súmula 283 do STF. Quantum indenizatório. Redução. Impossibilidade. Dissídio não configurado. Relator: Min. Vasco Della Giustina, 18 nov. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 25 nov. 2010b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1022740&num_registro=201001565890&data=20101125&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.421.155/SP. Agravante: LOG Paraná Logística LTDA e Outro. Agravado: Royal e Sunalliance Seguros Brasil S.A. Marco Aurélio Fernandes Mesquita. Relator: Min. Marco Buzzi, 5 abr. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 19 abr. 2016a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 607.388/RJ. Relator: Ministro Moura Ribeiro, 16 de junho de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 23 jun. 2016b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1520858&num_registro=201402902623&data=20160623&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência da eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado [...]. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 24 de junho de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 1 jun 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário n. 351.750-3/RJ. [...] Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria Infraconstitucional. Não Conhecimento. Relator Originário: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Carlos Brito, 17 mar. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 24 set. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051> Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591/DF. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170 V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor [...]. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Eros Grau, 7 jun. 2006. **Diário de Justiça**. Brasília, DF, 29 set. 2006b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855> Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618/SP. Direito do consumidor. Transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. Relator: Luis Roberto Barroso, 25 maio 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 10 nov. 2017a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028508> Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário n. 636.331/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Julgamento de Mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. Repercussão geral. Tema 210 [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 25 maio 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 10 nov. 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Núcleo de Gerenciamento de Precedentes. **Boletim Informativo Trimestral Edição 04/2017c**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/institu/nurer/docs/Boletim-Trimestral-Edicao-04-2017-NUGEP-TJRS.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

CACHARD, Olivier. **Le Transport International Aérien De Passagers**. Haye: LPRcueils de Cours, 2015.

CHENG, Chia-Jui. **Studies in international air law: selected works of Bin Cheng**. Leiden: Brill Nijhoff, 2018.

CHILE. **1º Juzgado Civil de Valdivia**. Autores: Christian Karl Petzold e Sherry Beth Petzold. Ré: LATAN Airlines Group S.A. Julgador: Edinson Antonio Lara Aguayo. Valdivia, 27 fev. 2017.

DIEDERIKS-VERSCHOOR, Isabella Henrietta Philepina. **An introduction to air law**. 18. ed. rev. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **470 U.S. 392**. Autores: Air France v. Saks. Washington, 4 mar. 1985.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Certificate of Compliance N. 17-997**. Autora: Jane Doe. Ré: Etihad Airways P.J.S.C. Washington, 30 ago. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **525 U.S. 155**. Autora: Tsui Yuan Tseng. Ré: El Al Israel Airlines, Ltd. Washington, 12 jan. 1999.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **The Paris Convention of 1910: The path to internationalism**. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1910_the_paris_convention.htm. Acesso em: 6 mar. 2019a.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **The postal history of ICAO: The 1919 Paris Convention: the starting point for the regulation of air navigation**. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1919_the_paris_convention.htm. Acesso em: 6 mar. 2019b.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **History: The beginning**. Disponível em: https://www.icao.int/EURNAT/Pages/HISTORY/history_1910.aspx. Acesso em: 10 mar. 2019c.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **About ICAO**. Disponível em: <https://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2019d.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air done at Montreal on 28 May 1999**. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019e.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of international law**, tome. 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 2ª tiragem. Coord. Claudia Lima Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Contrato de transporte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Pontes De. **Tratado de Direito Privado: parte especial**. Tomo XLV. Direito das obrigações, contrato de transporte. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-french.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.

REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. **Requerente: Abnett. Requerida: British Airways Plc. (Escócia) e Sidhu v. British Airways Plc.** Londres, 12 dez. 1996.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do consumidor:** direito material e processual. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

TOMPkins JR., George N. **Liability rules applicable to International Air Transportation as developed by the courts in the United States:** from Warsaw 1929 to Montreal 1999. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák apresentadas em 26 de janeiro de 2010:** PROCESSO C-375/09. Luxemburgo, 26 jan. 2010.

URUGUAI. **Juzgado Letrado de 1ª Instancia de la Ciudad de la Costa.** Autor: Nelson Réus: Lan y Lan Air Lines y Azul Viajes y Turismo. Ciudad de la Costa, 3 out. 2011.

URUGUAI. Suprema Corte De Justicia. **Sentencia definitiva nº 804/2014.** Autor: Mario Vidales & CIA. Rés: Vanguard Logistics Services e Tesex S.A. – Aeropac Freight Forwarders, Montevideú, 15 set. 2014.

Maria Luiza Baillo Targa

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

*Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université Savoie
Mont Blanc.*

*Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais
pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.*

Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

*Membro do Grupo de Pesquisa “Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização”.
Advogada.*

mbtarga@gmail.com

DIREITO FUNDAMENTAL ECONÔMICO DAS *FINTECHS*: DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Nicholas Merlone

FUNDAMENTAL ECONOMIC LAW OF *FINTECHS*: BRAZILIAN DEVELOPMENT

RESUMO

O estudo em comento objetiva refletir e trazer contribuições teóricas e práticas acerca das relações entre *fintechs* e micro e pequenas empresas. Trata assim do direito fundamental econômico das *fintechs* e de *startups*, inovações, empreendedorismo e Direito, além de trazer os desafios e os impactos jurídicos e tecnológicos envolvidos na questão, considerações sobre micro e pequenas empresas, notas sobre a gestão de Pequenas e Médias Empresas de base tecnológica, cobertura de eventos sobre as novas tecnologias no sistema financeiro e, por fim, atividade de inteligência aplicada ao tema com a segurança da informação. Para tanto, foram realizadas revisões bibliográficas por meio de obras físicas consultadas, revistas especializadas e fontes eletrônicas governamentais. Efetuou-se, também, trabalho de campo para cobrir as últimas novidades da pauta. O resultado alcançado se traduz em um cenário onde é possível verificar implicações decorrentes das relações citadas, nas vidas social e econômica do País, com destaque para o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades sociais, por intermédio da adequação do Direito aos casos concretos, pelo uso de novas tecnologias e da atividade de inteligência, bem como pela observância da segurança da informação.

» PALAVRAS-CHAVE: *FINTECHS*. DIREITO FUNDAMENTAL ECONÔMICO. DESENVOLVIMENTO.

ABSTRACT

This study aims to reflect and bring theoretical and practical contributions about the relations between fintechs and Micro and Small Businesses. It is thus the Fundamental Economic Law of fintechs and startups, Innovations, Entrepreneurship and Law, besides bringing the challenges and the legal and technological impacts to the topic, discussions about Micro and Small Companies, notes on Small and Medium-sized Management Technology-based companies, new technologies in Financial System event coverage and, finally, the intelligence activity applied to the matter, with data protection. Therefore, a bibliographic review was carried out by consulting physical works, specialized magazines and governmental electronic sources. Field research was also done to cover new issues on the topic. The result achieved uncovers a scenario in which it is possible to verify the implications resulting from the relations mentioned in the social and economic lives of the country, with emphasis on the national development and reduction of social inequalities, by adapting the law to concrete cases, the use of new technologies and intelligence activity and observing data protection.

» KEYWORDS: *FINTECHS*. FUNDAMENTAL ECONOMIC LAW. DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, diversas e céleres transformações impactam a vida nas áreas social e econômica. O uso das novas tecnologias não é mera opção, mas fator essencial a ser observado e utilizado nas relações pessoais e profissionais. O mesmo acontece com as *fintechs* que transformam as tratativas bancárias, por meio das tecnologias digitais, e desburocratizam os serviços ao oferecerem créditos a segmentos não contemplados pelos grandes bancos.

Nessa direção, antes de tratar do direito fundamental das *fintechs*, é preciso esclarecer que *fintechs* são espécies de *startups*, bem como assinalar suas definições:

Startup é uma empresa jovem [em busca constante por] um modelo de negócios repetível e escalável, em um cenário de incertezas e soluções a serem desenvolvidas. Embora não se limite apenas a negócios digitais, uma startup necessita de inovação para não ser considerada uma empresa de modelo tradicional (BÍCUDO, 2016).

Já “*Fintechs* são empresas que promovem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios” (BRASIL, 2019a).

Destaque-se que essa pesquisa tem por missão ofertar considerações teóricas e práticas acerca das relações entre *fintechs* e micro e pequenas empresas, como também refletir acerca do surgimento do Direito Fundamental Econômico de *fintechs* e *startups*.

Por conseguinte, são trazidas reflexões sobre inovações, empreendedorismo e Direito, bem como sobre os desafios e os impactos jurídicos e tecnológicos inerentes ao assunto, além de traçar considerações sobre micro e pequenas empresas, em especial, sobre a gestão de pequenas e médias empresas de base tecnológica. Nesse contexto, serão feitas reflexões sobre o evento ocorrido em São Paulo, em 7/6/2019, organizado pela FGV Direito Rio, sobre “O Direito e a Revolução Digital no Sistema Financeiro”. Antes de finalizar, o estudo aborda a atividade de inteligência aplicada, bem como sobre a segurança da informação. E, por fim, as ideias nevrálgicas são sintetizadas e se encerra o edificante labor.

No que se refere à metodologia científica adotada, além de partir do enfoque indutivo para o dedutivo, faz-se a revisão bibliográfica por meio de obras físicas consultadas, revistas especializadas e fontes eletrônicas governamentais, de onde se extraem dados e informações sobre o tema, além do trabalho de campo decorrente da participação no evento mencionado e registro das principais impressões.

O resultado atingido revela-se por intermédio das implicações oriundas das relações citadas, nas vidas social e econômica do país, com relevo para o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais.

A partir dessas considerações iniciais, parte-se para a análise do Direito Fundamental Econômico das *fintechs*.

1 DIREITO FUNDAMENTAL ECONÔMICO DAS *FINTECHS*

Para caracterizar o Direito Fundamental Econômico das *Fintechs*, é preciso antes percorrer algumas disposições da Constituição Brasileira (CB). Tal análise é essencial para embasar os aspectos tratados neste estudo ^{1, 2, 3 e 4}.

Ora, as *fintechs* representam atividades econômicas desenvolvidas por particulares que objetivam o lucro, mas não só. Mirar o lucro, pode indicar as liberdades de iniciativa e concorrência, as quais permitem o empreendedorismo e estimulam a competição ao evitarem abusos econômicos.

Por outro lado, a preocupação com a função social inerente às empresas (em busca da igualdade material) leva à proteção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais e do trabalho, além de buscar uma sociedade melhor pelo desenvolvimento nacional, com a proteção do consumidor e do meio ambiente, por exemplo. Assim, procura-se conciliar os aspectos econômicos e sociais.

Como exemplo, uma *fintech*, ao financiar a juros baixos e de longos prazos o microcrédito, destinado a microempresas e empresas de pequeno porte, além de contribuir economicamente para as atividades das pequenas empresas – uma lacuna não ocupada pelos grandes bancos –, contribui também para a sociedade como um todo, já que gera empregos, reduz as desigualdades, proporciona dignidade aos envolvidos e a terceiros, de forma a gerar lucro e possibilitar a concretização real de aspectos sociais. Fala-se então em Direito Fundamental Econômico das *Fintechs*.

2 *STARTUPS*, INOVAÇÕES, EMPREENDEDORISMO E DIREITO

Hoje em dia, as *startups* nos rodeiam promovendo diversas inovações e experiências inéditas. Acompanham-se as atividades pessoais no *Facebook*, compartilham-se fotos no *Instagram*, diverte-se, informa-se pelo *YouTube*. Pode-se até solicitar um táxi por meio de aplicativos. Grande parte dessa comunicação já se realiza por computador, *smartphone* ou *tablet*, vide AZEVEDO (2016, p. 13): “Tudo isso através de serviços de empresas que surgiram num cenário adverso de incertezas e muita dificuldade.”.

Nesse sentido, não se pode esquecer o *WhatsApp*, ferramenta de trocas de mensagens instantâneas, que, se de um lado, facilita a comunicação entre grupos familiares, profissionais, acadêmicos e de amigos; de outro, propicia uma enxurrada de notícias falsas e diversos conflitos entre os usuários.

Importa também mencionar que o *WhatsApp* (AGRELA, 2019) se tornará, em breve, um meio de pagamento entre usuários, viabilizando trocas monetárias entre os conectados pela mídia.

No panorama político brasileiro, pode-se dizer que o uso das redes e mídias sociais impacta cada vez mais as relações políticas, transformando tais relações. Nas últimas eleições brasileiras (2018), foi nítida a influência das redes/mídias sociais no desempenho dos candidatos. Com certeza, o uso de ferramentas digitais teve maior impacto nestas últimas eleições do que nas eleições anteriores, tornando-se de fato mais decisivo do que por outros meios mais tradicionais, como o rádio ou a televisão. É inegável que estes outros meios tenham papel importante no cenário político. Porém, o impacto tecnológico, nas eleições de 2018, foi o maior em comparação com todos os instrumentos dos pleitos anteriores.

Nesse sentido, urge análise crítica para evitar a propagação das *Fake News*, que sempre existiram, mas não com tanta ênfase como hoje.

Ainda não se pode esquecer os diversos aplicativos, pelos quais se fazem compras *delivery*. Os *apps* permitem que terceiros façam compras em mercados, e entreguem nas residências dos usu-

ários. Há também outros *apps* que suprem necessidades imediatas das madrugadas, como pequenas compras, tipo bebidas, amendoins, cigarros, cachimbos eletrônicos, café, preservativos e outros.

Diante disso, a revolução tecnológica, com certeza, impacta não só as relações políticas, mas também as relações sociais, culturais e econômicas. Nesse quadro, as *startups* e as *fintechs* encontram ambiente propício para trazer e ofertar inovações aplicadas não só a essas relações, como também aos negócios e novas oportunidades profissionais.

Da mesma forma, tais medidas têm gerado vultosas somas em mercados estrangeiros. Nota-se, portanto, o grande potencial dessas novas tecnologias no mercado brasileiro. Então, as empresas disruptivas devem aproveitar o momento e empreender diante das oportunidades latentes, sem descuidar dos riscos inerentes às atividades econômicas.

Nesse cenário, as ferramentas jurídicas têm sofrido grandes alterações para acompanhar a evolução do mercado. Tem se utilizado instrumental jurídico mais aberto e enxuto, considerando-se uma necessária revisão do arcabouço jurídico aplicável. Nesse sentido, permite-se um dinamismo maior na conduta das empresas inseridas no nicho extremamente competitivo em que atuam. De tal sorte, o debate acerca do tema no Brasil é extremamente necessário para o desenvolvimento do mercado de empresas inovadoras no país (AZEVEDO, 2016, p. 26).

É preciso refletir sobre a função do Estado desempenhada no que se refere à inovação tecnológica (“O Direito e a Relação com a Revolução da TI”). No Brasil, dois princípios que norteiam a Ordem Econômica Brasileira são extremamente relevantes: a livre iniciativa (Constituição Brasileira, art. 1º, IV e 170, *caput*) e a livre concorrência (Constituição Brasileira, art. 170, IV). Pergunta-se, assim: “Como equalizar a aplicação desses dois princípios econômicos fundamentais com a proteção aos modelos de negócio atuais?” (AZEVEDO, 2016, p. 19-20).

E de pronto se responde:

Tais indagações estão interligadas com o modo pelo qual a sociedade vem se transformando (impulso do avanço da revolução tecnológica) e com o Estado, sedimentado em um modelo de governo estabelecido em uma realidade diversa da que existe hoje, procurando regular as relações privadas. Em que pese ter impacto global, as controvérsias que abrangem as inovações disruptivas encontram distintas interpretações nos diferentes países, estimuladas por características particulares e específicas de cada legislação, cultura e sociedade (AZEVEDO, 2016, p. 20).

Diante disso, necessita-se refletir sobre o modelo jurídico adotado no Brasil e em outros países. Em um ambiente de alterações constantes, se destaca a flexibilidade traduzida na busca de adequação a novos modelos de negócio – *startups* têm características próprias, já que inovam, são enxutas e disruptivas – o que influencia o modo como as ferramentas jurídicas são usadas (AZEVEDO, 2016, p. 22).

Nessa direção, se constata que o modelo jurídico adotado pelo Brasil (*Civil Law*) é menos adequado às necessidades atuais do que o paradigma norte-americano (*Common Law*). Com razão,

o segundo é mais flexível e dinâmico, o que se evidencia, por exemplo, nas relações trabalhistas e empresariais (AZEVEDO, 2016, p. 20-22).

Não custa apontar que as relações comerciais envolvidas nesse contexto são impactadas tanto pelo mundo jurídico quanto pelo econômico: “desde uma simples multa estabelecida numa cláusula até uma regra para proteger uma das partes”. E assim: um equilibrado ajuste entre o Direito, representado pela norma, e a Economia, norteada pelos agentes de mercado que procuram maximizar a eficiência das empresas, é essencial para firmar um cenário próprio para desenvolver novos negócios e empresas (AZEVEDO, 2016, p. 22-25).

Diante disso, é necessário examinar o Direito não só pelo prisma da norma, mas também pela aplicação de conceitos e reflexões da Teoria Econômica. Tem-se como exemplo a Teoria do Contrato Incompleto (modo pelo qual as relações negociais se ajustam com o tempo). Contratos flexíveis, certamente, favorecem os negócios de tecnologia, porque atendem à demanda da natureza dinâmica de tais atividades econômicas. Portanto, contratos menos rígidos beneficiam *startups* de tecnologia em suas relações comerciais (AZEVEDO, 2016, p. 22-25).

Finalmente, cabe lembrar os problemas trazidos pela excessiva burocracia no país. Conforme relatório do Banco Mundial, para abrir uma empresa no Brasil, levava-se uma média de 100 dias (em outros países a média é de 5 dias).

Porém, hoje isso mudou bastante. Considera-se a média de 1 a 2 semanas para a abertura de uma empresa, como é sabido na prática.

Cumprir informar que o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE – oferece um guia para nortear as atividades desenvolvidas pelas *fintechs* (SEBRAE, 2018).

Contudo, não custa assinalar que há diversos entraves que dificultam as relações econômicas envolvidas. Portanto, urge a simplificação do regime tributário, a desburocratização das relações administrativas e a flexibilização das questões trabalhistas. Algumas medidas foram adotadas e implementadas pelo governo brasileiro. Porém, é preciso reforçar e firmar mudanças disruptivas no cerne do funcionamento da estrutura organizacional do Estado, sem prejuízo da incorporação e assimilação social e cultural de tais medidas.

Quanto ao empreendedorismo, primeiro cabe defini-lo, conforme o economista austríaco Joseph Schumpeter (*apud* SANTOS, 2017, p. 1):

[...] o conceito de empreendedor recai sobre qualquer pessoa que quer trabalhar para si mesma com organização, gerenciamento e assunção de riscos sobre novos produtos, novos métodos de produção, novos mercados e novas formas de organização, ou seja, novas formas de empreender com finalidade lucrativa.

Nessa perspectiva, é possível também tratar do empreendedorismo digital (Idem): [...] é o desenvolvimento de um modelo de negócio para oferecer um produto/serviço diferenciado através de um meio digital com obtenção de lucro. Esse ramo de conhecimento está ainda em fase pré-paradigmática, já que não existem padrões definidos, princípios gerais ou fundamentos que possam assegurar de maneira cabal o conhecimento.

É importante afirmar a essencialidade da função do empreendedorismo para alimentar a economia do país. Neste panorama, se nota a migração do empreendedorismo tradicional para o digital. Neste último caso, há infinitas oportunidades à disposição para serem exploradas (ideias únicas e inovadoras podendo virar investimentos seguros e prósperos) (SANTOS, 2017, p. 3).

Nesse âmbito, é possível concluir que, em tempos de crise, o empreendedorismo digital pode ser uma boa oportunidade, tendo em vista que as opções de investimentos no setor digital no País têm crescido bastante, assim como a quantidade de investidores. Por outro lado, não se pode ignorar o impacto produzido pelas redes sociais que devem ser usadas para identificar novos nichos de negócios; compartilhar ideias e desenvolver o empreendedorismo digital (SANTOS, 2017, p. 4-5).

Igualmente, vale sinalizar que, cada vez mais, há *ciberempreendedores* de sucesso. Muitos jovens inovadores, se pautando pelo êxito de outros empreendedores, vêm gerenciando e assumindo riscos sobre produtos, serviços, métodos de produção, mercados e formas de organização totalmente novos; além de desenvolver mecanismos de empreendedorismo digital, obtendo assim êxito nos empreendimentos digitais. Pode-se, com isso, perguntar o que os empreendedores digitais têm em comum. E a resposta: “Todos escolheram um nicho de mercado para atuação digital, estudaram o perfil dos respectivos consumidores, planejaram, aproveitaram as oportunidades e ampliaram as perspectivas” (SANTOS, 2017, p. 5-7).

Neste ponto, cumpre esclarecer que o empreendedor deve entender que o arcabouço jurídico serve para protegê-lo e não prejudicá-lo. Por outro lado, investidores igualmente precisam ter ciência da necessidade de uma análise de risco acerca do negócio. Conclui-se que o Direito tem o papel de auxiliar as *startups* a obterem sucesso no mercado de modo seguro. E o êxito de uma *Startup* depende também de vários agentes. Por fim, o profissional do Direito desempenha função essencial no cenário em pauta, por justamente traduzir e tornar mais fácil e acessível, ao empreendedor ou empreendedores, a compreensão dos problemas legais (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 15-19).

Nessa banda, pode-se refletir sobre três aspectos (2018, p. 50-51):

o empreendedor encontra em determinados ambientes fatores que são incentivadores e favorecem-no em sua atividade de inovação, o que gera uma aglomeração empreendedora em determinados espaços e um hiperdesenvolvimento destes; alguns ambientes, por inúmeros fatores, inclusive suas estruturas legais [...] desenvolvem-se extraordinariamente, podendo ser considerados polos de atração de empreendedores e negócios com grande potencial de desenvolvimento; e no Vale do Silício, pelo menos, o Direito foi especialmente relevante em seu desenvolvimento.

Notam-se, então, que as características legais de certo lugar integram seu conceito de ecossistema e possuem especial relevância onde o empreendedorismo encontra terreno fértil (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 51).

Assim, no que se refere ao empreendedorismo e aos temas tratados até o momento (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 62), pode-se refletir que “a inovação, o empreendedorismo e

o surgimento de novas tecnologias são fatores que impulsionam o desenvolvimento de um país”. Além disso, “para tanto, é importante que se desenvolva bom ecossistema empreendedor, que dê condições favoráveis ao surgimento de *startups* inovadoras”; e ainda:

Estado e o Direito desempenham papéis relevantes no ecossistema empreendedor, uma vez que as relações jurídicas, sejam legais ou contratuais, influenciam diretamente o desempenho desses negócios e, conseqüentemente, impactam os benefícios que eles trazem.

Nesse âmbito, a boa prática do Direito relaciona-se de modo direto com o êxito das *startups*, o que não quer dizer somente defender instituições jurídicas fortes. Nessa esteira, são imprescindíveis profissionais jurídicos capacitados para realizar atividades profissionais na seara das *startups*, tais como aconselhamento e estratégia diante do risco inerente à atividade central da *Startup* (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 62-63). São esses profissionais que procuram garantir a segurança jurídica do empreendimento, pois eles observam com atenção aspectos legais ligados aos negócios tratados na internet.

Primeiro, o empreendedor, como regra, pode ser qualquer pessoa que possa firmar atividade empresarial, “desde que esteja em pleno gozo da sua capacidade civil, e não esteja impedida por lei”, conforme o artigo 972 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, cumpre abordar o Marco Civil da Internet, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, a qual rege o uso da internet em território brasileiro; estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres de todos os envolvidos no uso da Internet, inclusive os entes governamentais (PACHECO, 2016, p. 85).

Devido ao grande uso da internet por empresas, governos, organizações da sociedade civil e elevado número de cidadãos, vieram à tona várias dúvidas sobre a proteção dos direitos da sociedade (PACHECO, 2016, p. 85).

Nessa direção, mister que o *ciberempreendedor* cumpra as disposições do Marco Civil da Internet (PACHECO, 2016, p. 93-94). De acordo com o diploma legal, a *Startup* deve se pautar pela boa-fé, transparência e respeito aos usuários, bem como a toda a população. Trata-se, portanto, do preceito balizador de qualquer empresa que queira agir de modo certo.

Igualmente, o atendimento das disposições do Marco Civil da Internet se trata, com isso, de uma segurança para os atores envolvidos nas atividades das *Startup*. Para tanto, a empresa não deverá ser punida ou responsabilizada, em se tratando de certo surgimento de procedimento judicial.

Tendo visto disposições sobre inovações, empreendedorismo, Direito e *startups*, foca-se agora nas análises sobre as *fintechs* (*startups* específicas do setor financeiro).

3 DESAFIOS E IMPACTOS DAS *FINTECHS*

Neste momento, nota-se que a rapidez das transformações torna as *fintechs* empresas alternativas aos bancos, sendo uma necessidade no mercado corporativo (MARACY, 2017, p. 66-69).

Nesse panorama, pela razão de o sistema bancário nacional ser muito concentrado, apareceram oportunidades para as *fintechs* (*startups* financeiras que usam tecnologia). Já há empresas do gênero no mercado B2C. Igualmente, outras empresas iniciam a atuar no mercado B2B, objetivando: 1) redução de custos; 2) crédito mais acessível; 3) eficiente solução de problemas; 4) menos burocracia.

Outro ponto que merece destaque se trata do mercado C2C. Isto é, *fintechs* que intermedeiam transações entre particulares, como exemplo de empréstimos. “A” empresta para “B”, por meio de uma plataforma eletrônica de uma determinada *fintech*.

Realmente, as *fintechs* se sobressaem no cenário global. Elas ocupam nichos não explorados pelos sistemas bancários e financeiros e têm crescido a dois ou até três dígitos ao ano. No mundo, atraíram mais de US\$ 22 bilhões em 2015, grande salto quando comparado a 2013, US\$ 4 bilhões, conforme dados da consultoria Accenture.

Desse modo, as *fintechs* têm reequilibrado o concentrado mercado de crédito bancário, reduzindo distorções, e eliminando as taxas de intermediação cobrada pelos bancos.

No que se refere à diferença entre *fintechs* B2B e B2C, por sua vez, cabe algumas considerações. Primeiro, há diferenças significativas entre ambas. Com efeito, criar um aplicativo de finanças pessoais é bem diferente de gerar uma *fintech* B2B. O *app* não tem problemas com seu IR (imposto de renda). Segundo, por outro lado, qualquer *fintech* que lide com ativos financeiros de uma empresa, por seu turno, terá implicações jurídicas e fiscais.

Nesse contexto, cabe dizer que terão maiores êxitos as *fintechs* que trabalharem bem inovação e regulamentação. Enquanto isso, quanto à regulamentação, o Banco Central já disciplinou a matéria, regulamentando as relações jurídicas que envolvem as *fintechs*.⁵

No que se refere à Resolução 4.656 do Banco Central do Brasil, nos termos de seu artigo 25, vale frisar que as Sociedades de Crédito Direto (SCD) e as Sociedades de Empréstimos entre Pessoas (SEP) devem se configurar como Sociedades Anônimas (S.A.).

Igualmente importante se deve mencionar a Resolução 4.595 do Banco Central, que direciona a implantação da política de conformidade (*compliance*) nas instituições financeiras e outras instituições autorizadas pelo Banco Central. Conforme reportagem:

De acordo com o BC, “o principal objetivo da política de conformidade é assegurar o efetivo gerenciamento do risco de conformidade, entendido como a possibilidade de a instituição sofrer perdas ou danos decorrentes de falhas na observância da legislação e regulação a ela aplicáveis”. Além disso, “a política de conformidade deverá ser compatível com a natureza, o porte, a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio de cada instituição [...]” (CASTRO; RODRIGUES, 2017).

Percebe-se, então, a relevância da adoção de políticas de *compliance* em instituições financeiras, balizadas pelo Banco Central, nas quais não se excluem as *fintechs*.

Outro importante ponto, se trata do Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas (LIFT), instituído para fomentar inovações em tecnologia da informação conectadas ao Sistema Financeiro Nacional (SFN).

O LIFT se trata de um lugar virtual que reúne a colaboração entre as universidades, o mercado, as empresas de tecnologia e as *startups*, voltado ao incentivo de inovações tecnológicas, à troca de ideias e à avaliação dos resultados dos experimentos⁶.

Em tempo, uma observação relevante. Neste momento, traz-se à banda 10 tecnologias inovadoras⁷ que os *bancos* miram neste ano de 2019. Apesar de enumerar todas, registra-se aqui a questão da tecnologia *blockchain*:

Experimentos em Blockchain – tecnologia que permite registros e certificações confiáveis de forma descentralizada – vão continuar a ocorrer nos bancos, e o salto prometido para aplicações em larga escala deve vir em 2019. Até agora, a indústria tem feito protótipos e provas de conceito, mas, em 2019, o Blockchain vai começar a ser aplicado a casos reais (CIO, 2019).

Nessa direção, a *blockchain* impactará contratos, transações, registros, enfim, estruturas básicas que integram os sistemas econômicos, legais e políticos. Tais estruturas protegem os ativos e firmam fronteiras organizacionais, entre outras, governando as relações entre nações, organizações, comunidades e indivíduos.

Além da possível redução do custo das transações, caso seja adotada universalmente, poderá reabilitar a economia. É assim uma tecnologia de base: com potencial para criar novos fundamentos para os sistemas sociais e econômicos.

A ferramenta possibilita pensar um mundo onde os contratos seriam atrelados em código digital e armazenados em bancos de dados com transparência e proteção. Estimula, portanto, a transformação digital da economia, deixando para trás a burocracia e os entraves administrativos que emperram os negócios.

Diante disso, é possível fortemente que a *blockchain* afete as empresas em menor tempo do que se imagina (IANSITI; LAKHANI, 2017, p. 72-81).

Finalmente, de fato a tecnologia *blockchain* – não diferente – também poderá impactar as relações que abrangem as *fintechs*. Por isso, mencioná-la com destaque neste estudo.

Por outro lado, encontram-se as organizações de apoio aos empreendedores, tais como as incubadoras e aceleradoras. Geralmente, no primeiro caso, as incubadoras fornecem espaço físico e infraestrutura, sem auxílio monetário. Podem ser financiadas por dinheiro público ou, ainda, instituições de pesquisa e ensino sem fins lucrativos. Em certas ocasiões, o empreendedor deve arcar com alguns custos para fazer uso do serviço. Já no segundo, as aceleradoras são, na maioria das vezes, entidades privadas com finalidades lucrativas que investem nos projetos esperando retorno em um futuro próximo (REIS, 2018, p. 24).

Nesse panorama, importante tratar das espécies de investidores (REIS, 2018, p. 25-33). Primeiro, tem-se o Investidor-anjo que busca *startups* para investir. A Lei Complementar 155 de 27/10/2016 regulamentou a matéria. Segundo, há também a figura dos Fundos de Investimentos. A título de exemplos, podem-se citar o BNDES, a FINEP e o SEBRAE. Não custa lembrar que tais fundos são regulados pela Instrução CVM 578, de 30/7/2016, e estruturados por meio de fundos de investimentos em participações (FIP).

Finalmente, pode-se mencionar ainda o investimento por *Crowdfunding*, pelo qual se trata de uma forma de financiamento coletivo baseada na internet, que busca captar recursos de terceiros para viabilizar projetos ou empreendimentos. Assim a Instrução CVM 588, de 13/7/2017, define do que se trata o *crowdfunding*:

Art. 2º [...]

I – *crowdfunding* de investimento: captação de recursos por meio de oferta pública de distribuição de valores mobiliários dispensada de registro, realizada por emissores considerados sociedades empresárias de pequeno porte nos termos desta Instrução, e distribuída exclusivamente por meio de plataforma eletrônica investimento participativo, sendo os destinatários da oferta uma pluralidade de investidores que fornecem financiamento nos limites previstos nesta Instrução; (BRASIL, 2017b, p. 2-3).

Diante das possíveis formas de financiamentos de *startups* elencadas, não se pode deixar de dizer que tais ferramentas se aplicam não só às próprias *startups* (*Legal/Law Techs*, *EdTechs*, *HealthTechs*, *InsurTechs*, *ConstruTechs* etc.)⁸ como também às *fintechs*.

No futuro, haverá muitas oportunidades para as *fintechs*, conforme mencionado a seguir. Até 2020, mais de 1 milhão de operações de pagamento irão ocorrer a cada minuto no mundo. O uso de dinheiro físico ainda é corrente. Porém, a digitalização de moedas e seu uso no comércio crescem cada vez mais. Nesse sentido, criptomoedas em geral e novas criptotecnologias com certeza irão promover a digitalização dos sistemas de pagamento e da economia conectada pelo mundo.

Também serão possíveis melhores formas de informação para tomadas de decisões de investimento, distribuição, *compliance* e realização de relatórios (KASHYAP; WEBER, 2017, p. 226-227).

Além disso, em 2020, não custa assinalar que os prêmios de seguros globais atingirão até US\$ 800 *per capita*. Com isso, o valor global de tais prêmios atingirá US\$ 6,2 trilhões em 2020. Nesse cenário, o maior crescimento se originará dos mercados emergentes.

Igualmente, outros *players* também participarão do jogo. Dentre os quais, os gigantes da tecnologia, empresas de saúde, empresas de capital de risco, bem como novas *startups* ágeis (2017, p. 227).

Outro fator relevante é que o futuro das *fintechs* depende de cinco pontos: 1) experiência dos clientes; 2) conexão *Fin & Tech*; 3) monetização de dados; 4) criptotecnologias (*blockchain*); 5) adaptação à regulação (2017, p. 227-228).

Nesse panorama, as instituições financeiras do futuro precisam se distinguir das estruturas atuais se pretendem continuar competitivas. Para tanto, é necessário que satisfaçam as constantes mudanças e elevados anseios dos clientes. Neste ponto se inserem as *fintechs*, bastante indepen-

dentes e inovadoras. Tais organismos financeiros disponibilizam taxas menores, bem como melhor desempenho e experiência ao usuário. A esta estrutura o autor denomina Supermercado de *FinTech* (MARGARIS *in*: SUSANNE, 2017, p. 238).

Importa, também, registrar que a geração Y (*millennials*) busca experiências diferentes e inovadoras, tanto na seara política quanto na econômica. Busca, portanto, novas formas e alternativas de política e outras impressões financeiras. As *fintechs* atendem parte desta demanda, proporcionando inovações no setor financeiro (2017, p. 239).

Antes de avançar, cabe abordar alguns impactos da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) no mercado financeiro, em especial, nas *fintechs*, a qual entrará em vigor em 2020.

Daniel S. Arruda (2018) informa que o diploma legal poderá ser o pontapé inicial do chamado *Open Banking*. Com isso, os grandes bancos compartilharão com as *fintechs* dados e informações de clientes. “Seu objetivo é, apenas, regular a abertura dos dados”, aponta o autor. Arruda, assim, esclarece que pela lei o usuário é o proprietário dos dados sendo ele quem consente com o compartilhamento das informações, tendo autonomia para tanto. Por fim, o autor indica que a lei dialoga com o cadastro positivo, que também deverá ser disciplinado em breve.

O impacto nas *startups* é outro ponto relevante da LGPD. Segundo matéria de Cristina De Luca (2018), o Dínamo (www.dinamo.org.br), movimento que propôs o marco legal das *startups*, manifestou preocupação com a forma de agir da futura Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), instituída pela LGPD.

Quanto à autonomia e à independência (DE LUCA, 2018) da LGPD, o movimento reflete ser preciso: “entender a dinâmica do empreendedorismo, buscando boas soluções para a aplicação da legislação em favor de *startups* em tempos de transformações sociais”. No sentido, da independência do órgão: “Queremos uma ANPD com composição multissetorial que envolva também o setor de *startups* e inovação. Temos que ter voz e voto ali”, diz Rodrigo Kiko Afonso, diretor presidente do movimento. Kiko afirma ainda que a ANPD não deve se voltar exclusivamente para grandes corporações, prejudicando o funcionamento das *startups*. Nesse rumo, seria salutar “o estabelecimento de *sandboxes* regulatórias: empresas de determinado setor são autorizadas, por um tempo e escopo limitados, a oferecer produtos e serviços sem se submeterem a restrições regulatórias” (DE LUCA, 2018).

No que se refere às *sandboxes* regulatórias, Isabelle Carneiro e Guilherme Deps (2019) trazem as últimas novidades da regulação e novas tecnologias. Fato é que, em 13 de junho de 2019, a CVM, o Banco Central do Brasil, a Susep e a Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia instituíram um *sandbox* regulatório para os mercados financeiro, securitário e de capitais brasileiros⁹.

Nesse sentido, traz-se à tona, para conhecimento, o Comunicado Conjunto, de 13 de junho de 2019, emitido pela CVM¹⁰.

Na mesma direção, no que se refere à atuação e composição da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), há um temor verídico quanto à independência, a forma de atuação e a constituição de seus membros (MORAES; BORGES, 2019).

Por isso, “entendemos que é importante que a autoridade tenha uma visão multissetorial e um corpo técnico jurídico, econômico, que entenda de tecnologia e segurança da informação, e que seja atualizada em relação aos seus conhecimentos de forma constante”, frisou Rony Vainzof, diretor do Departamento de Defesa e Segurança da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (MORAES; BORGES, 2019).

Enquanto isso, José Antônio Ziebarth, do Ministério da Economia, reforçou:

[...] os integrantes do Conselho nacional terão papel fundamental de educação da sociedade civil e especialmente de articulação institucional, pois o nosso modelo é complexo, disse, referindo-se aos Ministérios Públicos Estaduais, Ministério Público Federal, entidades que podem ‘chamar para si’ as competências da proteção de dados. “É importante que a autoridade se articule para evitar a desorganização ou insegurança jurídica”, complementou (MORAES; BORGES, 2019).

Por sua vez, para Coriolano Aurélio de Almeida Camargo Santos, diretor do Departamento Jurídico e coordenador do Grupo de Estudos de Direito Digital *Compliance*, da FIESP:

[...] essa política deve incentivar a educação digital e a cultura da proteção de dados, entre outros fatores, e deve-se prever o fomento e o desenvolvimento econômico e de novos negócios para o Brasil. Santos lembrou a existência de setores autorregulados e este seria um bom modelo e o mais barato a ser adotado. Um conselho privado poderia acomodar todas as necessidades, em sua avaliação (MORAES; BORGES, 2019).

Portanto, nota-se a relevância da ANPD no contexto. Com efeito, trata-se de instituto estratégico fundamental criado pela LGPD, para assegurar o funcionamento seguro e eficaz não apenas de grandes corporações, mas também de *startups* e das próprias *fintechs*, com todas as observações dos expositores relativas à articulação multissetorial que a ANPD deve ter, preocupando-se com a educação e cultura digital da proteção de dados, bem como o foco na busca de novos negócios e também do desenvolvimento econômico.

Por outro lado, também não menos relevante, as *fintechs* vêm ocupando espaços antes não ocupados pelos grandes bancos, que, por sua vez, já se associam a algumas daquelas instituições financeiras. Porém, é preciso que tenham em mente que tais inovações vêm chegando, se acomodando e expandindo, de modo que inevitavelmente vieram para permanecer e se instalar no setor financeiro. Logo, os grandes bancos deverão se adaptar a tal cenário, rever sua estrutura, organização, funcionamento e formas de prestação de serviços, firmando parcerias (2017).

Finalmente, mudança fundamental ocorre na medida em que surgem pequenas e médias empresas bancárias. Tais empresas se diferenciam por *software* financeiro corporativo que se localiza na nuvem e que presta serviços como contas a pagar, a receber, compras, fatura digital, gestão de tesouraria e da cadeia de suprimentos (LUNN, 2017, p. 243).

Nessa direção, cumpre trazer alguns apontamentos a respeito das micro e pequenas empresas.

4 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O empreendedor iniciante tem consciência de que necessita de um *insight* totalmente inovador e lucrativo. Igualmente, tem noção de que não dispõe de grande vulto de capital para desempenhar suas atividades profissionais. Não o bastante, enfrenta ainda a burocracia que limita e dificulta também suas práticas comerciais (ADACHI, 2016, p. 195).

Procurando atenuar tais entraves e possibilitar benefícios em prol do pequeno empresário, a Constituição Brasileira (CB) conferiu tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, nos termos de seu artigo 170, inciso IX. O artigo 179 do mesmo diploma simplifica tais relações:

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 (BRASIL, 1988).

Igualmente, o Código Civil de 2002 (CC/02) traz procedimentos simplificados para a atividade econômica do pequeno empresário. Nos termos do artigo 970, é previsto tratamento favorecido, simplificado ao pequeno empresário, no que se refere a sua inscrição e aos efeitos produzidos dessa relação.

Tratando-se do Simples Nacional, regime tributário simplificado para as micro e pequenas empresas, a Receita Federal elucida:

O Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Abrange a participação de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

É administrado por um Comitê Gestor composto por oito integrantes: quatro da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dois dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios.

Para o ingresso no Simples Nacional é necessário o cumprimento das seguintes condições:

- enquadrar-se na definição de microempresa ou de empresa de pequeno porte;
- cumprir os requisitos previstos na legislação; e
- formalizar a opção pelo Simples Nacional.

Características principais do Regime do Simples Nacional:

- ser facultativo;
- ser irretroatável para todo o ano-calendário;
- abrange os seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP);
- recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação - DAS;
- disponibilização às ME/EPP de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário;
- apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais;
- prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta;
- possibilidade de os Estados adotarem sublimites para EPP em função da respectiva participação no PIB. Os estabelecimentos localizados nesses Estados cuja receita bruta total extrapolar o respectivo sublimite deverão recolher o ICMS e o ISS diretamente ao Estado ou ao Município (BRASIL, 2019c).

Nesse sentido, se insere a Lei Complementar 123 de 2006 (Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas ou Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte), que regulamenta as atividades das microempresas e pequenas empresas e, posteriormente, foi alterada pela Lei Complementar 155 de 2016. Desde então, podem-se definir as microempresas ou empresas de pequeno porte¹¹. Além disso, é preciso elencar características que impedem a configuração da microempresa ou da empresa de pequeno porte¹².

Nos termos do artigo 3º, § 5º ressalva:

O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 desta Lei Complementar e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.

Não custa indicar que a Lei Complementar n. 123 de 2006 (Microempresas) também sofreu alterações recentes pela Lei Complementar 167 de 2019. Esta última norma cria a Empresa Simples de Crédito (ESC). Tal diploma legal possibilita que pessoas físicas abram empresas para emprestar dinheiro a pequenas e médias empresas em seus municípios. As empresas abertas para financiar as outras devem se configurar como Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), com atuação nos limites do Município. Ainda, a Lei em pauta cria o programa Inova Simples, que permite a concessão de tratamento diferenciado na abertura e fechamento de *startups*.

Por fim, importante mencionar as competências dos Juizados Especiais Cíveis (JECs) Estaduais e Federais, para tratar de assuntos relativos às microempresas e empresas de pequeno porte, sob o regime da Lei 9.099 de 1995 (JECs Estaduais) e da Lei 10.259 de 2001 (JECs Federais), respectivamente, que dispõem sobre as tratativas relativas às mencionadas empresas. O Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte traz relevante observação em seu artigo 75, conforme aborda o autor (MAMEDE, 2018, p. 118):

Microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos, sendo reconhecidos de pleno direito os acordos celebrados no âmbito das comissões de conciliação prévia. Esse estímulo compreenderá campanhas de divulgação, serviços de esclarecimento e tratamento diferenciado, simplificado e favorecido no tocante aos custos administrativos e honorários cobrados.

Nota-se, assim, que as microempresas e também as empresas de pequeno porte devem, prioritariamente, recorrer a ferramentas processuais de harmonização de conflitos, compondo as controvérsias existentes entre as partes, de modo consensual. Em tempos em que o Judiciário se encontra afogado com processos de toda ordem, tardando a oferecer soluções que podem levar anos, as vias instrumentais processuais alternativas vêm, em bom momento, para apaziguar as lides e buscar ofertar resultados justos e mais céleres.

Nesse sentido, destaca-se o Juizado Especial da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), em São Paulo, primeiro Juizado voltado às micro e pequenas empresas.

Em edição temática da revista *Harvard Business Review Brasil* (Os Desafios da Inovação), os autores (HAMEL; ZANINI, 2018) do artigo “O fim da burocracia”, em apertada síntese, trazem um caso de uma empresa multinacional chinesa (fabricante de eletrodomésticos) que adota diferente estrutura organizacional, voltada às demandas dos novos tempos. Com efeito, a multinacional se compõe por diversas microempresas, ligadas a ela. Ocorre assim, um movimento centrífugo de descentralização administrativa do poder central para as unidades empresariais. Tais unidades focam em determinadas tarefas e buscam empreender por conta própria, sendo conectadas ao órgão central.

Não custa assinalar que tal modelo pode ser pensado e adequado para outros setores de mercados, como o próprio mercado financeiro. Assim, essas pequenas e médias empresas merecem um olhar tecnológico.

5 GESTÃO DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA

No Brasil, existem diversos nichos no segmento tecnológico. Nesse cenário, é importante estar preparado. O terreno não é para aventureiros. Amar o que se faz, não significa êxito nos negócios. Não é raro acreditar que basta uma ótima ideia para desenvolver o empreendimento.

A experiência evidencia que se trata de um engano. Para tanto, é preciso instrumentos hábeis, como plano de negócios. Com isso, a ideia é somente o início da longa jornada até se abrir a empresa. O problema, nos casos de empreendedores tecnológicos, é que muitos se precipitam e deixam de lado um planejamento estratégico bem elaborado e uma gestão estratégica de negócios criteriosa, pulando fases fundamentais para o sucesso futuro da empresa.

Importa, portanto, assinalar que a empresa de base tecnológica se trata de um negócio de médio a longo prazo. Além disso, tem características totalmente distintas de empresas de áreas tradicionais onde o percurso já se encontra mapeado.

Por exemplo, se leva anos para produzir um produto para prestação de serviços ou venda de bens e, quando pronto, este já está obsoleto. Trata-se, portanto, de segmento peculiar que necessita de atenção para que o negócio alcance êxito (Valerio Netto, 2006, p. 230-231, adaptado).

6 EVENTO FGV DIREITO RIO: “O DIREITO E A REVOLUÇÃO DIGITAL NO SISTEMA FINANCEIRO”

No dia 7 de junho de 2019, em São Paulo/SP, ocorreu o Seminário “O Direito e a Revolução Digital no Sistema Financeiro”, organizado pela FGV Direito Rio. Na ocasião, procurou-se abordar os impactos das novas tecnologias e o papel do Direito no Sistema Financeiro. Destacou-se a importância de um olhar multidisciplinar sobre o tema, com o necessário diálogo entre autoridades, empresários, advogados, economistas e universidades.

O presidente da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ), Carlos Ivan Simonson Leal, inaugurou os trabalhos, destacando o papel disruptivo das *fintechs*, o impacto das *bitcoins*

(moedas virtuais), a necessária atenção com a política monetária, a função do Judiciário, ao decidir questões complexas, as inovações financeiras e as consequências delas derivadas. Então, expôs a necessidade de uma nova estrutura financeira, tendo em vista novas demandas específicas do setor. Trata-se, segundo o expositor, de assunto do qual não há como não enfrentar. Para tanto, é preciso prudência para tratar do tema, conforme alerta o presidente da FGV-RJ. Para ele, é preciso, um planejamento com revisões periódicas, de caráter não intervencionista, favorável para alavancar o País, em que se destaquem a Microeconomia e o Direito conforme o Liberalismo.

Em seguida, a ex-ministra do Supremo Tribunal Federal – STF, Ellen Gracie abordou o impacto na economia, como resultado das decisões judiciais. Alertou acerca do prejuízo que uma decisão judicial mal encaminhada pode causar. Destacou também o necessário diálogo entre Direito e Economia para enfrentar problemas. A ex-ministra, por fim, atentou para a relevância das decisões judiciais, uma vez que delas se pode causar impactos nas relações econômicas, nas quais há investidores estrangeiros, com a necessária segurança jurídica para investimentos.

Dentre outros expositores, o professor Oscar Vilhena Vieira, diretor da Escola de Direito da FGV Direito SP, fez importante reflexão. “Somos de uma arte antiga”, disse de início. Como artesãos, afirmou que buscavam estabilizar as expectativas, com regras previsíveis, por intermédio da aplicação da lei. Hoje, defende que há grande demanda para se projetar consequências positivas na Economia. Como, então, estabilizar as normas e suas consequências, problematiza. Diante do caráter disruptivo das novas tecnologias, é difícil prever o futuro, argumenta. Nesse cenário, o professor defende que o papel do jurista não é se preocupar com a validade ou invalidade de um ato, mas com a arquitetura para solucionar problemas jurídicos de alta complexidade. Assim, para ele, é preciso uma arquitetura jurídica que proporcione estabilidade, diante do avanço das novas tecnologias no setor financeiro.

Por sua vez, o ex-presidente do Banco Central, Gustavo Franco, destacou um cenário de informações imperfeitas, onde para se ter políticas públicas e econômicas bem-sucedidas, deve-se aliar o Direito e a Economia para produzir regras adequadas. Para isso, segundo ele, pode-se fazer o uso da Teoria dos Jogos e Tecnologia da Informação. Na Economia de Mercado, seria preciso adotar o mecanismo mais adequado para o êxito dessas políticas, afirmou Gustavo Franco. Para Franco, seriam, portanto, imprescindíveis três fatores de desenhos econômicos: 1) incentivos; 2) incentivos; e 3) incentivos.

Acrescenta-se somente que incentivos podem e devem vir prioritariamente do setor privado. Daí, por exemplo, os incentivos oriundos da Bolsa de Valores. Com efeito, as *fintechs* podem e devem abrir capital no mercado de capitais. A B3, maior Bolsa da América Latina, sediada em São Paulo/SP – Brasil é o ambiente propício para que *fintechs* abram o capital e capturem recursos, para aplicar em suas atividades econômicas, o que já vem ocorrendo, embora de modo tímido. Incentivos do setor público em conexão com o setor privado devem ter caráter subsidiário.

Antes de finalizar, cabe trazer algumas ideias defendidas pelo professor norte-americano, vencedor do Prêmio Nobel de Economia (2007), Eric Maskin. Em linhas gerais, ele tratou sobre: “*The Politician and The Judge. How Accountable Should Public Officials Be?*”¹³. O autor procurou demonstrar como implementar um governo que funcione, quais decisões adotar nas políticas públicas, quais decisões incidir na seara política, enfim, aplicando a Matemática ao Direito, buscou demonstrar as tomadas de decisões públicas no âmbito da democracia. Alguns dos aspectos apontados pelo professor é a legalidade e a discricionariedade às quais os magistrados e os legisladores se encontram limitados. Para ele, na realidade, os legisladores possuem um campo de atuação discricionário em tomadas de decisão maior do que os magistrados. E, por meio da Matemática, procurou demonstrar isso. Com efeito, a Matemática auxilia de forma decisiva as escolhas reais. Assim, segundo Maskin, o STF teria menor poder de decisão diante do Congresso Nacional brasileiro. E, desse modo, procurou explicar que em outros países a análise matemática também se aplica ao exame de suas Cortes e de seus Tribunais, bem como de seus Parlamentos. Finalmente, tais decisões governamentais não diferentes se aplicariam a questões complexas como o impacto das novas tecnologias no Sistema Financeiro.

7 INTELIGÊNCIA APLICADA

“A Atividade de Inteligência é considerada a segunda profissão mais antiga do mundo (e, às vezes, muito relacionada à primeira)”, afirma Joanisval Brito Gonçalves (2017). O autor, assim, prossegue sobre sua vertente mais conhecida:

A “espionagem, vem fascinando pessoas, atemorizando-as e provocando mudanças nas relações humanas desde sempre. [...] Quantas vezes, ao vermos uma notícia sobre serviços secretos, não nos perguntamos: ‘Como eles realmente agem?’” (GONÇALVES, 2017).

Hoje, mais do que nunca, informação de modo trabalhado é poder. Protegê-la é fundamental. A informação pode até ser considerada o “novo petróleo”, pois uma empresa voltada à análise de informações, de tamanho médio, pode ter valor superior ao de uma grande petroleira.

Nesse sentido, a atividade de inteligência é essencial no âmbito das relações governamentais. Conforme a Política Nacional de Inteligência (PNI), determinada pelo Decreto Federal 8.793 de 2016, a atividade de inteligência é assim conceituada:

exercício permanente de ações especializadas, voltadas para a produção e difusão de conhecimentos, com vistas ao assessoramento das autoridades governamentais nos respectivos níveis e áreas de atribuição, para o planejamento, a execução, o acompanhamento e a avaliação das políticas de Estado (BRASIL, 2016b).

Desse modo, nota-se que a atividade de inteligência é fundamental para auxiliar a tomada de decisão dos órgãos governamentais. O mesmo ocorre com o Sistema Financeiro Nacional em suas relações com o Governo brasileiro. A esse último órgão compete orientar e traçar diretrizes gerais, bem como produzir um planejamento estratégico, gerido pela Administração Pública, que

deve lhe controlar, de modo a corrigir continuamente seu rumo. Não custa dizer que a atividade de inteligência é controlada pelo Parlamento, como expressão da vontade popular. E, por fim, que a atividade de inteligência, na esfera pública, auxilia as tomadas de decisões também relativas ao Sistema Financeiro Nacional.

Em tempo, vale lembrar da relevância da governança de dados na gestão das empresas. Nesse sentido, é preciso atentar para a maturidade e segurança da empresa (SÁVIO, 2019).

A governança de dados abrange o ciclo de vida inteiro de informações no interior de uma empresa. Ou seja, abrange o modo pelo qual os dados serão utilizados, repartidos e disponibilizados entre os colaboradores. Isto de olho em uma série de procedimentos de segurança (SÁVIO, 2019).

O autor indica que as pequenas e médias empresas também sofrerão impactos, oriundos da nova legislação de proteção de dados, que entrará em vigor em 2020. Igualmente, Sávio assinala que essa tendência é sem volta e que a gestão para proteção e segurança se aplica não só ao empresário, como também ao cliente (SÁVIO, 2019).

CONCLUSÃO

As *fintechs* trazem inovação e eficiência a serviços financeiros por intermédio de novas tecnologias, como a inteligência artificial, o *big data* e o *blockchain*. As empresas disruptivas, assim, operam com gastos menores em comparação às instituições financeiras usuais, além de atenderem segmentos não valorizados pelos grandes bancos. Desse modo, num futuro não tão distante, tais instituições financeiras podem vir a englobar as *fintechs*.

Na realidade, a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como a busca pelo desenvolvimento da nação, com foco na redução das desigualdades e promoção do bem-estar social, são princípios e diretrizes do ordenamento constitucional social e econômico brasileiro, que estimulam a competição entre empresas, de modo a evitar o abuso econômico e o monopólio de mercados, defendendo os direitos dos consumidores. Não diferente ocorre no mercado financeiro. O surgimento das *fintechs* contribui para a desconcentração desse mercado e para a salutar competição entre os atores e agentes econômicos, sem prejudicar os interesses dos consumidores e usuários de serviços financeiros digitais.

É preciso, por fim, pensar de forma inovadora e observar que a pedra angular do sistema financeiro deve se verificar em favor da sociedade brasileira, promovendo riquezas e justiça social, e não se firmar como uma pedra no meio do caminho da tão almejada caminhada verde e amarela rumo ao efetivo desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades sociais.

Assim, um primeiro passo para essa caminhada seria a proteção e o incentivo ao desenvolvimento de novos *players* no mercado financeiro, no caso as próprias *fintechs*. Isto não seria um obstáculo, no entanto, para que as grandes instituições financeiras adotem um novo modelo de gestão

inovador, baseado na repartição administrativa de competências, descentralizando-se em unidades autônomas, horizontais, e independentes, no caso, Microempresas *fintechs* S.A. (MFTSA). Tais organizações, por fim, estariam não subordinadas, mas vinculadas à Administração Geral, da qual receberiam regras e diretrizes gerais, bem como amplo planejamento e gestão estratégica, sem, com isso, deixar de planejar e gerir suas próprias táticas e estratégias, além de adotar as melhores práticas operacionais e regras para funcionamento no seu campo de atuação específico.

Finalmente, depreende-se que a arquitetura normativa do Direito deve adaptar-se à realidade vigente, com o advento das novas tecnologias inovadoras e disruptivas que impactam os cenários econômico e jurídico. Assim, é preciso o diálogo não só entre Direito e Economia, mas também entre todos os diversos atores envolvidos no processo.

Nesse panorama, não resta dúvida de que a atividade de inteligência se faça necessária. É preciso proteger as informações oriundas das relações econômico-financeiras estudadas. Mais que isso, é preciso também auxiliar os governantes e envolvidos nos processos de tomadas de decisões quanto a assuntos relativos. Nota-se, portanto, a evidente importância da atividade de inteligência e da segurança da informação nessas relações.

Dessa forma, o advogado passa a ser um artesão tecnológico-técnico, com olhar e conhecimento interdisciplinar e especializado crítico atento para o horizonte de novas demandas e desafios. O Direito, assim, diante de tamanhas mudanças, não acabará, como alguns já questionam. Mas, pelo contrário, será tocado por bandas de novos advogados, verdadeiros diferenciais humanos, que pensam e agem de forma diferenciada. Por intermédio desses profissionais, e de outros equivalentes de outras áreas, será possível vislumbrar novas estruturas e dimensões de um novo sistema financeiro, adequado às demandas sociais, políticas e econômicas latentes e em voga, auxiliado pela atividade de inteligência, e com a cobertura do manto jurídico adequado a tais relações. Em tempo, deve-se atentar para a segurança da informação, a qual pode ser auxiliada pelos serviços de inteligência, para garantir a proteção das informações relativas ao tema central desse estudo. E, por fim, lembrar, dentre inúmeras formas de incentivos às atividades desempenhadas pelas *fintechs*, se destaca o recurso à Bolsa de Valores, sem prejuízo de outros como investidores anjos, *crowdfunding*, FINEP etc.

Aprovado em: 25/6/2019. Recebido em: 29/3/2019.

NOTAS

¹ São **fundamentos** do Estado democrático de direito: I – soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V – pluralismo político (CB, art. 1º).

² São **objetivos** fundamentais da República Federativa Brasileira: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CB, art. 3º).

³ A **Ordem Econômica Brasileira** se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por finalidade garantir a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social. E tem como diretrizes: 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, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (CB, art. 170).

⁴ Retornando ao artigo 5º, da Constituição, tem-se em seu *caput*, dentre outros, a garantia da **liberdade e igualdade**. Já em seu § 1º, firma-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵ Nesse sentido, não custa trazer à tona as relações jurídicas regulamentadas pelo Banco Central Brasileiro. A Instituição Financeira esclarece dúvidas acerca do assunto. Veja: “**Fintechs** são empresas que introduzem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Atuam por meio de plataformas *online* e oferecem serviços digitais inovadores relacionados ao setor. No Brasil, há várias categorias de *fintechs*: de crédito, de pagamento, gestão financeira, empréstimo, investimento, financiamento, seguro, negociação de dívidas, câmbio, e multisserviços. Podem ser autorizadas a funcionar no país dois tipos de *fintechs* de crédito – para intermediação entre credores e devedores por meio de negociações realizadas em meio eletrônico: a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP), cujas operações constarão do Sistema de Informações de Créditos (SCR). **Sociedade de Crédito Direto (SCD)** O modelo de negócio da SCD caracteriza-se pela realização de operações de crédito, por meio de plataforma eletrônica, com recursos próprios. Ou seja, esse tipo de instituição não pode fazer captação de recursos do público. Seus potenciais clientes devem ser selecionados com base em critérios consistentes, verificáveis e transparentes, contemplando aspectos relevantes para avaliação do risco de crédito, como situação econômico-financeira, grau de endividamento, capacidade de geração de resultados ou de fluxos de caixa, pontualidade e atrasos nos pagamentos, setor de atividade econômica e limite de crédito. Além de realizar operações de crédito, as SCDs podem prestar os seguintes serviços: análise de crédito para terceiros; cobrança de crédito de terceiros; distribuição de seguro relacionado com as operações por ela concedidas por meio de plataforma eletrônica e emissão de moeda eletrônica. **Sociedade de Empréstimo entre pessoas (SEP)** A SEP realiza operações de crédito entre pessoas, conhecidas no mercado como *peer-to-peer lending*. Nessas operações eletrônicas, a *fintech* se interpõe na relação entre credor e devedor, realizando uma clássica operação de intermediação financeira, pelos quais podem cobrar tarifas. Ao contrário da SCD, a SEP pode fazer captação de recursos do público, desde que eles estejam inteira e exclusivamente vinculados à operação de empréstimo. Neste caso, a *fintech* atua apenas como intermediária dos contratos realizados entre os credores e os tomadores de crédito. Os recursos são de terceiros que apenas utilizam a infraestrutura proporcionada pela SEP para conectar credor e tomador. Nesse tipo de operação, a exposição de um credor, por SEP, deve ser de no máximo R\$ 15 mil. Adicionalmente, a SEP pode prestar outros serviços como análise e cobrança de crédito para clientes e terceiros, e emissão de moeda eletrônica. Os potenciais destinatários dos empréstimos devem ser selecionados com base em critérios como situação econômico-financeira, grau de endividamento, setor de atividade econômica e pontualidade e atrasos nos pagamentos, entre outros. **Benefícios das *fintechs*** – Aumento da eficiência e concorrência no mercado de crédito; – Rapidez e celeridade nas transações; – Diminuição da burocracia no acesso ao crédito; – Criação de condições para redução do custo do crédito; – Inovação; – Acesso ao Sistema Financeiro Nacional. **Autorização** Para entrar em operação, as *fintechs* que quiserem operar como SCD ou SEP devem solicitar autorização ao Banco Central. Além de obter informações sobre os proprietários, o BC precisa: comprovar a origem e da respectiva movimentação financeira dos recursos utilizados no empreendimento pelos controladores e verificar se há compatibilidade da capacidade econômico-financeira com o porte, a natureza e o objetivo do empreendimento. No Brasil, as *fintechs* estão regulamentadas desde abril de 2018 pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) – Resoluções 4.656 e 4.657.” (<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>).

⁶ A iniciativa foi implementada em parceria com a Federação Nacional das Associações de Servidores do Banco Central (Fenasbac) e com o apoio de empresas de tecnologia, faz parte do esforço do BCB para fomentar a inovação tecnológica no SFN. “O Lift foi criado para possibilitar o desenvolvimento de soluções tecnológicas com potencial de geração de valor para o setor financeiro e para toda a sociedade brasileira. As ideias selecionadas pelo laboratório terão suporte de grandes empresas de tecnologia. No portal de acesso, pessoas e empresas interessadas vão submeter seus projetos, os quais devem estar alinhados com temas definidos pelo comitê formado pelo BCB, pelas empresas de TI e pela Fenasbac.” (https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf).

⁷ **10 tecnologias estarão na mira dos bancos em 2019.** In: CIO – “Os bancos brasileiros investiram R\$ 19,5 bilhões em tecnologia em 2017, segundo pesquisa da Febraban. O número coloca o país na vanguarda dos investimentos em inovações. Um dos centros desses investimentos é a Inteligência Artificial (AI, na sigla em inglês), já que 80% das instituições do setor disseram que apostam em AI e computação cognitiva para atender aos movimentos de mercado. Mas quais tendências estarão na mira dos bancos neste ano? A revista CIAB Febraban – publicação da Federação Brasileira de Bancos voltada a tecnologias do setor financeiro – ouviu tanto profissionais de instituições financeiras como consultores especializados para responder. Temas como Big Data e Analytics, Blockchain, Open Banking e Cloud lideram o ranking. Confira o que será tendência neste ano: **1. Big Data e Analytics** A análise de volumes gigantes de dados gerados por clientes, por operações e até mesmo por processos internos tornou-se uma necessidade para os bancos e vai avançar ainda mais em 2019. O uso combinado de Big Data e Analytics servirá de base para outras tecnologias que devem avançar no ano que vem, melhorando produtos e serviços e abrindo caminho para novidades. O potencial do Big Data e das ferramentas de Analytics no setor bancário permite que as instituições financeiras reduzam seus custos e exposição a riscos, e conheçam melhor seus clientes, com serviços digitais mais eficientes. **2. Open Banking** Se os dados são uma das peças-chave para inovações que vão surgir em breve, a colaboração é outro caminho em que os bancos deverão apostar em 2019. O Open Banking vai permitir que diferentes atores do mercado desenvolvam soluções a partir de interfaces de programação para aplicações desenvolvidas pelas instituições financeiras, as APIs. **3. Chatbots** Os chatbots – atendentes virtuais, com capacidade de interação graças a Inteligência Artificial e computação cognitiva – vão continuar a despontar no sistema financeiro, assumindo uma gama maior de tarefas, e vão melhorar a experiência do usuário, que é a base de tudo. Essas ferramentas vão se aproveitar cada vez mais das informações captadas e processadas por Big Data e Analytics, por exemplo, para se tornar mais eficientes. **4. RPA** Os robôs não vão participar apenas de conversas com os clientes. Uma outra tendência prevista para 2019 é sua atuação nos bastidores das instituições, por meio de Robotic Process Automation (RPA). Com a ajuda da Inteligência Artificial, os robôs serão usados para aumentar a eficiência operacional e automatizar atividades internas dos bancos. **5. Biometria** O uso da biometria pelos bancos vai continuar intenso em 2019. Além do reconhecimento de impressão digital, que já se tornou popular, o reconhecimento facial e também da voz estão entre as alternativas que serão adotadas em uma escala crescente. **6. Segurança Cibernética** A tecnologia evolui para proporcionar melhores produtos e serviços, mas, ao mesmo tempo, crescem as ameaças virtuais à segurança de instituições e clientes. A segurança cibernética consiste em usar ferramentas como Big Data e Analytics para evitar fraudes. **7. Computação Forense** Ferramentas de segurança podem ir além de garantir a integridade das transações. A computação Forense não é mais algo restrito a investigações policiais e pode ser aplicada para analisar o comportamento dos próprios funcionários nos bancos e, com isso, preservar o sigilo das informações. **8. Blockchain** Experimentos em Blockchain – tecnologia que permite registros e certificações confiáveis de forma descentralizada – vão continuar a ocorrer nos bancos, e o salto prometido para aplicações em larga escala deve vir em 2019. Até agora, a indústria tem feito protótipos e provas de conceito, mas, em 2019, o Blockchain vai começar a ser aplicado a casos reais. **9. Cloud Computing** No passado, a adoção de nuvem pelos bancos esbarrou no receio quanto à segurança das informações dos clientes e em questões de regulação. A resolução 4.658 do Banco Cen-

tral, que dispõe sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de Cloud Computing, divulgada em maio do ano passado, uniformiza a forma como o banco faz isso de forma segura. A tendência é que as instituições acelerem a adoção. **10. Internet das Coisas** Em 2019, serão impulsionados estudos sobre como a Internet das Coisas (IoT, na sigla em inglês) pode trazer novas oportunidades de produtos e serviços financeiros. A IoT permite a oferta de produtos e serviços mais personalizados, por meio de aparelhos eletrônicos domésticos conectados à Internet.”

⁸ *StartUps Jurídicas* (v. AB2L – Associação Brasileira de LawTechs & Legal Techs. <https://www.ab2l.org.br/>), *StartUps* de Educação, *StartUps* de Saúde; *StartUps* de Seguros (v. CQCS – Centro de Qualificação do Corretor de Seguros. <https://www.cqcs.com.br/>); *StartUps* de Construção Civil; respectivamente.

⁹ Para saber mais, confira: CARNEIRO; e DEPS, O pontapé regulatório no mundo das fintechs: CVM anuncia criação de Sandbox. JOTA. 23 jun. 2019. (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/o-pontape-regulatorio-no-mundo-das-fintechs-cvm-anuncia-criacao-de-sandbox-23062019>).

¹⁰ cf. CVM, Comunicado Conjunto, de 13 jun. 2019: “Divulga ação coordenada para implantação de regime de sandbox regulatório nos mercados financeiro, securitário e de capitais brasileiros. A Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e a Superintendência de Seguros Privados tornam pública a intenção de implantar um modelo de sandbox regulatório no Brasil. Essa iniciativa surge como resposta à transformação que vem acontecendo nos segmentos financeiro, de capitais e securitário. O uso de tecnologias inovadoras, como distributed ledger technology – DLT, blockchain, roboadvisors e inteligência artificial, tem permitido o surgimento de novos modelos de negócio, com reflexos na oferta de produtos e serviços de maior qualidade e alcance. Esse cenário impõe aos reguladores o desafio de atuar com a flexibilidade necessária, dentro dos limites permitidos pela legislação, para adaptar suas regulamentações às mudanças tecnológicas e constantes inovações, de forma que as atividades reguladas mantenham conformidade com as regras de cada segmento, independentemente da forma como os serviços e produtos sejam fornecidos, principalmente sob as perspectivas da segurança jurídica, da proteção ao cliente e investidor e da segurança, higidez e eficiência dos mercados. Os reguladores que subscrevem este comunicado coordenarão suas atividades institucionais para disciplinar o funcionamento de elementos essenciais do sandbox em suas correspondentes esferas de competência, contemplando elementos comuns aos modelos observados em outras jurisdições, a exemplo da concessão de autorizações temporárias e a dispensa, excepcional e justificada, do cumprimento de regras para atividades reguladas específicas, observando critérios, limites e períodos previamente estabelecidos. Os reguladores, ademais, buscarão atuar conjuntamente sempre que as atividades perpassem mais de um mercado regulado. Espera-se que a implantação desse regime regulatório seja capaz de promover o desenvolvimento de produtos e serviços mais inclusivos e de maior qualidade e possa fomentar a constante inovação nos mercados financeiro, securitário e de capitais.”

¹¹ Lei Complementar n. 123/2006, art. 3º – Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, afixa, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II – no caso de empresa de pequeno porte, afixa, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016).

¹² Lei Complementar n. 123/2006, art. 3º, § 4º – Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X – constituída sob a forma de sociedade por ações. XI – cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

¹³ Em tradução livre: “O Político e o Juiz. Como os funcionários públicos devem ser responsáveis?”.

REFERÊNCIAS

ADACHI, Reinaldo. Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Geral): O que o Empreendedor Precisa Saber. In: REZENDE, Luiza (Org.). **Direito para Empreendedores**. São Paulo: Évora, 2016.

AGRELA, Lucas. Serviço de pagamentos do WhatsApp deve ser lançado no Brasil. **EXAME**. São Paulo, SP, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/servico-de-pagamentos-do-whatsapp-deve-ser-lancado-no-brasil/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ARRUDA, Daniel S. Lei de Dados Pessoais e seus reflexos no setor financeiro. **JOTA** [S.l.]. 22 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-de-dados-pessoais-e-seus-reflexos-no-setor-financeiro-22082018>. Acesso em: 6 jun. 2019.

AZEVEDO, Júlio Cesar da Rocha Germano de. Inovação, StartUps e o Direito. In: JÚDICE; NYBO (Coords.). **Direito das StartUps**. Curitiba: Juruá, 2016.

BICUDO, Lucas. O que é uma startup ? **StartSe**. [S.l.], 3 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/18963/afinal-o-que-e-uma-startup>. Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório de Economia Bancária 2017**. [S.l.], 2017a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **O que são fintechs?** [S.l.], jun. 2019a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_fintechs. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_O.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2017c. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução Normativa nº 578, de 30 de agosto de 2016 com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nº 589/17 e 604/18. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2016a. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html>. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução Normativa nº 588, de 13 de julho de 2017. Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias [...]. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2017b. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html>. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.793, de 29 de junho de 2016. Fixa a Política Nacional de Inteligência. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8793.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10259.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte [...]. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp123.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional [...]. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2016c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp155.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1988 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e

instituir o Inova Simples. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Receita Federal. **O que é o simples nacional?**. [S.l.], [entre 2006 e 2019]. Disponível em: <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Documentos/Pagina.aspx?id=3>. Acesso em: 4 mar. 2019c.

CARNEIRO, da Nóbrega Rito; e DEPS, Guilherme. O pontapé regulatório no mundo das *fintechs*: CVM anuncia criação de Sandbox. **JOTA**. [S.l.], 23 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/o-pontape-regulatorio-no-mundo-das-fintechs-cvm-anuncia-criacao-de-sandbox-23062019>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CASTRO, Fabrício de; RODRIGUES, Lorena. CMN aprova resolução sobre política de conformidade em instituição financeira. **Estado de Minas (EM)**. Belo Horizonte, MG, 28 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/08/28/internas_economia,895851/cmn-aprova-resolucao-sobre-politica-de-conformidade-em-instituicao-fin.shtml. Acesso em: 9 mar. 2019.

CIO. **10 tecnologias estarão na mira dos bancos em 2019**. [S.l.], 10 jan. 2019. Disponível em: <https://cio.com.br/10-tecnologias-estara-na-mira-dos-bancos-em-2019/>. Acesso em: 3 mar. 2019.

DE LUCA, Cristina. **Regulação da Lei Geral de Proteção de Dados preocupa startups**. [S.l.], 18 ago. 2018. Disponível em: <https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2018/08/17/regulacao-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-preocupa-startups/>. Acesso em: 3 mar. 2019.

FECOMERCIO SP. **Nova regulamentação para *fintechs* de crédito deve facilitar aquisição de financiamentos para micros e pequenas empresas**. [S.l.], 13 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/noticia/nova-regulamentacao-para-fintechs-de-credito-deve-facilitar-aquisicao-de-financiamentos-para-micros-e-pequenas-empresas>. Acesso em: 4 mar. 2019.

FEIGELSON; NYBO; FONSECA. **Direito das StartUps**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Joanival Brito. **Atividade de Inteligência e Legislação Correlata**. 5. ed. revista e atualizada. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HAMEL, Gary; ZANINI, Michele. O fim da burocracia. In: **Harvard Business Review Brasil**: Os Desafios da Inovação. Edição temática, 2018.

IANSITI; LAKHANI. Verdades sobre a Blockchain. **Harvard Business Review Brasil**. Abril, 2017. p. 72-81.

KASHYAP, Manoj K.; WEBER, Grégory. Como Tecnologias Emergentes Mudarão os Serviços Financeiros. In: CHISHT, Susanne; e BARBERIS, Janos. **A Revolução Fintech**: O Manual das Startups Financeiras. Tradução: Samantha Batista. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. 226-228.

LUNN, Bernard. Bancos em Parceria com *Startups* de *Fintech* para Criar uma Experiência Integrada do Cliente. In: CHISHT, Susanne; e BARBERIS, Janos. **A Revolução Fintech**: O Manual das Startups Financeiras. Tradução: Samantha Batista. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. 241-244.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: Empresa e Atuação Empresarial. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARACY, Heinar. *FINTECHS* começam a focar o B2B. **HSM management**: A Era Exponencial. n. 120, p. 66-69.

MORAES, Mayara; BORGES, Solange Sólon. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados Precisa Garantir Segurança Jurídica**. [S.l.], 17 abr. 2019 - atualizado em 22 abr. 2019. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-precisa-garantir-seguranca-juridica>. Acesso em: 3 mar. 2019.

PACHECO, Leonardo Serra de Almeida. Marco Civil da Internet: O que Mudou para a sua StartUp? In: JÚDICE; NYBO (coords.). **Direito das StartUps**. Curitiba: Juruá, 2016.

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. **STARTUPS Análise de Estruturas Societárias e de Investimento no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2018.

SANTOS, Keila. Empreendedorismo no Brasil. In: TEIXEIRA; LOPES. **Startups e inovação**: direito no empreendedorismo (entrepreneurship law). Barueri, SP: Manole, 2017.

SÃO PAULO. Governadoria do Estado de São Paulo. **SP ganha 1º Juizado Especial de micros e pequenas empresas**. São Paulo, SP, 19 dez. 2007. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/sp-ganha-1-juizado-especial-de-micros-e-pequenas-empresas/>. Acesso em: 3 mar. 2019.

SÁVIO, Fábio. Governança de Dados na Gestão. **DCI: Diário, Comércio, Indústria & Serviços**. [S.l.] 11 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.dci.com.br/colunistas/governanca-de-dados-na-gest-o-1.808342>. Acesso em: 4 mar. 2019.

SEBRAE. **Catálogo Fintechs 2018 de A a Z**. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/cat%C3%A1logo_abfintechs_full4.pdf. Acesso em: 3 mar. 2019.

SUSANNE, Chishti. **A revolução Fintech: o manual das startups financeiras**. Trad. Samantha Batista. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

TEIXEIRA; LOPES. Direito no empreendedorismo – entrepreneurship law. In: TEIXEIRA; LOPES. **Startups e inovação: direito no empreendedorismo (entrepreneurship law)**. Barueri, SP: Manole, 2017.

VALERIO NETTO, Antonio. **Gestão de Pequenas e Médias Empresas de Base Tecnológica**. Barueri, SP: Minha Editora; Brasília, DF: Sebrae, 2006.

Nicholas Merlone

*Mestre em Direito Político e Econômico pela
Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM.
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
Professor Convidado na Pós-graduação do Serviço
Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac.
Palestrante, advogado e escritor.*

nicholas.merlone@gmail.com

A LEGITIMIDADE DO BLOQUEIO MÚLTIPLO DE VALORES – PENHORA ON-LINE

Thiago de Souza Melo

LEGITIMACY OF MULTIPLE BLOCKING OF MONEY BY MEANS OF ELECTRONIC GARNISHMENT

RESUMO

Nesse estudo, pretende-se analisar a legitimidade do bloqueio múltiplo de ativos financeiros executados frente aos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015. Mais especificamente, o objetivo central é analisar o artigo 854, *caput* e § 1º, do Código, que estabelece determinada conduta ao magistrado quando da emissão de ordens de indisponibilidade de dinheiro. Para tanto, faz-se uma explanação sobre o próprio sistema da penhora *on-line* e, em seguida, se discorre sobre os princípios processuais que podem ser aplicados no contexto da multiplicidade de bloqueios. Ao final, com o auxílio de renomados doutrinadores, chega-se à conclusão de que o bloqueio múltiplo de dinheiro do executado, além de legítimo, é o procedimento ou método que proporciona o mais justo equilíbrio no cenário da penhora *on-line*.

» PALAVRAS-CHAVE: PENHORA ON-LINE. BACEN JUD. BLOQUEIO MÚLTIPLO DE VALORES. LEGITIMIDADE. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the legitimacy of multiple blocking of executed financial assets against the provisions of the Code of Civil Procedure of 2015 related to the subject and in light of relevant procedural principles. More specifically, the central objective is to analyze article 854, caption and paragraph 1 of the Code, which establishes certain conduct to the magistrate when issuing orders for unavailability of money, studying it in the light of some principles and arriving at a conclusion that serves them, balancing the interests at stake. To do so, an explanation is made of the electronic garnishment system itself. Then, the procedural principles that can be applied in the context of multiple blockages is discussed. In the end, with the help of renowned scholars, it is concluded that multiple blocking of money of the executed, besides being legitimate, is the procedure or method that provides the fairest balance in the electronic garnishment scenario.

» KEYWORDS: ELECTRONIC GARNISHMENT. BACEN JUD. MULTIPLE BLOCKING OF MONEY. LEGITIMACY. NEW CIVIL PROCESS CODE.

INTRODUÇÃO

A idealização deste trabalho decorre da determinação contida no artigo 854, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil (CPC) e da possibilidade de o juiz, ao deferir o pedido e levar a efeito a chamada penhora *on-line*, tornar indisponíveis ativos financeiros em diversas contas bancárias com valores, limitados ao exato débito exequendo.

Referido dispositivo legal – art. 854, § 1º – exige uma reflexão sobre o que se deve entender por “indisponibilidade excessiva”. Na interpretação do dispositivo legal, à luz dos princípios processuais aplicáveis em caso de bloqueio do valor exequendo, deve o magistrado liberar eventual excesso verificado em cada conta ou manter a indisponibilidade estritamente no valor em execução?

É exatamente isso que se pretende trabalhar neste artigo, com o auxílio valioso dos doutrinadores processualistas.

1 PENHORA ON-LINE

A penhora de dinheiro do devedor, também chamada de penhora *on-line* pelo fato de o magistrado utilizar um sistema eletrônico, tem previsão legal no artigo 854 do CPC, *in verbis*:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

Como se vê, a penhora depende de requerimento do exequente sendo levada a efeito sem prévia ciência do executado.

O ato é realizado por meio do sistema eletrônico denominado Bacen Jud, que consiste, segundo o CNJ, no seguinte:

[...] sistema eletrônico de relacionamento entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, intermediado pelo Banco Central, que possibilita à autoridade judiciária encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados (2019).

O bloqueio deve se limitar ao valor exequendo. Logo, em uma interpretação literal da legislação, se o valor indicado na execução é de R\$ 1.000,00 (mil reais), a indisponibilidade deve ocorrer nesse montante exato.

2 A QUESTÃO DOS BLOQUEIOS MÚLTIPLOS

Como explicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Banco Central é o mantenedor do sistema, um intermediário entre a autoridade judiciária, emissora das ordens, e as instituições financeiras, às quais competem os atendimentos das requisições e das ordens transmitidas (2019).

Por não haver comunicação entre as instituições financeiras, o juiz pode emitir uma ordem geral ao Banco Central – sem especificação de conta, agência ou instituição – quando então ocorrem os bloqueios múltiplos, pois o executado pode possuir dinheiro em contas bancárias mantidas por diferentes bancos.

O CNJ discorre acerca do bloqueio múltiplo da seguinte forma:

O bloqueio múltiplo pode ocorrer quando uma conta/agência/instituição não é especificada. A ordem será encaminhada, pois, a todas as instituições que cumprirão a decisão judicial de forma independente umas das outras, podendo-se, assim, ultrapassar o valor determinado pelo magistrado (2019).

E continua o Conselho:

Conquanto tal ocorrência seja provável, haja vista um banco não possuir informações sobre os correntistas dos demais bancos, o BacenJud 2.0 avançou em funcionalidades que minimizam os efeitos da multiplicidade de bloqueios. Assim, pode o magistrado direcionar a sua ordem para determinada instituição e, ainda, especificar uma agência e mais ainda uma conta. Conforme a especificação registrada, a ordem incidirá somente no nível desejado (instituição, agência ou conta).

Também é possível o cadastramento de conta única para bloqueio, junto aos Tribunais Superiores, montando base de dados que é acionada para informar o usuário no momento do preenchimento da minuta.

O sistema possibilita consultas céleres ao saldo dos executados, facilitando o direcionamento das ordens. Contudo, ainda que não opte por uma das alternativas de especificação, o Juiz poderá ordenar os desbloqueios, tão logo a resposta à ordem esteja disponível para visualização na tela. A efetivação dos desbloqueios acontecerá na abertura das agências bancárias no dia útil seguinte ao do protocolamento (2019).

Tais informações/orientações são ratificadas pelo Banco Central do Brasil (BCB) (2019).

Observa-se que tanto o CNJ quanto o Banco Central preveem a possibilidade da ocorrência de bloqueios múltiplos de valores. Entretanto, eles buscam medidas que evitem ou minimizem esse procedimento.

Quando o executado é pessoa jurídica, talvez seja mais visualizável a ideia de o juiz direcionar sua ordem para uma só instituição ou fazer uma especificação (instituição, agência e conta). Isso porque, no caso das pessoas jurídicas fica mais distante a aplicação das impenhorabilidades previstas no artigo 833 do CPC, sobretudo aquelas previstas nos incisos IV (vencimentos, subsídios etc.) e X (caderнета de poupança). Não é tarefa fácil para uma pessoa jurídica conseguir provar a impenhorabilidade de dinheiro encontrado, eventualmente, em suas contas bancárias, pois ela não recebe salário.

O mesmo não se pode dizer das pessoas físicas. Quando o executado, destinatário da penhora *on-line*, é pessoa física, a probabilidade de que determinado dinheiro bloqueado em conta bancária esteja protegido pelo manto da impenhorabilidade aumenta muito. É extremamente comum que uma pessoa tenha em conta(s) bancária(s) dinheiro de caderneta de poupança ou decorrente de salário, vencimento, proventos de aposentadoria, em geral, destinado ao sustento seu e de sua família. Então, quando o destinatário da ordem é uma pessoa física, a questão dos bloqueios múltiplos se torna muito mais relevante.

Tendo em conta que a penhora *on-line* é normalmente feita sem oitiva prévia do executado e que a ordem de indisponibilidade é transmitida a todas as instituições financeiras, não é possível ao juiz, ao receber resposta indicando bloqueio em contas diversas e a pretexto de cumprir o artigo 854, § 1º, CPC, simplesmente optar por manter somente um ou alguns desses bloqueios sem que corra o enorme risco de que justamente naquela conta/instituição haja valores impenhoráveis.

É certo que referido dispositivo processual estabelece que o juiz deve determinar o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, logo após receber a resposta. Acontece que, assim agindo, ou seja, optando o juiz por reter um ou alguns dos bloqueios, estará correndo risco de “liberar” justamente os valores penhoráveis, até porque não terá condições de saber quais dos valores bloqueados são impenhoráveis.

Por outro lado, quando se tem em mente a ideia de direcionar a ordem para uma só instituição/conta, é perfeitamente possível que o executado, ao ter ciência do bloqueio ocorrido, tenha a conduta defensiva de já retirar valores de outras contas que não foram objeto da medida, sem que sequer o juiz tenha ciência da existência de tais valores, já que terá especificado uma só conta/instituição.

O mesmo entrave se verifica na hipótese de o próprio exequente especificar uma instituição/conta para bloqueio, pois não saberá de antemão a natureza dos valores depositados, podendo a execução vir a se tornar inefetiva para ele.

Não se vislumbra, por outro lado, possa o executado, principalmente a pessoa física, informar conta única para bloqueio de valores. Não é crível que uma pessoa física irá voluntariamente informar conta para bloqueio. Primeiro, porque a ideia de indicação de conta, como se percebe, é direcionada àquelas pessoas jurídicas de maior envergadura e que, portanto, estão mais sujeitas a diversos processos executivos, até para não prejudicar seu regular funcionamento. Segundo, porque certamente poucas contas bancárias são titularizadas pela maioria das pessoas físicas, senão uma ou duas, em que essas pessoas, inclusive, recebem o salário.

3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS NO CONTEXTO DO BLOQUEIO MÚLTIPLO

Nesse cenário, de ausência de cadastramento de conta única pelo executado como medida mais comum, do risco na especificação pelo exequente e, portanto, de possibilidade de bloqueio múltiplo, em razão de o devedor possuir dinheiro em mais de uma conta, é que surge a determinação contida no artigo 854, § 1º, do CPC.

Segundo tal dispositivo processual, no prazo de 24 horas, a contar da resposta, o juiz determinará de ofício o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva.

Ora, o que se entende por “indisponibilidade excessiva”? Será excessiva a indisponibilidade do exato valor cobrado, porém em mais de uma conta do executado? Se o crédito, por exemplo, for de R\$ 1.000,00 (mil reais), configura excesso o bloqueio de mil reais em duas ou três contas do devedor, totalizando dois ou três mil reais, ou seja, ultrapassando-se no total o valor determinado pelo juiz?

Já viu-se que o Banco Central do Brasil e o CNJ preveem a ocorrência de bloqueios múltiplos, fixando medidas que podem evitá-los.

Talvez alguns princípios processuais facilitem a busca de resposta a tais indagações.

3.1 PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 226), “não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana”. Serve de fundamento para várias hipóteses de impenhorabilidade, previstas no artigo 833 do CPC.

O princípio não exige maiores explanações, defendendo a parte executada de atos que em geral possam violar sua dignidade. É chamado por alguns de supraprincípio constitucional, do qual decorrem todos os outros, possuindo alta densidade normativa.

3.2 MENOR ONEROSIDADE

O princípio da menor onerosidade é basicamente direcionado ao executado e, como o próprio nome sugere, estabelece que, quando a satisfação do crédito do exequente puder ocorrer por vários meios igualmente eficazes, se dará por aquele menos oneroso ao devedor, em conformidade ao art. 805 do CPC.

Tal princípio acaba por frear o da efetividade da execução, que será visto adiante, ao dispor que o direito do exequente não poderá ser satisfeito de modo desnecessariamente oneroso ao devedor.

O renomado doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 1068-1070) discorre a respeito com a maestria já conhecida de todos:

A execução não é instrumento de exercício de vingança privada, como amplamente afirmado, nada justificando que o executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do exequente. Gravames desnecessários à satisfação do direito devem ser evitados sempre que for possível satisfazer o direito por meio da adoção de outros mecanismos. Dessa constatação decorre a regra de que, quando houver vários meios de satisfazer o direito do credor, o juiz mandará que a execução se faça pelo modo menos gravoso ao executado (art. 805 do Novo CPC).

É evidente que tal princípio deve ser interpretado à luz do princípio da efetividade da tutela executiva, sem a qual o processo não passa de enganação. O exequente tem direito à satisfação de seu direito, e no caminho para a sua obtenção, naturalmente criará gravames ao executado. O que se pretende evitar é o exagero desnecessário de tais gravames. Esse é um dos motivos para não permitir que um bem do devedor seja alienado em leilão judicial por preço vil (art. 891 do Novo CPC).

O estrito respeito ao princípio da *menor onerosidade* não pode sacrificar a *efetividade da tutela executiva*. Tratando-se de princípios conflitantes, cada qual voltado à proteção de uma das partes da execução, caberá ao juiz no caso concreto, em aplicação das regras da razoabilidade e proporcionalidade, encontrar um “meio-termo” que evite sacrifícios exagerados tanto ao exequente como ao executado”. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de inexistir preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva”.

[...]

Basta que proporcionalmente perca-se pouco em termos de efetividade e ganhe-se muito em termos de menor onerosidade.

Como se vê, trata-se de princípio que protege o devedor de meios executivos desnecessários, inadequados e desproporcionais, sem deixar, por outro lado, de garantir a efetividade da tutela executiva. Possibilita, em verdade, um certo equilíbrio ao processo executivo.

3.3 PRINCÍPIO DO RESULTADO

Segundo tal princípio, a execução realizar-se-á em proveito do exequente. O conjunto dos meios executórios tem o único objetivo de satisfazer o credor. Uma execução só é bem-sucedida, de fato, quando entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, na medida em que seja útil ao credor, com vistas à satisfação de seu crédito, e na medida do necessário e suficiente para solver a dívida, evitando maiores sacrifícios ao devedor que o exigido pelo resultado (ASSIS, 2016, p. 48-49).

3.4 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

O princípio da efetividade, no contexto do devido processo legal, vem dispor que os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Há o direito fundamental à tutela executiva, onde

os meios executivos devem ser capazes de satisfazer àquele merecedor da tutela executiva (DIDIER JR. *et al.*, 2017, p. 65).

Os renomados doutrinadores assim esmiúçam tal princípio:

Mais concretamente, significa que: a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva (DIDIER JR. *et al.*, 2017, p. 66).

Consoante art. 4º do CPC, as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Tal direito fundamental serve de solução para diversos problemas oriundos do processo executivo, sobretudo àqueles acerca da proteção do executado, como nos casos da impenhorabilidade. Sendo assim, impõe-se que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, analisando-se as circunstâncias do caso concreto.

Nesse contexto, se o juiz, no caso concreto, perceber que determinada restrição ao princípio se revela desproporcional, não-razoável, desnecessária ou inadequada, deve afastá-la por inconstitucional, construindo a solução devida para aquele caso concreto (DIDIER JR. *et al.*, 2017, p. 67).

Apesar de parecidos, o princípio da efetividade não se confunde com o do resultado, visto no tópico anterior. Este, como o próprio nome indica, tem como foco principal o fim, o propósito da execução, que é unicamente satisfazer o credor. Aquele, os meios executivos postos à disposição do exequente, que devem ser úteis, necessários e adequados à satisfação de seu crédito. O princípio do resultado diz que a execução se faz no interesse do credor, ela só pode ter um único desfecho: a satisfação do exequente. O da efetividade, que se deve extrair da execução e dos meios executivos a maior efetividade possível.

3.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sem embargo da discussão sobre se a proporcionalidade realmente se trata de princípio ou se é um postulado, importante mencionar que, segundo tal princípio/postulado, é preciso atuar de forma a se sacrificar o mínimo possível dos direitos de ambas as partes, tentando harmonizá-los da melhor maneira (DIDIER JR. *et al.*, 2017, p. 83-84).

4 LEGITIMIDADE DO BLOQUEIO MÚLTIPLO E POSTURA DO MAGISTRADO NO CASO CONCRETO

Percebe-se, portanto, que há princípios processuais protetores dos interesses de ambos os polos da execução.

Quando isso acontece, deve o magistrado ponderar os interesses em jogo e efetuar um juízo de valor no caso concreto, como ensina Marcelo Abelha:

Nesse choque entre o interesse do exequente em ver satisfeita a tutela jurisdicional e do executado em fazer com que essa satisfação seja a menos onerosa possível para o seu

patrimônio é que se colocam a ponderação e a razoabilidade (o justo equilíbrio) como critérios insuperáveis na efetivação da tutela jurisdicional executiva (2015, p. 9).

Então, ao se analisar a possibilidade, no sistema processual pátrio, do bloqueio múltiplo de valores via sistema eletrônico, deve ser feita uma ponderação de interesses, de modo que o interesse de uma parte prevaleça sobre o da outra no caso concreto, chegando-se a uma conclusão que atinja o justo equilíbrio buscado no processo.

Já se viu acima que o CNJ e o Banco Central preveem a ocorrência do chamado bloqueio múltiplo, tanto que emitem instruções e dão orientações a respeito, buscando evitar ou mesmo mitigar a medida.

O artigo 854, § 1º, do CPC dispõe que o juiz, ao receber a resposta à solicitação, determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, mas não define expressamente o que seria essa “indisponibilidade excessiva”, dando azo a que ocorram bloqueios múltiplos de valores, já que o executado pode ter valores depositados em diversas contas bancárias.

O risco na escolha aleatória de uma conta é grande, já que o exequente, ao indicar conta/agência/instituição para penhora, pode perder a chance de satisfazer seu crédito, ao adotar uma postura defensiva, evitando, por exemplo, manutenção de valores em suas contas bancárias.

Embora o magistrado corra o risco de incorrer em bloqueios múltiplos de valores, não lhe resta outra postura para efetividade da execução. A não ser que o próprio exequente indique uma determinada conta/agência/instituição, não há como se evitar uma indisponibilidade excessiva.

Por exemplo, se o valor executado é de R\$ 1.000,00 (mil reais) e há indisponibilidade efetivada em três contas bancárias, cada uma no exato valor exequendo - R\$ 1.000,00 (mil reais) -, totalizando bloqueio de R\$ 3.000,00 (três mil reais), seria razoável que o magistrado não solicite o desbloqueio de dois mil reais na fase do art. 854, § 1º, CPC, e determine a intimação do executado para manifestação nos termos do parágrafo 2º e para, somente após, decidir a respeito.

Pode-se argumentar que tal postura viola o princípio da menor onerosidade, acima explanado. Contudo, não se vislumbra, em casos tais, sua prevalência sobre os princípios da efetividade da execução e do resultado, como se verá mais adiante. É forçoso concluir que estes, no contexto do bloqueio múltiplo, devem prevalecer sobre aquele.

Ora, como se sabe, o dinheiro, na ordem preferencial de penhora legalmente prevista, vem em primeiro lugar (art. 835, I, CPC/15). Tal já era seguido pelo CPC anterior, isso pela sua evidente “liquidez”. Quando o exequente se apodera de dinheiro do executado, nada mais precisa fazer, o que ocasiona a rápida satisfação da obrigação.

Quanto aos demais bens penhoráveis, se ao exequente não interessar a adjudicação, o que é bem comum, a efetiva satisfação da obrigação demandará a realização de inúmeros atos processuais, geralmente atinentes ao leilão judicial, o que não se mostra interessante nem para a parte e nem para o Estado-juiz.

Não há que se falar, por outro lado, em regra, em ofensa à dignidade da pessoa humana com a postura do magistrado de permitir o bloqueio múltiplo e imediatamente intimar o executado. Primeiro, porque, apesar de efetuar bloqueios diversos no exato valor executado, não parece hipótese comum que os bloqueios atinjam todo o dinheiro que o executado eventualmente possua em várias contas, sem que reste qualquer quantia para sua subsistência. Aliás, a indisponibilidade limita-se ao valor indicado na execução, não abarcando todo o saldo positivo existente na(s) conta(s). Segundo, porque, caso seja tornado indisponível todo o saldo bancário existente em mais de uma conta, pode o executado, provando tal fato, se antecipar ao procedimento e requerer o imediato desbloqueio de uma das contas para sua subsistência, que poderá (e deverá) se dar numa decisão sumária, sem oitiva da parte contrária. Terceiro, porque, se o executado possui dinheiro depositado em duas ou mais contas, dificilmente todas terão valores impenhoráveis.

De qualquer forma, eventual violação à dignidade da parte executada no caso concreto, por não ser a regra, não pode ter o condão de impedir a realização da multiplicidade de bloqueios antes da intimação do executado. Reitera-se: no caso da indisponibilidade múltipla abranger todo o saldo das contas bancárias, por exemplo: saldo de R\$ 800,00 numa conta, R\$ 700,00 em outra e R\$ 600,00 na terceira, sendo o valor executado de R\$ 1.000,00; compete ao executado até mesmo se antecipar à sua intimação e requerer ao magistrado o imediato desbloqueio do valor excedente, mantendo indisponível, obviamente, valor penhorável, sob pena, inclusive, de responder por litigância de má-fé, com fulcro no art. 80, inciso IV, do CPC.

Enfim, ponderando-se os valores em jogo a fim de se obter um justo equilíbrio, tem-se que o bloqueio múltiplo deve ser permitido. Perde-se pouco em onerosidade e ganha-se muito em efetividade e, secundariamente, em celeridade e economia.

O excelente doutrinador Araken de Assis, comentando sobre o assunto, entende que o cenário ideal é colher as informações e, somente após, ordenar o bloqueio, veja:

É necessária cautela no uso dessa medida. O bloqueio talvez subtraia os meios de subsistência da pessoa natural ou, no cenário ainda mais desvantajoso, perturbe ou paralise a atividade normal da empresa. O ideal consistiria em colher as informações e, somente após, ordenar o bloqueio parcial das contas bancárias e investimentos. Parece ser a medida adequada à realização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, exigidos neste ponto delicado. Recordou-se, anteriormente, a desdita do Barão de Mauá, um dos primeiros empreendedores nacionais, cujo banco de credor passou a devedor, em decorrência de julgamento errôneo, e a penhora de dinheiro em caixa acabou por levar a empresa à falência. Não é este o sistema do art. 854: primeiro, sobrevém a indisponibilidade, *inaudita altera parte*; depois, o executado pode alegar excesso ou impenhorabilidade (art. 854, § 3.º, I e II). (2016, p. 432).

Não deixa de ter razão o eminente doutrinador. Realmente, talvez o ideal, em um primeiro momento, seja obter informações sobre o saldo bancário do devedor, para depois realizar-se o bloqueio, numa postura mais comedida, mais prudente do magistrado. Contudo, repita-se, ainda com os saldos em mãos, não possui o juiz e o exequente condições de saber em qual das contas objeto de bloqueio há dinheiro penhorável. O máximo que se pode tirar de proveito dessa conduta, sem deixar de lado a prevalência dos princípios já mencionados, é, caso existam saldos em valores inferiores

ao exequendo, talvez, liberar o bloqueio de uma das três ou mais contas, ou, havendo somente duas contas, objeto da medida, realizar bloqueio parcial em cada uma delas, de forma que não se corra o risco de liberação justamente do valor penhorável e que reste, pelo menos até sua intimação, montante suficiente para subsistência do devedor.

Não se pode olvidar, por outro lado, que tal postura trazida pelo ilustre doutrinador pode gerar a inconveniente e corriqueira conduta do executado de, tomando conhecimento dos atos praticados, “limpar” suas contas, antes mesmo que o bloqueio seja efetivado, sobretudo se já estiver patrocinado por advogado na execução, restando ao exequente apenas vê-lo condenado por litigância de má-fé.

Diante do cenário em que se encontra o Judiciário brasileiro, de asoberbamento de processos, eventual consulta prévia aos saldos do executado pode significar a não satisfação da obrigação.

De qualquer forma, existindo possibilidade de que os bloqueios subtraíam os meios de subsistência da pessoa natural ou paralise ou perturbem a atividade normal de uma empresa, a consulta prévia aos saldos da parte executada se apresenta como medida proveitosa, desde que efetivada de forma célere e tomando-se as providências necessárias para que tudo seja feito à revelia do executado. Caso haja saldo em cada conta, superior ao valor da execução, o valor executado é bloqueado em cada uma delas, uma vez que restará dinheiro para subsistência do devedor até que ele seja intimado ou se manifeste nos autos. Caso contrário, ou seja, se os saldos forem menores, em cada conta, que o valor executado, o recomendável seria que o juiz, ao invés de ignorar uma conta e bloquear valor em outra, correndo o risco de bloquear justamente o bem impenhorável, ordenasse bloqueios parciais, como recomenda Araken de Assis (2016).

Tome-se como exemplo uma execução em que o débito exequendo é de R\$ 3.000,00. Ao solicitar informações bancárias do devedor, a resposta, hipoteticamente, revela saldo bancário em 3 instituições/contas distintas: na primeira, o saldo é de R\$ 4.000,00; na segunda, R\$ 3.200,00; e na terceira, R\$ 500,00. Não tendo condições de saber em qual conta/instituição há valores impenhoráveis, é razoável que o magistrado efetue bloqueio da seguinte forma: R\$ 3.000,00 na primeira; R\$ 3.000,00 na segunda; e R\$ 500,00 na terceira. Veja que, diante do saldo superior em duas contas, o executado terá para sua subsistência, até que seja intimado e se manifeste, o valor total de R\$ 1.200,00. Por outro lado, a execução certamente estará garantida.

Numa segunda situação hipotética, com igual valor executado – R\$ 3.000,00 –, a resposta ao pedido de informações revela os seguintes saldos bancários: R\$ 2.500,00 em uma conta; R\$ 2.000,00 em outra; e R\$ 700,00 numa terceira. Lembrando, mais uma vez, que nem o juiz nem o exequente possuem condições de saber em qual conta/instituição há valores impenhoráveis, mostra-se razoável que o bloqueio seja ordenado mais ou menos assim: R\$ 2.000,00 na primeira; R\$ 1.500,00 na segunda; R\$ 500,00 na terceira. Terá o executado, até que seja intimado e se manifeste, R\$ 1.200,00 livres para garantir sua “sobrevivência”, bem como terá o exequente garantido, no mínimo, a satisfação parcial de seu crédito, ainda que qualquer dos valores seja declarado, ao final, impenhorável.

Vale lembrar que, como hipótese mais provável, o executado (pessoa física) possuirá dinheiro impenhorável em apenas uma conta bancária (decorrente de salário, provento de aposentadoria etc.), no máximo em duas, se considerarmos também uma conta-poupança.

Dessa forma, ao se adotar o procedimento sugerido por Araken de Assis, elimina-se – ou ao menos minorar-se – qualquer alegação no sentido de que o bloqueio múltiplo subtrai os meios de subsistência da pessoa natural e, ao mesmo tempo, se garante a satisfação do crédito, ainda que em grande parte.

Entretanto, em que pese a advertência dada pelo renomado doutrinador, no sentido de ser mais prudente requisitar as informações primeiro para, somente após, realizar-se bloqueio parcial nas contas do executado, a imediata indisponibilidade com bloqueios múltiplos, numa ponderação de valores, parece ser mesmo a medida mais adequada ao que Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 1069) chama de “meio-termo” a ser buscado pelo juiz no caso concreto. Ou seja, o parágrafo 1º do artigo 854 do CPC deve ser interpretado no sentido de não se proibir a multiplicidade de bloqueios, entendendo-se como “indisponibilidade excessiva” aquela que ultrapassa o valor do débito relativamente a cada conta objeto da medida.

Com isso, ganha-se bastante em efetividade e perde-se muito menos em onerosidade, conforme motivos elencados abaixo:

Primeiro, como nem o juiz nem mesmo o exequente tem condições de saber em qual conta bancária há depósito de valores penhoráveis, não é dado ao magistrado, apoiando-se no art. 854, § 1º, do CPC, simplesmente escolher uma ou algumas das contas para manter a indisponibilidade. Assim agindo, estará correndo enorme risco de desbloquear valores penhoráveis e manter bloqueado valor impenhorável. A execução poderá, nesse caso, estar fadada ao insucesso.

Segundo, porque o dinheiro, na ordem preferencial de penhora prevista no art. 835 do CPC, vem em primeiro lugar. Ora, o dinheiro possui evidente “liquidez”. Dinheiro é sinônimo de satisfação imediata do crédito, uma vez que não há necessidade de qualquer ato posterior. Ganha-se tanto em efetividade quanto em celeridade e, até mesmo, em economia. Quando o exequente se satisfaz por meio de dinheiro, a máquina judiciária deixa de ser movimentada, os atos processuais deixam de ser realizados e o processo, em regra, termina mais rapidamente.

Terceiro, pode ser que, mesmo com a realização de bloqueios múltiplos, ainda reste saldo para subsistência do executado. O magistrado determina a indisponibilidade, em cada conta bancária, no exato valor indicado na execução. Eventual diferença, se houver, estará disponível para o executado.

Quarto, ainda que o bloqueio múltiplo deixe o executado sem saldo positivo em suas contas bancárias, será ele imediatamente intimado na forma do § 2º do art. 854. Apenas deixará o juiz de realizar imediato desbloqueio, se abstendo, por conseguinte, de “escolher” uma conta.

Quinto, nada impede que o executado (e se privado de todo o dinheiro que possui depositado, é altamente previsível – e até esperado – que o faça) se antecipe ao procedimento e requeira

ao juiz, comprovando a inexistência de saldo remanescente disponível (ou seja, todo seu dinheiro foi bloqueado), o imediato desbloqueio de valor impenhorável ou mesmo de montante suficiente (desbloqueio parcial) para sua subsistência, que obviamente deve também recair, havendo simultaneamente valores penhoráveis e impenhoráveis, sobre estes - impenhoráveis - (vencimentos, salários, subsídios, remunerações etc.), deixando para garantia da execução os valores que podem ser penhorados, sob pena inclusive de responder por litigância de má-fé ou ter indeferido eventual e posterior pedido de declaração de impenhorabilidade, diante da proibição de comportamento contraditório também no âmbito processual (*nemo potest venire contra factum proprium*).

Sexto, o fato de o executado possuir dinheiro depositado em três ou mais contas bancárias, cada uma delas em valor suficiente para garantia da execução (ou grande parte da dívida), constitui forte indício de que realmente possui condições de satisfazer a obrigação.

Sétimo, pode ser que o executado, mesmo com dinheiro bloqueado, possua outros bens que lhe garantam a subsistência.

Oitavo, basta que o magistrado, imediatamente após o bloqueio múltiplo, determine a rápida intimação do executado para manifestação, acaso este já não tenha se manifestado, por qualquer meio célere disponível, o que geralmente ocorre em questão de dias.

Nono, nos termos do art. 805, parágrafo único, do CPC, incumbe ao executado, ao alegar ser a medida executiva mais gravosa, indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. E não se vislumbra, vale ressaltar, outro ato executivo mais eficaz que a penhora de dinheiro. Cabe ao executado, nesse contexto, aliás, caso tenha dinheiro bloqueado em diversas contas bancárias suas, indicar qual(is) é(são) o(s) valor(es) penhorável(is) e qual(is) o(s) impenhorável(is).

De forma contrária, pende em favor do executado, nessa ponderação de interesses, a suposta onerosidade da medida. Realmente, a medida pode, eventualmente, ser onerosa (caso em que todo o saldo é bloqueado ou reste disponível pequeno valor), porém por pouco tempo. Estará o executado, nesse pequeno espaço de tempo, sofrendo o estritamente necessário para rápida satisfação da obrigação. Proporcionalmente, ganha-se muito em termos de efetividade e perde-se muito pouco em termos onerosidade. Como disse Daniel Amorim (2018, p. 1068), tem o exequente direito à satisfação de seu direito e, no caminho para a sua obtenção, naturalmente criará gravames ao executado.

Então, de forma a elucidar a conclusão a que se chegou, traz-se uma situação hipotética, tendo em mente a pior das situações para o executado.

Suponha-se que a dívida executada seja de R\$ 3.200,00 e o exequente pede ao magistrado a penhora de ativos financeiros do executado (penhora *on-line*) via sistema Bacen Jud, com base no art. 854, *caput*, do CPC. O juiz, então, emite ordem de bloqueio, obtendo a seguinte resposta: bloqueios de R\$ 2.700,00 em conta no banco A, R\$ 1.300,00 no banco B e R\$ 1.500,00 no banco C.

O juiz, ao receber a resposta, ponderando os interesses em jogo, ao invés de deixar bloqueada apenas a quantia total de R\$ 3.200,00, resultante do bloqueio de R\$ 2.700,00 no banco A e R\$ 500,00 no banco B, mantém as três indisponibilidades (já que cada uma delas traz valor inferior ao executado) e determina, com prioridade, a imediata intimação do executado, por seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente, para manifestação no prazo de 5 dias, ao qual cabe comprovar se as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis ou se há indisponibilidade excessiva, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 854.

Ao manifestar-se, o executado pode requerer a liberação do valor comprovadamente impenhorável ou, então, requerer a imediata liberação de montante para sua subsistência ao comprovar o bloqueio de todo o seu ativo financeiro. Cabe ao juiz decidir em seguida, sem mesmo ouvir o exequente, uma vez que no parágrafo 4º do artigo 854 não há essa exigência. Dificilmente, como no caso hipotético, todos os três bloqueios serão de valores impenhoráveis. Certamente, haverá a satisfação da obrigação, ainda que de forma parcial.

Assim agindo, ganha-se muito em efetividade da execução e perde-se pouco em termos de onerosidade (que, aliás, perdurará até a manifestação do executado, o qual pode antecipar-se), chegando-se ao “meio-termo” presente nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e que satisfaz o direito fundamental do exequente à tutela executiva mediante razoável sofrimento do executado, com natural e necessário gravame imposto (NEVES, 2018, p. 1068-1070).

CONCLUSÃO

O art. 854, *caput*, do CPC prevê a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, comumente chamada de penhora *on-line* pelo fato de o juiz se utilizar de sistema eletrônico gerido pelo Banco Central do Brasil, denominado Bacen Jud.

Ao receber do magistrado ordem de bloqueio de valores, quando o exequente não indica conta/agência/instituição para tanto, o sistema encaminha a ordem para todas as instituições financeiras com as quais o executado possui relacionamento. Desse procedimento, surge a possibilidade de múltiplos bloqueios, já que inexistente comunicação entre as instituições financeiras.

De forma a regulamentar o instituto, o parágrafo 1º do art. 854 do CPC estabelece que o juiz, ao receber a resposta, deve determinar o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva no prazo de 24 horas.

Contudo, sopesando-se os princípios aplicáveis ao processo executivo de forma a encontrar um justo equilíbrio, chega-se à conclusão de que a interpretação do referido dispositivo deve ser a de não se proibir a efetivação de múltiplos bloqueios de valores. Isto é, o bloqueio múltiplo de valores em contas bancárias do devedor é medida a ser adotada pelo magistrado com vistas à plena e

rápida satisfação do direito do exequente mediante natural, necessário e razoável gravame ou sofrimento imposto ao executado.

Dentre as justificativas para adoção do bloqueio múltiplo, pode-se destacar: (i) a impossibilidade de juiz e exequente saberem em qual(is) conta(s) bancária(s) há valores impenhoráveis, havendo, então, risco na indicação/escolha de determinada conta e conseqüente desbloqueio das demais antes da intimação do executado; (ii) o fato de o dinheiro estar no topo da ordem preferencial de penhora do art. 835, CPC; (iii) a imediata intimação do executado, que, inclusive, pode se antecipar ao procedimento; (iv) fortes indícios, diante da multiplicidade de bloqueios, de que a parte executada realmente possua condições de saldar a dívida; (v) possibilidade de que, no caso concreto, a medida não prive o executado de sua subsistência; (vi) ônus legal imposto ao executado de alegar ser a medida executiva mais gravosa, indicando outros meios mais eficazes e menos onerosos (art. 805), do qual decorre o ônus de indicar, dentre os valores bloqueados em diversas contas bancárias suas, quais são penhoráveis e quais não o são.

Optando-se, por outro lado, por uma conduta mais comedida, é razoável então que o magistrado primeiro solicite informações sobre saldos bancários do executado, efetuando, na sequência, caso os saldos sejam menores que o crédito, diversos bloqueios parciais. Ao agir dessa forma, a subsistência do devedor não se coloca em xeque e, a execução fica, ao menos, parcialmente garantida, consoante magistério de Araken de Assis (2016, p. 432). Entretanto, o risco de a execução vir a se tornar inefetiva é maior, pois o executado pode “limpar suas contas bancárias a fim de evitar bloqueio judicial, já que o juiz realizará bloqueios parciais em todas as contas, inclusive naquela que pode vir a ser considerada penhorável no final.”

Enfim, o bloqueio múltiplo de valores, com a posterior e rápida intimação do executado para manifestação, faz com que o processo executivo não passe de enganação, constituindo a medida que mais equaliza os princípios da efetividade e da menor onerosidade da execução e que, portanto, mais atende às regras da proporcionalidade e razoabilidade.

A restrição imposta ao executado com a multiplicidade de bloqueios se justifica como forma de proteção ao direito fundamental à tutela executiva, fazendo inclusive com que a atividade satisfativa seja obtida em tempo razoável (art. 4º, CPC).

Aprovado em: 22/5/2019. Recebido em: 25/3/2019.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**: manual da execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 6. Livro eletrônico.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Acesso à informação – Bacenjud**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/aces-soinformacao/bacenjud_faq. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistemas - BacenJud**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/ouvidoria-page/documentos/363-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/bacenjud/duvidas-frequentes-bacenjud/13071-duvidas-frequentes-bacenjud>. Acesso em: 24 mar. 2019.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

Thiago de Souza Melo

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá - FIJ.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS.

Servidor Público do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul - TJMS.

thiago.souzatjms@hotmail.com

O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Tiago Carneiro Rabelo

THE ELECTRONIC JUDICIAL PROCESS IN THE COURT OF JUSTICE OF THE FEDERAL DISTRICT AND OF THE TERRITORIES

RESUMO

Este artigo tem por escopo realizar uma análise que atravessa o Poder Judiciário, no tocante a sua informatização, por meio do estudo da Lei 11.419 de 2006 (Lei de informatização do processo judicial), que desenvolveu um novo paradigma processual com a inflexão de procedimentos eletrônicos aliado aos recursos tecnológicos, em especial nas citações, intimações e na tramitação processual por meio da rede mundial de computadores. Para tanto, será feita uma contextualização legal com o marco histórico da implantação do sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, com vistas ao aprimoramento do acesso à justiça, da celeridade processual e da sustentabilidade.

» **PALAVRAS-CHAVE:** INFORMATIZAÇÃO. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. ACESSO À JUSTIÇA. SUSTENTABILIDADE. TECNOLOGIA.

ABSTRACT

This article proposes an analysis into the judicial power, regarding its computerization, based on the study of Law 11.419/06 (Law on computerization of judicial process), which developed a new procedural paradigm by changing electronic procedures coupled with technological resources, more specifically in citations, subpoenas and in judicial proceedings through the World Wide Web. For this purpose, a legal contextualization with the Judicial Electronic Procedure System's historical framework, of the National Council of Justice, will be done, within the scope of the Federal District Court, in order to improve access to justice, procedural speed and sustainability.

» **KEYWORDS:** INFORMATIZATION. ELECTRONIC JUDICIAL PROCEDURE. ACCESS TO JUSTICE. SUSTAINABILITY. TECHNOLOGY.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como escopo a análise de novo modelo de tramitação dos autos processuais, com o advento de recursos disponíveis para a informatização do processo judicial dentro do Poder Judiciário. A inovação provocada pelo Judiciário, utilizando-se de uma nova ferramenta de trabalho no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), foi proporcionada por um ambiente de mudanças tecnológicas, que exige dos profissionais do direito o desenvolvimento de novas habilidades para atuar em um sistema de automação dos processos judiciais.

A ideia para a modernização do processo judicial e do Judiciário foi iniciada por meio de uma sugestão legislativa proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), em 2001, encaminhada à Câmara dos Deputados que deflagrou o Projeto de Lei 5.828 de 2001, versando so-

bre a informatização do processo judicial, introduzindo a possibilidade de aplicação das novas tecnologias em razão de inúmeras funcionalidades sistêmicas.

O projeto, ainda, ratificava parte do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, documento elaborado em conjunto pelos três Poderes da República, com diretrizes para o aprimoramento do Poder Judiciário, prevendo a necessidade da informatização de suas atividades.

O instrumento legislativo possuía como justificativa-base uma das inúmeras questões graves que sempre atingiu o Poder Judiciário: o excesso de tempo necessário para o cidadão receber um provimento jurisdicional, em razão da morosidade no trâmite processual, além da falta de informação dos andamentos processuais. Dessa maneira, a informatização do processo judicial, por meio da ferramenta “Processo Judicial Eletrônico” (PJe), é uma das iniciativas que promovem a modernização do Poder Judiciário e foi o primeiro passo para um verdadeiro avanço tecnológico.

Outrossim, já existiam leis prévias que fomentavam a ideia da transmissão dos dados de forma eletrônica, no entanto nenhuma delas havia proposto um processo integralmente eletrônico. Como temos na Lei 8.425 de 1991 (que autorizava a utilização de meio eletrônico para a prática do ato processual), Lei 9.800 de 1999 (que autorizava a transmissão de dados e imagens em meio eletrônico) e a Lei 10.259 de 2001 (que permitiu a utilização de sistemas informáticos para a recepção de peças processuais).

O marco legal para a transformação do sistema judiciário brasileiro, por meio da Lei 11.419 de 2006, conhecida como a Lei de Informatização do Processo Judicial, ou mais comumente como Lei do Processo Eletrônico, viabilizou a transformação dos “autos físicos” para os “autos digitais”. Para tanto, exigiu-se uma série de requisitos necessários que serão detalhados nesse estudo, tais como: a identificação e a assinatura eletrônica dos usuários, em obediência à Medida Provisória 2.200-2/2001, as comunicações eletrônicas – citação e intimação – bem como demais alterações procedimentais no trâmite processual.

Ao longo da concepção do Estado Liberal, o acesso à justiça se revestia de caráter formal, isto é, garantia-se o ingresso ao Poder Judiciário para quem pudesse custear. Assim, tal ação não era defendida pelo Estado. No entanto, não poderia ser mitigado ou inviabilizado, conforme entendimento de Cappelletti e Garth:

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não se permite que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 9).

Em tal contexto evolutivo, o conceito de acesso à justiça que foi adotado pelos Estados modernos em suas Constituições se reveste da devida proteção, conferida a todos os cidadãos, independentemente da condição social ou do direito material, segundo esclarece Marinoni:

As Constituições do século XX procuram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou

a ser focalizado como “direito de acesso à justiça”, tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado (MARINONI, 2008, p. 185).

Portanto, em razão da inovação de um processo eletrônico, que é um instrumento de efetivação dos direitos, a legislação deverá observar as garantias processuais, que viabilizam o acesso à justiça aos jurisdicionados, assegurando também o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, em homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça.

Não obstante, a regulamentação interna poderá ser editada, no que couber, pelos órgãos judicantes, com fundamento no artigo 18 da Lei 11.419 de 2006: “Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências”. Nessa toada, cabe a cada Tribunal adequar a sua modernização e regulamentar o uso de meios tecnológicos, desde que obedeçam aos princípios supramencionados.

Em complemento, segundo o Código de Processo Civil de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os Tribunais são responsáveis pela edição de atos que regulem o processo eletrônico e que incorporem novas tecnologias a serem utilizadas no rito processual, a saber:

Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.

O legislador percebeu a necessidade de atualizar os procedimentos judiciais, com o uso dos avanços tecnológicos disponíveis, para conferir eficiência no deslinde processual. Buscou-se, também, a redução de custos para o erário, com a melhoria do aparelho estatal; gerou-se maior eficiência do serviço jurisdicional, com o desuso do papel; bem como conferiu-se eficiência no gasto público, com a utilização de sistemas de códigos abertos – sem uso de licenças privadas e pagas – e que se comunicam.

O sistema eletrônico denominado PJe, oriundo do CNJ, ao proporcionar acesso instantâneo e permanente aos autos digitais, possibilita, ainda, a desnecessidade de deslocamento até o fórum pelas partes, advogados, servidores ou até magistrados, visto que todos podem exercer seu mister à distância, em virtude deste novo desenvolvimento processual, caracterizado pela ubiquidade e disponibilidade do processo.

Nesse sentido, existem inovações tecnológicas e sociais inerentes à vida moderna, como bem destaca o ilustre Professor Wolfgang Hoffmann-Riem, *litteris*:

“A questão da importância da inovação tem sido comumente levantada somente em termos de inovações tecnológicas, em que ela é igualmente essencial. Contudo, para a viabilidade futura das sociedades, não são apenas importantes inovações tecnológicas que são significativas, mas também as inovações sociais. Habilidades específicas são necessárias para o desenvolvimento de novas formas e estratégias para resolver problemas, tais como renovados modelos organizacionais, estilos de vida, sistemas de valores, e inovadores rearranjos para a solução de dificuldades e problemas. São importantes, também, as transformações nas estruturas, no desenvolvimento de novos padrões e estratégias de ação ou a transformação de atitudes. Incluídos também devem ser os novos caminhos para a produção de conhecimento ou sua relação com o desconhecido, com a ignorância. (...) As inovações sociais são igualmente importantes para a implementação de inovações tecnológicas. A relação com as inovações na tecnologia – como as vinculadas aos computadores e

internet em geral – precisa ser apreendida, pois especialmente as pessoas mais idosas têm problemas com elas. São exemplo da necessidade de interação entre as inovações tecnológicas e as inovações sociais, o teletrabalho e o telediagnóstico médico. Essas inovações, para ser aplicadas, necessitam ser socialmente aceitas pelas pessoas envolvidas para assim poder gerar seus benefícios.” (MENDES; SARLET; COELHO, 2015, p. 16).

O processo eletrônico, também chamado processo digital, processo virtual ou autos digitais, revolucionou o tradicional mundo dos processos físicos/analógicos, além de facilitar a marcha processual. Além disso, proporcionou alteração, em termos procedimentais, no acesso à justiça, em razão da sua virtualidade, e provocou o início da desmaterialização do Poder Judiciário (*e-judiciary*), em especial destacasse sua implementação no âmbito do TJDF.

1 A LEI 11.419 DE 2006, A MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL E A APLICAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

A edição da Lei 11.419 de 2006, que informatizou o processo judicial, transformou o paradigma de trabalho para todos os profissionais do direito, e representa um verdadeiro “antes e depois” do Poder Judiciário. A referida Lei foi estruturada em quatro capítulos, a saber: da informatização do processo judicial; da comunicação eletrônica dos atos processuais; do processo eletrônico e das disposições gerais e finais.

Primeiramente, a implementação da informática eliminou o papel e reduziu as atividades burocráticas. Tanto o peticionamento quanto as comunicações passaram a ser expedidos em formato eletrônico e formalizados, inclusive, nos finais de semana e feriados, ante uma nova forma de apresentação processual, porquanto o processo se tornou ubíquo para os sujeitos processuais.

No entendimento de Abrão, essa nova ferramenta de trabalho deve também vir aliada a uma mudança de pensamento, em prol da modernidade no Judiciário, que pode também se usufruir dos aspectos tecnológicos, conforme explicitado:

Fruto de longo trabalho inspirado na Revolução Tecnológica em andamento, representa o processo eletrônico a modernidade inerente à constante inovação. Escapa da percepção laica o mecanismo abraçado em detrimento da efetividade jurisdicional; no entanto, sempre que for plausível e palpável, deverá o juízo sancionar mediante de má-fé, multa e também por meio de perdas e danos. A composição do processo eletrônico perpassa o caminho lógico, no entendimento entre a conversação, seu acesso, e a definição rápida da lide. Fundamental, portanto, nessa etapa, sublinhar a rápida conscientização e a modificação do pensamento, na dinâmica da modernidade, cujo desafio se chama processo eletrônico (ABRÃO, 2017, p. 98).

No primeiro capítulo da Lei 11.419 de 2006, foi estabelecido que a transmutação dos processos do formato físico para o digital é aplicável indistintamente aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. Assim, todos os 91 Tribunais brasileiros possuem a iniciativa de ter um sistema eletrônico de automação judicial, inclusive nas Cortes extraordinárias.

Não obstante, uma vez aplicado e implementado o processo judicial, há alteração quanto aos prazos processuais, porquanto a lei autoriza que sejam praticados até às 24h do seu último dia, para serem atestados pela tempestividade, conforme artigos 3º e 10. Distinguindo-se, dessa maneira,

do próprio horário do expediente forense, que pode ser diferenciado dentro de um mesmo Estado. Logo, o peticionamento tempestivo é aquele realizado com base no horário do município onde se estabelece o juízo e não do local onde se encontra o advogado.

No tocante às citações, intimações e notificações, tratados no capítulo segundo, a Lei consigna a possibilidade desses atos serem realizados de forma eletrônica, salvo no caso específico da citação em Direito Penal e infracional. Dessa forma, tanto o réu acusado como o menor que praticou ato infracional devem receber o mandado de citação de maneira física.

A tradicional intimação por meio do Diário de Justiça, prevista na referida Lei em seu artigo 4º, possibilitou a criação de diários de justiça eletrônicos para divulgação de atos administrativos e judiciais, inclusive, no tocante aos processos judiciais eletrônicos, substituindo outros meios de divulgação para todos os efeitos legais. Confira-se:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

Por sua vez, o artigo 5º da Lei 11.419 de 2006 estabelece que as intimações serão feitas por meio eletrônico, em portal próprio, aos advogados ou partes cadastradas – conforme artigo 2º –, dispensando-se, nesses casos, as publicações no órgão oficial, inclusive em meio eletrônico. Segue seu teor:

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo. (grifo nosso)

A auspiciosa intimação por meio eletrônico, com espeque no artigo 5º, § 3º, foi uma excelente inovação legislativa, pois criou uma nova forma de intimação, além da tradicional e já realizada pelo Diário de Justiça eletrônico. Ressalta-se, ainda, a intimação “via sistema” ou em portal próprio, a qual poderá ser realizada dispensando-se, inclusive, a publicação no órgão oficial.

Desse modo, havendo possibilidade de intimação das partes por meio do Diário de Justiça Eletrônico e de meio eletrônico (via sistema), qual deve prevalecer? Vale dizer: a contagem de prazo, de um mesmo ato, deve ter como referência a data da publicação no portal de intimações ou no DJ-e? Afinal, na eventualidade de ocorrer a duplicidade procedimental de intimação pelo Tribunal, é possível que a contagem de prazo seja distinta para a parte, gerando insegurança jurídica.

Isso porque a fluidez do prazo após a disponibilização da decisão, sua publicação e contagem a partir do primeiro dia útil, regra definida pela intimação ordinária no diário eletrônico, poderá ser diferente da estabelecida pela ciência do ato em razão da intimação “via sistema”.

Com o propósito de esclarecer a questão, eis que pode ensejar, em princípio, um aparente conflito normativo, e por óbvio procedimental, é de se tecer algumas considerações sobre a ambigui-

dade de prazos, bem como realizar uma análise detida da Lei. Ressalvado, *in casu*, que Tribunal está autorizado a disponibilizar em Diário de Justiça eletrônico próprio os seus atos, inclusive os judiciais.

Nos termos da Lei 11.419 de 2006, artigo 4º, §§ 3º e 4º, considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização do ato no Diário de Justiça eletrônico, iniciando o prazo processual no primeiro dia útil que seguir.

De outro lado, o artigo 5º, § 3º, da mesma Lei, representa uma funcionalidade que otimiza as comunicações jurídicas dentro do próprio PJe (sistema disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça) ou qualquer outro sistema judicial eletrônico, o que confere uma vantagem para todos os usuários, conforme § 1º, prescindindo, neste ponto, da disponibilização e publicação em Diário da Justiça.

A previsão da intimação por meio eletrônico, ora denominada intimação “via sistema”, será realizada às partes que manifestarem interesse nesse sentido, bem como aos patronos em geral ou aos demais interessados na lide. No âmbito do TJDF, há um exemplo prático: os órgãos públicos como a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Procuradoria de Estado, bem como diversas empresas privadas, são intimados “via sistema”, o que traz celeridade na comunicação judicial, com forma simples e, inclusive, econômica.

Dessa forma, fica evidente que há possibilidade de intimação via Diário de Justiça eletrônico, ou ainda, por via eletrônica aos que se cadastrarem. No entanto, embora a intimação dos advogados seja realizada por meio do Diário de Justiça no TJDF, trata-se de um aresto que vislumbra a *mens legis*, no tocante à intimação por ciência inequívoca da decisão judicial, *litteris*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO. PROVIMENTO. PARTE AGRAVADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO TRÂNSITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR PARA CONTRARRAZÕES. VÍCIO INEXISTENTE. NULIDADE INFIRMADA. PROCESSO EM AMBIENTE ELETRÔNICO. FÓRMULA DE INTIMAÇÃO ESPECÍFICA PARA O AMBIENTE PROCESSUAL ELETRÔNICO. DISPONIBILIZAÇÃO ELETRÔNICA. CADASTRAMENTO DO PATRONO. PRESSUPOSTO PARA MANEJO DO INSTRUMENTO ELETRÔNICO. DISPENSA DE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. CONTAGEM DO PRAZO. OBSERVÂNCIA. ACESSO AO MEIO ELETRÔNICO. INÉRCIA. PRESUNÇÃO APÓS O DECURSO DO PRAZO. VÍCIO PROCESSUAL INEXISTENTE. EMBARGOS DESPROVIDOS. 1. Como forma de preservação do devido processo legal substancial, é admissível o manejo de embargos de declaração volvidos ao reconhecimento de vício processual havido no trânsito do recurso que afetara o contraditório e o direito de defesa resguardados aos litigantes, podendo, inclusive, serem agregados de efeitos rescisórios se efetivamente detectada a lacuna procedimental denunciada como forma de, prestigiando-se a celeridade e a segurança jurídica, ser restabelecida a higidez do processo como forma de realização do direito material. 2. A transmutação do processo do ambiente físico para o ambiente virtual, ensejando a criação do Processo Judicial Eletrônico - PJe, implicando considerável mudança de paradigma na formatação e materialização dos atos processuais, deriva de previsão legal coadunada com a evolução tecnológica e social, consubstanciando fórmula de compatibilização da prestação jurisdicional com a celeridade e instrumental oferecido pela tecnologia, a fim de viabilizar economia de recursos materiais e humanos. 3. Segundo o legislador processual, as intimações serão realizadas, sempre que possível, pela via eletrônica, na forma da lei (CPC, art. 270), que, a seu turno, está materializada na Lei nº 11.419/06, que instituiu e regulara o processo judicial eletrônico, prescrevendo que as intimações serão realizadas pela via eletrônica mediante encaminhamento do ato ao portal eletrônico, que direcionará o chamamento aos advogados mediante vinculação ao correlato processo, devendo os patronos, de sua parte, para atuarem no processo eletrônico, estar previamente cadastrados (arts. 1º e 5º). 4. Sob a nova disciplina legal, o ato judicial é endereçado ao portal eletrônico e direcionado aos advogados destinatários, que devem estar previamente cadastrados, implicando o aperfeiçoamento da intimação e demarcação do prazo correlato a consulta realizada pelo destinatário, ressalvado que, se realizada em

dia não útil, o prazo somente fluirá no primeiro dia útil subsequente, e que, expirado o interstício de 10 (dez) dias corridos sem consulta, contados da data do envio da intimação, considerar-se-á automaticamente realizada a intimação ao término do prazo, quando começará a fluir o prazo processual (Lei nº 11.419/06, art. 5º; Portaria Conjunta TJDF nº 53/2014, arts. 6º, 20 e 22). 5. Transitando o processo em ambiente eletrônico - processo judicial eletrônico -, determinando que as intimações sejam realizadas na formatação estabelecida para esse meio processual, a constatação de que houvera a cientificação da parte para contrariar o recurso formulado em seu desfavor na forma exigida pela normatização vigorante torna inviável o reconhecimento de nulidade, em sede de embargos de declaração, sob o prisma da desconsideração do ato, com a invalidação do julgado que se seguira, pois emergira na conformidade com o devido processo legal. 6. Embargos conhecidos e desprovidos. Unânime (BRASIL, 2017a).

Assim, ultrapassada essa questão relativa à possibilidade de procedimentos intimatórios cabíveis, retorna-se à questão dos prazos, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde houve o enfrentamento da questão quanto à duplicidade de intimação, o que gerou uma mudança de entendimento na 3ª Turma. O voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi acompanhado de forma unânime, cuja ementa foi lavrada assim:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/2015. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA PRECEDIDA DE INTIMAÇÃO NO DJE. CONTAGEM DE PRAZO. PREVALÊNCIA DA INTIMAÇÃO ELETRÔNICA. EXEGESE DO ART. 5º DA LEI 11.419/2006. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra por meio de portal eletrônico. 2. “As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico” (art. 5º, ‘caput’, Lei 11.419/2006, sem grifos no original). 3. Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015. 4. Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica. 5. Tempestividade do recurso, na espécie. 6. AGRAVO INTERNO PROVIDO (BRASIL, 2017b).

Em síntese, com base no julgado do STJ, o voto ilustra o entendimento equivocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (*a quo*) em preferir o Diário de Justiça à intimação eletrônica. Ao analisar o caso, o Ministro asseverou não haver ainda jurisprudência consolidada naquela Corte Superior e mudou o entendimento, dirimindo o conflito dos efeitos das intimações, optando pela prevalência da intimação via portal (“via sistema”), sendo acompanhado à unanimidade pelo colegiado.

Entende-se, também, por esta prevalência, porquanto fica evidente no artigo 5º a possibilidade de dispensa da publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. Coaduna-se, portanto, com as regras do artigo 270 do Novo Código de Processo Civil (“As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.”).

Na esteira desse novo entendimento, proferido pela Terceira Turma do STJ, houve o reconhecimento da tempestividade de agravo em recurso especial apresentado após intimação via sistema no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recordar-se, ainda, que, embora o processo judicial tramite de forma eletrônica, o prazo em dobro ainda persiste para o Estado e para a Defensoria Pública, porém eliminou-se essa prerrogativa para os procuradores diversos em caso de litisconsórcio passivo, pois os autos digitais estão sempre disponíveis para consulta.

Conclui-se, primeiramente, que a identificação dos procedimentos e, principalmente, a padronização das intimações, muito bem adequada pelo STJ nesta hipótese, será uma das grandes vantagens na adoção do modelo eletrônico de tramitação dos processos judiciais.

No âmbito do TJDF, os membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Procuradoria de Estado, ou empresas privadas que manifestem interesse, serão intimados por meio eletrônico, em “portal próprio”, corroborando a Lei do Processo Eletrônico com o que preconiza o artigo 246, § 1º, do CPC de 2015, a saber:

Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

Assim sendo, o processo judicial eletrônico, ao proporcionar acesso instantâneo e permanente aos autos digitais, fomenta, ainda, a desnecessidade de deslocamento até o fórum dos profissionais do direito, inclusive inaugurando a possibilidade do teletrabalho para todos os usuários internos e externos, em virtude deste novo paradigma processual.

Em larga medida, todos os atores envolvidos nas demandas judiciais devem estar aptos às essenciais mudanças de trabalho advindas das novas tecnologias disponíveis. Verifica-se, dessa maneira, diversas alterações no trato procedimental do processo por meios dos artigos 8º, 9º e 10 da Lei 11.419 de 2006, a ver:

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

§ 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

Cumprido salientar que a elaboração e construção de um sistema de “autos digitais” está na peculiaridade de cada Tribunal especializado poder desenvolver o seu funcionamento, com os respectivos fluxos e funcionalidades, de modo a garantir a autonomia do processo judicial eletrônico em qualquer seara, visto que trâmites da justiça trabalhista são distintos do ramo militar ou do eleitoral, por exemplo.

Entretanto, há que se observar a Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419 de 2006) e as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, visto que é vedada a aquisição de licenças de software pelos tribunais, a fim de assegurar a segurança e a economicidade do sistema, a restrição de usabilidade ao Poder Judiciário.

De outra banda, a implementação da informatização do processo judicial enseja precauções de modo a garantir a efetiva segurança nas informações inseridas nos autos digitais. Os dados pessoais e as informações agora estão dispostos em arquivos digitais, inclusive em documentos em áudio e vídeo (o processo eletrônico tem por característica a hiperrealidade), sendo eles de qualquer natureza jurídica, a saber: por alguma investigação criminal, por questões familiares, ou mesmo em questões trabalhistas. Ressalte-se que seja qual for a natureza jurídica das informações, todas devem ser ponderadas à luz do princípio constitucional da publicidade.

Assim, caso não haja deliberação judicial em sentido contrário, o acesso deve continuar sendo público e disponível para sociedade, respeitando as questões privativas de sigilo e/ou segredo de justiça. Nesse viés, os sistemas judiciais eletrônicos devem resguardar tanto a publicidade dos atos tanto quanto os direitos da personalidade, da intimidade e da vida privada.

Em reforço, confira-se o teor do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, trazido por meio da Emenda 45 de 2004, que trata do princípio da motivação:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A Lei 11.419 de 2006 foi alterada em virtude da edição da Lei 13.793 de 2019, que modificou também o Código de Processo Civil e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Mais especificamente, quanto ao processo eletrônico, a nova lei alterou o § 6º e inseriu o § 7º, ambos do artigo 11, seguem os novos dispositivos:

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitem em segredo de justiça.

§ 7º Os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

Na concepção original, o processo eletrônico deveria estar somente disponível, na rede externa, para as partes e o Ministério Público. No entanto, os advogados tiveram dificuldades em acessar os autos digitais em diversos Tribunais brasileiros, encontrando barreiras, como a exigência de procuração para acessar um processo, que via de regra é público, salvo por determinação legal ou judicial de sigilo ou segredo de justiça.

O Estatuto da OAB e o Código de Processo Civil garantem o acesso a qualquer processo judicial por advogado regularmente inscrito na OAB, independentemente de estar munido de procuração. Logo, havia um aparente conflito de normas, o que resultou na edição da Lei 13.793 de 2019, trazendo maior segurança jurídica à prerrogativa do advogado de acessar qualquer processo, independentemente de procuração, notadamente no que tange aos processos eletrônicos.

A nova lei ratificou, em seu § 7º, que os advogados, procuradores e membros do Ministério Público possam, para fins de registro, consultar quaisquer processos que tramitem e estejam armazenados em meio eletrônico, desde que cadastrados nos sistemas, ressalvando o acesso aos autos que estejam sob sigilo de justiça.

Esclarece-se ainda, que a Resolução 185 de 2013 – CNJ trata do tema, bem como diversas Portarias de Tribunais que exigem a adequada utilização de certificado digital e o uso de meio eletrônico seguro, para aquele tipo de consulta. Não obstante, também é garantido aos cidadãos a consulta pública e a conferência de atos proferidos pelos magistrados com base na Resolução CNJ 121 de 2010, cuja efetividade é garantida por meio da lei que inova ao inserir o processo judicial eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, a produção dos atos judiciais em meio eletrônico, tais como a citação, intimação e notificações, bem como as suas respectivas publicações, regulamentadas pela lei em questão, são garantidos aos interessados por diversos meios de consulta, assegurado, assim, o respeito ao princípio constitucional da publicidade.

Diante do exposto, conclui-se que, na medida em que se buscou uma efetiva e necessária projeção da informática e de seus recursos tecnológicos no Poder Judiciário, fica evidente, ainda com o uso de menos de 10 anos, que esta experiência demonstra sucesso no trâmite processual, conferindo celeridade, economicidade e efetiva sustentabilidade aos órgãos jurisdicionais e aos demais atores processuais, inclusive para o cidadão que pode acompanhar pela internet e pelos aplicativos o seu processo, com maior transparência.

Destaca-se, por fim, que as autoridades judiciárias devem promover estudos entre o Direito e a Informática e realizar incremento desses resultados no plano estratégico dos Tribunais, em razão do atual volume de petições apresentadas eletronicamente, bem como assegurar equipamentos para a segurança das redes de informática, em atenção à nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709 de 2018), inclusive na coleta, processamento e armazenamento de dados.

Para reflexão, quando e como utilizar a inteligência artificial (IA) no Direito? Esta tecnologia, de forma inicial, pode ser conceituada como programa matemático de análise e otimização de dados (almejando a racionalidade humana), disponível e em crescimento exponencial, graças a redução de custos operacionais, a ser desenvolvida de imediato para auxílio no trato dos processos judiciais repetitivos ou sob análise da repercussão geral. Em todo o Brasil, estima-se a quantidade de feitos na ordem dos 100 milhões, segundo dados coletados pelo CNJ, conforme o programa Justiça em Números.

Exige-se, em última análise, um novo pensar no uso das novas tecnologias aplicáveis ao processo eletrônico e, por fim, no Direito, sem ceticismo ou melindres, por meio das novas tecnologias, com maior destaque para inteligência artificial e *blockchain* (tecnologia disruptiva, desmaterializada, virtual, além de internacional). Entende-se que os programas judiciários devem ser alimentados para

produzir decisões e razões de decidir, de maneira natural, sendo um poderoso caminho a ser seguido, sem deixar o ser humano de lado. Este é o grande desafio, pois existe uma desmaterialização do Poder Judiciário, que tem suas atribuições redefinidas, nesta quarta revolução industrial vivenciada, sem deixar de incluir competências de servidores e magistrados, para que possam construir um verdadeiro TJDF 4.0, mais eficiente e simplificante da vida dos jurisdicionados.

2 DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO TJDF

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) realizou um convênio, em 2013, com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão constitucional e administrativo que centraliza as ações destinadas a uma futura padronização de sistemas de automação para todo o Poder Judiciário. Para concretizar esta implementação, passou a adotar o sistema de automação denominado “Processo Judicial Eletrônico” (PJe).

O desenvolvimento do projeto de informatização do processo judicial foi regido, em especial, pela Resolução CNJ 185 de 2013, que regulamentou o sistema PJe no âmbito do Poder Judiciário. Ademais, a Resolução estabeleceu as diretrizes do sistema de processamento de informações, além da prática de atos processuais, de casos de instabilidade e das funcionalidades do sistema responsáveis pela otimização do trâmite processual.

Por fundamento, a transição do processo físico para os autos digitais tem por espeque a já mencionada Lei 11.419 de 2006, a Lei 13.793 de 2019 e o Código de Processo Civil de 2015. A estruturação do processo judicial eletrônico, no âmbito dos Tribunais estaduais, além de ser sistematizada pelo CNJ, conta com a previsão de criação de comitês locais para avaliação e coordenação do projeto, incluindo também um cronograma a ser cumprido a partir da sua implementação.

Em razão disso, foi criado um grupo gestor local, nos moldes do que existe no próprio CNJ, o qual detém o Comitê Gestor Nacional, responsável pelas diversas implementações nos Tribunais estaduais, bem como o de homologar e publicar as novas versões do sistema. O Comitê, no âmbito do TJDF, coordenado inicialmente pelo saudoso Desembargador Flavio Rostirola, contempla participação direta de Juízes e servidores envolvidos na implementação do PJe, além de contar com a presença de membros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/DF), da Defensoria Pública (DP/DF), do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) e demais interessados.

Para tanto, em princípio, houve a regulamentação do uso do sistema eletrônico (Processo Judicial Eletrônico – PJe), por meio da Portaria Conjunta 53, de 23 de julho de 2014, que dispõe sobre a tramitação do processo judicial eletrônico no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF.

Com efeito, ao longo da implementação nas serventias de Primeira Instância, bem como na Segunda Instância, foram editadas normas a fim de conferir um salto qualitativo na tramitação processual, com destaque para as seguintes instruções normativas: Portaria Conjunta 41 de 2016 (dispõe sobre os casos de indisponibilidade do sistema); Portaria Conjunta 85 de 2016 (regulamenta o cumprimento de sentença nas unidades em que foi implementado o PJe); Portaria Conjunta 99 de 2016 (dispõe sobre a digitalização dos processos físicos para o PJe); Instrução Conjunta 1 de 2016 (trata sobre a distribuição do PJe na Segunda Instância); Provimento 12 de 2017 (regulamenta o PJe no âmbito das unidades jurisdicionais da Primeira Instância), dentre outras normas internas que aprimoraram a utilização do sistema para todos os usuários.

Dessa maneira, o marco da mudança de paradigma (do analógico para o digital) e da desmaterialização do processo judicial ocorreu no dia 25 de julho de 2014, no âmbito do TJDF, com o fito de alcançar os benefícios advindos da substituição da tramitação de autos em meio físico pelo meio eletrônico, objetivando a celeridade na prestação jurisdicional, além de conseguir promover economicidade dos recursos com a eliminação de atividades burocráticas, conferindo eficiência ao erário, alcançando, ainda, a sustentabilidade, porquanto foi reduzido o consumo de material.

Em atenção ao cronograma estratégico do TJDF – com previsão de implementações de 2014 a 2019 – o sistema PJe foi customizado pela Secretaria Especial do PJe, homologando-se a versão inicial (1.0) como um projeto piloto, disponibilizado inicialmente aos sete Juizados Especiais de Brasília/DF, o que gerou bastante expectativa nos demais juízos, diante da eliminação de inúmeras atividades cartorárias (cargas/remessas, autuação e juntadas) e da maior qualidade da prestação jurisdicional, em virtude da ubiquidade promovida pelo processo eletrônico aos usuários internos e externos.

Outrossim, com a utilização do PJe, percebeu-se que a tramitação é mais transparente, pois, com a distribuição pelo advogado, já se possui – de imediato – a data e a hora da audiência de conciliação no CEJUSC, dos Juizados Especiais Cíveis, localizado no Fórum Leal Fagundes. Trata-se de algo inédito para a comunidade dos advogados, os quais de forma remota, sem se deslocar ao Fórum, passaram a deter dados sobre audiências, consultar os autos digitais (de forma permanente) e ter a possibilidade de peticionar por meio da internet. Caso da petição inicial conste pedido de tutela de urgência, há funcionalidade que encaminha o processo diretamente ao gabinete do magistrado, conferindo celeridade.

Outro exemplo, *interna corporis*, foi a primeira sentença proferida no processo eletrônico, emanada do 6º Juizado Cível de Brasília/DF, ocorrida aproximadamente 21 horas depois da distribuição do feito. A ação tratava de uma ação de execução de título extrajudicial, cuja exordial não preenchia os requisitos legais para seu trâmite no microsistema dos Juizados Especiais.

Em consulta ao sítio do TJDF, tem-se que a implementação do processo eletrônico promoveu economia em razão da redução do consumo de material de escritório, tais como: resmas de papel, capas de processo, caixas de arquivo, canetas e demais recursos necessários para autuação dos processos físicos. Segundo dados da Coordenação de Gestão Socioambiental, ficou demonstra-

do que as serventias usuárias do PJe deixaram de consumir, de imediato, 36% a menos de material, em comparação com as varas que ainda não se utilizam desse sistema de automação, o que resulta diretamente na promoção da sustentabilidade e na melhoria do meio ambiente.

Destaca-se, ao longo de dois anos da implementação, em 2016, o balanço realizado e a avaliação da utilização do sistema no âmbito do Tribunal:

Desde sua implantação, foram distribuídos 127.145 processos eletronicamente, sendo 119.052 só na 1ª Instância. Destes, 83.607 já foram julgados, o que corresponde a 70% dos feitos. Também foram realizadas, pela internet, 50.478 petições iniciais e 288.582 petições intermediárias - o que demonstra que a celeridade processual e a facilidade para advogados e partes têm sido comprovadas ao longo desses dois anos.

Outro importante benefício trazido com a implantação do processo eletrônico é, sem dúvida, a redução de despesas. Neste período, o TJDF computou R\$ 626.398,97 de redução de custos com material (caixa para arquivar processos, capas, grampos, plástico, etiquetas) papel, impressão e uso dos Correios. Só para se ter uma ideia, com o PJe, deixaram de ser enviados, via Correios, 37 mil intimações dos 34 órgãos julgadores; foram economizadas 11 toneladas de papel e poupadas 220 árvores (BRASIL, 2016).

A medida que o sistema PJe foi sendo implementado nas serventias de natureza cível do Distrito Federal, tais como Varas Cíveis, Varas de Fazenda Pública, Varas de Família e de outras naturezas, como a Vara de Precatórios e a Vara de Acidentes Previdenciários, demonstrou-se que o projeto têm sucesso por promover vantagens aos servidores e magistrados, que, após treinamento realizado por meio da Escola de Formação Judiciária, tiveram acesso às informações necessárias à atuação exitosa do PJe. Tornou-se, dessa maneira, uma iniciativa de sucesso para todo o TJDF, conforme ilustração abaixo, com avaliação realizada em 2018:

Desde que começou a ser implantado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF em julho de 2014, o Processo Judicial Eletrônico - PJe foi responsável pela distribuição ou tramitação de mais de 790 mil feitos. De lá para cá, o PJe já possibilitou uma economia de mais de R\$ 7 milhões em materiais como capas, papel, plásticos, grampos, etiquetas, impressão e com Correios.

O PJe está sendo implantado paulatinamente no Tribunal e hoje funciona em 75% das unidades judiciárias de 1º e 2º graus. Até o final deste ano de 2018, deverá chegar a todas as unidades da Casa. Atualmente, são recebidos cerca de 900 novos processos eletrônicos por dia (1,6 por minuto), o que equivale a mais de 70% dos os feitos distribuídos no TJDF. Do total de processos em PJe, mais de 103 mil foram digitalizados, tanto no 1º como no 2º grau de jurisdição. A cada mês, são juntados aos autos digitais mais de 1,3 milhão de documentos eletrônicos. Todos os dias, o sistema recebe mais de 12 mil usuários diferentes e 50 mil acessos são feitos para realização de consultas e movimentações processuais. Atualmente, já existem mais de 77 mil advogados cadastrados, atuando ativamente nos processos eletrônicos (BRASIL, 2018c).

Com o aprimoramento do sistema pelos usuários e pelo próprio CNJ, foi homologada uma nova e atual versão do sistema, denominado de PJe 2.0, sendo o TJDF o primeiro Tribunal a disponibilizar aos advogados e usuários internos. Esta nova versão possui uma interface mais moderna, com implementação de novas tecnologias, por exemplo o PJe Office, que permitiu acesso dos autos digitais em celulares, televisores e demais dispositivos móveis. Utiliza-se, atualmente, para serventias cíveis, inclusive as criminais, a versão 2.1 do PJe, customizada pelo CNJ e com maior usabilidade que as versões anteriores.

Destarte, diante de um ambiente tecnológico, com constantes mudanças sociais, a efetivação do processo eletrônico é o primeiro passo para construir e desenvolver novas habilidades para os servidores, magistrados, advogados e, principalmente, para o jurisdicionado, que deve possuir

conhecimento de novas ferramentas para a inclusão forense no mundo digital, tais como o aplicativo o QR Code disponível para o acesso aos autos digitais.

Registre-se a existência no Tribunal de salas de atendimento presencial disponibilizadas aos advogados e a pessoas com mais de 60 anos, em obediência aos preceitos legais da Resolução CNJ 185 de 2013.

Nesse contexto, é de se perguntar se o TJDFT poderia promover outras inovações. A justiça percebe que pode e deve cumprir papel inovador na sociedade hiperconectada. Por conseguinte, foi disponibilizada uma ferramenta aos usuários externos (advogados e partes sem advogados) para sanar dúvidas, via *chat on-line*, isto é, por conversas viabilizadas por meio de mensagens de texto, que orientam advogados, partes e demais profissionais do Direito (promotores, defensores públicos e procuradores de estado), no tocante ao uso do PJe e suas funcionalidades.

A novidade entre os Tribunais é uma excelente iniciativa, pois auxilia à distância as partes leigas, no entanto o serviço não se presta a fornecer orientações ou consultas jurídicas. O escopo é o de integrar o cidadão e demais operadores do direito a uma nova realidade implantada pelo CNJ, com aproximação do Poder Judiciário.

Outra iniciativa, em parceria com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), é a integração do PJe instalado no TJDFT com um aplicativo que facilita a atuação dos sujeitos processuais nas medidas protetivas concedidas pelo Poder Judiciário. A ação visa complementar a inauguração do PJe nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, pois permite que a vítima e o agressor tenham ciência da decisão proferida e da medida protetiva exarada, tudo por meio do aplicativo.

A mudança de paradigma com o advento do processo eletrônico permite a citação e a intimação de empresas privadas e públicas (“parceiros eletrônicos”), salvo empresas de pequeno porte e microempresas, conforme art. 5º, § 3º, da Lei 11.419 de 2006 e artigo 246, §§ 1º e 2º, da Lei 13.105 de 2015.

Nesse ponto, o TJDFT permite uma adesão, sem custos, para qualquer empresa interessada em atuar como um parceiro eletrônico, isto é, terá segurança e celeridade ao ser intimada “via sistema”, traduzindo conforto para seus prepostos e representantes, conforme regulamentado na Portaria Conjunta 160 de 2017.

Não obstante as vantagens proporcionadas pelo PJe, o próprio TJDFT vem desenvolvendo um projeto utilizando-se da tecnologia chamada de “inteligência artificial”, a ser utilizada dentro do referido sistema de gestão processual. O projeto *Horus*, ainda em fase de testes, tem como finalidade o auxílio direto na Vara de Execução Fiscal (VEF), maior órgão judicante do Distrito Federal, com mais de 300.000 (trezentos mil) processos. A inflexão tecnológica visa auxiliar na distribuição e classificação dos processos físicos que foram digitalizados para tramitar no PJe.

Dessa forma, sem intervenção humana, após homologação do agente inteligente, será possível identificar as características do processo e extrair dados necessários para a correta classificação do feito, sendo uma inovação ao tratar dados massivos e auxiliar na automação. Tende-se a aplicar a inteligência artificial no PJe, conforme iniciativa do próprio CNJ ao criar um centro de desenvolvimento colaborativo de modelos de inteligência artificial.

Neste ínterim, é preciso ilustrar a questão do Direito Digital e o processo virtual, pois, para fazer frente à realidade da era digital, do processo eletrônico e de uma sociedade em rede, o Poder Judiciário também precisa ser dinâmico, flexível e interativo; deve estimular a utilização de novas tecnologias:

[...] ferramentas tecnológicas, julgamentos virtuais de processos, comunicação processual por meio de redes sociais, programas de inteligência artificial, arquitetura em nuvem, dentre outros. Chegou a hora de a Justiça aplicar a tecnologia no auxílio de magistrado e servidores; não pode haver tabu sobre esse tema. O investimento tecnológico não dispensa o investimento no capital humano. Pelo contrário, a informatização das rotinas de trabalho exige a requalificação dos servidores, os quais não mais precisarão desperdiçar tempo e energia com tarefas rotineiras e burocráticas, podendo focar nas atividades intelectuais necessárias para a célere e eficiente prestação jurisdicional (FERNANDES; CARVALHO, 2018, p. 14).

No ano de 2019, marco final das implementações, há previsão de inauguração nas varas de natureza criminal (Vara Criminal, Vara de Entorpecentes, Vara do Tribunal do Júri). Existem, ainda, outros aspectos positivos gerados pela automatização da ferramenta computacional, pois acarretou economia ao erário, com a supressão do processo físico (analógico), contribuindo para uma efetiva sustentabilidade ambiental, conforme dados abaixo:

Ao longo do ano de 2018, mais de 295 mil processos foram distribuídos por meio do Processo Judicial Eletrônico – PJe no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Desde o início da implantação do sistema PJe, em julho de 2014, até este mês, o número supera os 745 mil feitos.

Em 2018, foram recebidos 259.758 processos eletrônicos na 1ª Instância, sendo 11.243 deles em Turmas Recursais, e outros 35.294 na 2ª Instância*.

O sistema PJe começou a ser implantado nas serventias do Tribunal em 25 de julho de 2014. Desde então, já foram distribuídos 685.519 processos eletrônicos na 1ª Instância, 37.989 deles em Turmas Recursais, e mais 59.826 na 2ª Instância*.

O crescimento no volume de processos eletrônicos reflete o avanço das implantações que têm sido feitas paulatinamente, seguindo cronogramas aprovados pelo Comitê Gestor do PJe. Menos de um mês após as primeiras serventias receberem o sistema, o Tribunal já chegava ao milésimo processo eletrônico. Um ano e nove meses depois, já eram 100 mil; dois anos e meio após, o número chegava a 200 mil, alcançando os 500 mil aos três anos e meio (BRASIL, 2018d).

Entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho deste ano de 2018, 76% dos processos distribuídos no TJDF foram eletrônicos. O Processo Judicial Eletrônico – PJe foi responsável por 232.386 novos processos recebidos no 1º e 2º Grau e nas Turmas Recursais, contra 70.594 com tramitação em papel. No 1º Grau de jurisdição, o PJe representou 78% dos feitos, com 210.230 eletrônicos e 58.331 em papel. No 2º Grau, os físicos somaram 11.998 e os eletrônicos 16.026, o que equivale a 57%. Nas Turmas Recursais foram 265 em papel contra 6.130 eletrônicos, chegando a 95% do total. O número de novos processos nesse período, somando eletrônicos e físicos, foi de 302.980.

O PJe começou a ser implantado no TJDF em 25/7/2014. Três semanas depois, já chegava à marca de mil processos eletrônicos. Aos seis meses de funcionamento, eram 9,8 mil feitos distribuídos e, ao completar um ano, eram mais de 28 mil processos. Em outubro de 2015, o TJDF chegou à soma de 50 mil processos pelo PJe e, em fevereiro deste ano, a 500 mil (BRASIL, 2018e).

Nessa toada, cumpre salientar que os feitos distribuídos, ao longo desses últimos cinco anos, ocorreram exclusivamente em meio eletrônico, inclusive o seu peticionamento, o que gerou conforto aos usuários externos que não mais dependem de acesso ao Fórum para acompanhar suas ações.

Dessa maneira, o TJDFTE entra de forma definitiva, por meio do processo judicial eletrônico, na modernidade tecnológica, ao disponibilizar acesso aos autos digitais pela rede mundial de computadores, por meio de cadastramento pessoal (via senha) ou por meio de certificado digital. Permite, ainda, inserção de recursos em mídias (áudio e vídeo), estabelecendo uma nova forma de aproximação entre o magistrado e os demais sujeitos processuais, como um processo multimídia.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, para se manter no compasso do seu tempo, isto é, com as modernidades do século XXI, deve propor novos desafios quanto ao seu funcionamento e acesso à justiça, com o fornecimento de dados transparentes às partes e à sociedade, mediante o uso de novas tendências tecnológicas, com alteração na governança judiciária.

O serviço prestado vem sendo modificado com o passar dos anos pela justiça, de forma analógica para a digital, em uma perspectiva bem simplória. No entanto, há aplicações de tecnologias, chamadas de disruptivas, que prometem causar uma revolução na sociedade e, por conseguinte, inevitáveis ao Poder Judiciário, dentre elas a inteligência artificial e a *blockchain* (cadeia de blocos e dados criptografados), atualmente, já utilizadas em grande escala nos setores financeiros, *v.g.* criptomoedas, na celebração de contratos inteligentes (*smart contracts*) e na guarda de dados.

Portanto, a característica virtual e desmaterializada advinda do processo judicial eletrônico apenas reflete características da sociedade moderna, líquida e hiperconectada, que necessita ser compreendida e regulamentada para a inserção de todas suas inovações em prol do Poder Judiciário, tornando-o mais efetivo, célere, sustentável, moderno e justo.

Essas tecnologias nos sistemas de justiça prometem ser o futuro do Poder Judiciário, que realiza uma travessia do desapego ao papel e do empilhamento de autos de processos para um mundo virtual, cujo objetivo inicial é o de informatizar o processo. No entanto, os impactos devem ser avaliados, na medida em que são utilizadas na justiça, a fim de que haja realmente uma eficiência para todos os usuários.

O processo eletrônico é um passo adotado por todo o Poder Judiciário, que conta com mais de 40 sistemas de automação. Existem diversos sistemas desenvolvidos por Tribunais, sejam estaduais, federais ou trabalhistas. Tenta-se, por meio do CNJ, que haja apenas um único sistema judicial aplicável a todos os 91 Tribunais brasileiros futuramente. Por enquanto, ainda se desenvolve a ideia de um portal único para os advogados peticionarem, denominado “Escritório Digital”, fornecido pelo CNJ, que ainda está incipiente ante a ausência dos maiores tribunais nacionais.

De imediato, ainda quanto ao processo judicial eletrônico, percebe-se que ele causa novidade perante o Código de Processo Civil, pois se exige uma maior preservação dos dados, bem como,

uma transparência tecnológica para seus usuários. Logo, a disseminação do conhecimento acumulado deve ser expandido como esse estudo detido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Dessa forma, o uso do processo virtual proporciona, de imediato, a imaterialidade dos autos, além da possibilidade de conexão com conhecimento disponível na internet. Além disso, houve uma desterritorialização do processo, estando disponível a qualquer momento para todas as partes. Com efeito, há tramitação e peticionamento instantâneo, portanto há uma efetiva interação do magistrado com os sujeitos processuais.

Por fim, a transversalidade do processo eletrônico (instrumento dos direitos) deve ser aprimorada de forma perene para sempre viabilizar as garantias processuais, mormente o acesso à justiça, o devido processo legal, a publicidade e o contraditório. Não bastando isso, deve existir uma nova cultura nas varas, com aperfeiçoamento da comunicação para com as partes, e sempre adotar formas que conjuguem serventários da justiça e a tecnologia na busca da eficiência.

Aprovado em: 28/5/2019. Recebido em: 27/3/2019.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico**: processo digital. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ abre seleção de projetos para Centro de Inteligência Artificial**. Brasília, DF, 8 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88864-cnj-abre-selecao-de-projetos-para-centro-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 18 maio 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela conciliação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 1 fev. 2019.
- BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 fev. 2019.
- BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. **Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP-Brasil)**. Brasília, DF, 27 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.iti.gov.br/icp-brasil/o-que-e](http://www iti.gov.br/icp-brasil/o-que-e). Acesso em: 1 fev. 2019.
- BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 1 fev. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.793, de 03 de janeiro de 2019. Altera as Leis nos 8.906, de 4 de julho de 1994, 11.419, de 19 de dezembro de 2006, e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para assegurar a advogados o exame e a obtenção de cópias de atos e documentos de processos e de procedimentos eletrônicos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13793.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 903.091/RJ. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/2015. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA PRECEDIDA DE INTIMAÇÃO NO DJE. CONTAGEM DE PRAZO [...]. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16 de março de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 27 mar. 2017b. Disponível em: ht-

[tps://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1580906&num_registro=201600981679&data=20170327&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1580906&num_registro=201600981679&data=20170327&formato=PDF). Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Programa Processo Eletrônico**: O Supremo em Sintonia com o Futuro. Brasília, DF, 21 de março de 2018i. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoPeticaoEletronica&pagina=Informacoes_gerais_apos_desligamento_v1. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma Cível). Acórdão n. 1028021. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO. PROVIMENTO. PARTE AGRAVADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO TRÂNSITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR PARA CONTRARRAZÕES. VÍCIO INEXISTENTE. NULIDADE INFIRMADA. PROCESSO EM AMBIENTE ELETRÔNICO. FÓRMULA DE INTIMAÇÃO ESPECÍFICA PARA O AMBIENTE PROCESSUAL ELETRÔNICO [...]. Relator Des. Teófilo Caetano, 29 de junho de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, de 11 de julho de 2017a. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1028021. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **CNJ e OAB lançam o Escritório Digital testado no TJDF**. Brasília, DF, 16 de junho de 2015b. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/junho/cnj-e-oab-lancam-o-escritorio-digital>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo eletrônico completa seis meses com mais de 9,8 mil ações distribuídas no TJDF**. Brasília, DF, 26 de janeiro de 2015c. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/janeiro/processo-eletronico-completa-seis-meses-de-funcionamento-com-mais-de-9-8-mil-acoes-distribuidas>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **TJDF comemora dois anos de PJe e colhe resultados de sua implantação**. Brasília, DF, 25 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/julho/tjdft-comemora-dois-anos-de-pje-com-127-mil-processos-distribuidos>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **PJe 2.0 já é realidade no TJDF**. Brasília, DF, 17 de julho de 2017c. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/julho/pje-2-0-ja-e-realidade-no-tjdft>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **PJe completa 3 anos no TJDF com mais de 319 mil processos distribuídos**. Brasília, DF, 25 de julho de 2017d. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/julho/pje-completa-3-anos-no-tjdft-com-mais-de-319-mil-processos-distribuidos>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **TJDF inicia digitalização de processos da Vara de Execução Fiscal – VEF/DF**. Brasília, DF, 13 de junho de 2017e. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/tjdft-digitaliza-processos-da-vara-de-execucao-fiscal-vef>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Aplicativo integrado ao PJe agiliza medidas protetivas em casos de violência doméstica**. Brasília, DF, 5 de novembro de 2018a. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/novembro/aplicativo-do-mpdft-integrado-ao-pje-agiliza-medidas-protetivas-em-casos-de-violencia-domestica>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Novo hardware oferece suporte para crescimento do PJe no TJDF**. Brasília, DF, 2 de março de 2018b. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/marco/novo-hardware-oferece-suporte-para-crescimento-do-pje-no-tjdft>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Números mostram alcance e economia do PJe no TJDF**. Brasília, DF, 26 de setembro de 2018c. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/setembro/numeros-mostram-magnitude-e-economia-do-pje-no-tjdft>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **PJe no TJDF: 295 mil processos distribuídos em 2018**. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2018d. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/dezembro/pje-no-tjdft-295-mil-processos-em-2018-e-745-mil-no-total>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **PJe representa 76% dos processos distribuídos no primeiro semestre de 2018**. Brasília, DF, 31 de julho de 2018e. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/julho/pje-representa-76-dos-processos-distribuidos-no-primeiro-semester-de-2018>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **TJDFT distribui 700 mil processos pelo PJe**. Brasília, DF, 3 de julho de 2018f. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/julho/tjdft-distribui-700-mil-processos-pelo-pje>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **TJDFT envia andamentos eletrônicos para empresas cadastradas**. Brasília, DF, 12 de junho de 2018g. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/junho/tjdft-envia-andamentos-eletronicos-para-empresas-castradas>. Acesso em: 8 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **TJDFT regula uso do Chat Online do PJe**. Brasília, DF, 13 de julho de 2018h. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/acontece/tjdft-regula-uso-do-chat-online-do-pje>. Acesso em: 8 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northflet e Mauro Cappelletti. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 9.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia** – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

Tiago Carneiro Rabelo

Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA/DF.

Professor da Escola de Formação Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF – Processo Judicial Eletrônico (PJe).

Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF.

tiago.rabelo@tjdft.jus.br

A CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

João Gabriel Ribeiro Pereira Silva

THE PENALTY CLAUSE IN REAL ESTATE INCORPORATION CONTRACTS

RESUMO

A regulamentação da rescisão unilateral do contrato de compra e venda de imóveis submetido ao regime de incorporação imobiliária prevista na Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, não afasta o dever do Judiciário de controlar a proporcionalidade da cláusula penal, mesmo que submetida aos limites previstos no novo diploma legal. No presente trabalho, serão oferecidas ferramentas, para que o mencionado controle seja feito de maneira objetiva, por meio da decomposição analítica dos elementos que constituem as perdas ordinariamente advindas dessa modalidade de extinção contratual e da atribuição a elas do peso de 20% sobre a totalidade da cláusula penal. Objetiva-se, com isso, disponibilizar critérios que ofereçam padrões mais claros para a tomada de decisão, evitando-se o subjetivismo e as decisões contraditórias.

» PALAVRAS-CHAVE: INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RESCISÃO UNILATERAL. CLÁUSULA PENAL. DECOMPOSIÇÃO ANALÍTICA.

ABSTRACT

The regulation of the unilateral termination of real estate purchase and sale contract subject to the real estate development regime, carried out by Law 13.786 of December 27, 2018, does not detract the judiciary's duty to control the proportionality of the flat-rate damages clause, even if subject to the limits contained in the new legal diploma. The present work seeks to offer tools for such control to be done in an objective way, through analytical decomposition of the elements that make up the losses ordinarily coming from such modality of contractual extinction and assigning to them a weight of 20% over the totality of the penal clause. The objective is to provide criteria for decision making that offers clearer standards, avoiding subjectivism and contradictory decisions.

» KEYWORDS: REAL ESTATE INCORPORATION. UNILATERAL TERMINATION. FLAT-RATE DAMAGES CLAUSE. ANALYTICAL DECOMPOSITION.

INTRODUÇÃO

O objetivo, no presente artigo, é analisar a incidência da cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária sob a perspectiva da jurisprudência e da legislação de regência, em especial as alterações promovidas pela Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, buscando, ao fim, ofertar ao magistrado solução empírica e objetiva, para ser utilizada na realização do controle de proporcionalidade da pena convencional.

Visando atingir tal objetivo, será analisada, na primeira parte do trabalho, a extinção contratual contextualizada no contrato de incorporação imobiliária, e serão expostas as alterações promovidas pela Lei 13.786 de 2018.

Após, na segunda parte do trabalho, serão demonstrados, especificamente, os efeitos da extinção do contrato de incorporação imobiliária promovida unilateralmente pelo comprador, concentrada a análise na incidência da

cláusula penal convencionada e demonstrado, ainda, o dever imposto ao juiz pelo ordenamento jurídico, de realizar o controle da incidência da cláusula penal convencionada no caso concreto.

Por fim, na terceira parte, propõe-se a possibilidade de decomposição analítica dos elementos que compõem as perdas potencialmente surgidas com o rompimento contratual unilateral, demonstrando a relação deste com a incidência da cláusula penal e apresentando uma forma objetiva de análise de proporcionalidade no caso concreto.

1 A COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA E A RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A Lei 13.786 de 2018 altera substancialmente o quadro relativo aos contratos de compra e venda de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação e parcelamento, especialmente no que tange à resolução de tais contratos, motivo pelo qual se mostra importante conceituar, nesta primeira parte, os regimes de extinção contratual e as normas de regência que regulamentam a incorporação imobiliária.

1.1 AS MODALIDADES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL

A extinção contratual decorre, idealmente, do cumprimento das obrigações veiculadas em determinado contrato por meio da obtenção da quitação (art. 320 do Código Civil brasileiro). Entretanto, a referida extinção pode ocorrer, sem que tenha havido o cumprimento das obrigações, em virtude de fatores anteriores, concomitantes ou supervenientes à pactuação.

Quanto aos fatores anteriores, basicamente são os procedentes das nulidades (arts. 166, 167 e 171 do Código Civil brasileiro); as causas concomitantes identificam-se especialmente com as hipóteses em que se faz uso de cláusula resolutiva expressa ou tácita (arts. 474 e 475 do Código Civil brasileiro), de cláusula de arrependimento (art. 420 do Código Civil brasileiro) ou nas hipóteses de redibição (art. 441 e seguintes do Código Civil brasileiro); enquanto as causas supervenientes podem se dar, essencialmente, em decorrência de resolução ou de resilição.

A resolução traduz a dissolução do contrato em caso de inadimplemento, ou seja, nas hipóteses de descumprimento voluntário ou involuntário da obrigação, assim como quando uma das partes considera existente hipótese de onerosidade excessiva nos termos dos arts. 478 a 480 do Código Civil brasileiro.

A autorização para a resolução por inadimplemento pode estar prevista expressamente no negócio jurídico pactuado pelas partes, ou o ato de resolução pode encontrar fundamento na lei por meio da denominada cláusula resolutória tácita, contida no art. 474 do Código Civil brasileiro.

A resilição, a seu turno, “refere-se à extinção do contrato por iniciativa de uma ou ambas as partes.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 281). Divide-se em unilateral e bilateral, conforme a manifestação de vontade tenha partido de uma ou de ambas as partes.

Tendo em vista a força obrigatória dos contratos, é certo que, em regra, o Direito Civil brasileiro trata a rescisão como fenômeno bilateral, decorrente de comum acordo entre as partes, a qual também se costuma denominar “distrato”, conforme art. 472 do Código Civil brasileiro.

Entretanto, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente a permita, conforme estatuído pelo art. 473 do Código Civil brasileiro, pode ocorrer a rescisão unilateral da avença por força de manifestação da vontade de apenas uma das partes, desde que expressamente participada ao outro contratante, no que se convencionou chamar de “denúncia”.

Deve-se observar, nesses casos, a regra do parágrafo único do mesmo dispositivo, que limita o poder de rescisão unilateral, condicionando-o ao curso de prazo “compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” realizados pela parte que não efetuou a denúncia.

O objetivo da Lei 13.786 de 2018, embora permeada por atecniais redacionais⁴, foi regulamentar a rescisão unilateral nos contratos de incorporação imobiliária e nos contratos de loteamento urbano.

1.2 O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A RESCISÃO UNILATERAL

Os contratos de compra e venda de imóveis no Brasil são regulados, basicamente, pelos seguintes diplomas legislativos: Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964; Decreto-Lei 745 de 7 de agosto de 1969; Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979; e Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro).

Para além desses, há também a inequívoca incidência da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), quando preenchidos os requisitos de sua incidência, notadamente quando configurada a existência de fornecedor de um lado, e de consumidor, do outro, na forma dos artigos 2º e 3º daquele diploma legal.

A Lei 13.786 de 2018 alterou as leis 4.591 de 1964, e 6.766 de 1979, que tratam, respectivamente, da incorporação imobiliária e do parcelamento do solo urbano na parte relativa à compra e venda de imóvel.

Quanto à incorporação imobiliária, conceitua-a o art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591 de 1964, como “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (BRASIL, 1979).”

A doutrina de Arnaldo Rizzardo define a incorporação como a

atividade que procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção (RIZZARDO, 2015, p. 233).

Conforme mencionado, a Lei 4.591 de 1964 foi alterada pela Lei 13.786 de 2018, para inserção de disposições relativas à rescisão dos contratos por elas regulados, em especial os contratos de compra e venda de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação e de compra e venda de unidades imobiliárias decorrentes do processo de loteamento ou desmembramento.

A Lei 13.786 de 2018 altera substancialmente a concepção originalmente desenvolvida sobre o instituto da rescisão no âmago do contrato de incorporação e de parcelamento imobiliário, haja vista que passa a regulamentar o exercício da rescisão unilateral em ambos, ato jurídico que era considerado inviável na redação original das leis 4.591 de 1964, e 6.766 de 1979.

Nesse contexto, o art. 32, “a” e § 2º, da Lei 4.591 de 1964, marca com o signo da irretratabilidade tanto a obrigação do incorporador de efetuar todos os atos tendentes à efetivação da construção quanto a obrigação do comprador de permanecer desempenhando sua posição contratual, quitando as parcelas relativas à contraprestação relativa à aquisição de sua unidade imobiliária.

A opção por essa rigidez de regime decorre da relação existente entre a pessoa do incorporador e os contratantes interessados em adquirir unidades imobiliárias do empreendimento imobiliário, na exata medida em que o incorporador atua como espécie de organizador da coletividade de interesses dos adquirentes, os quais, por sua vez, se reúnem em torno do interesse comum, qual seja, a edificação do imóvel, que depende umbilicalmente do estrito cumprimento dos deveres de todas as partes envolvidas.

As orientações doutrinárias a respeito do tema são esclarecedoras:

A relação entre o incorporador e o adquirente se materializa através de um contrato particular individual. Essa relação revela várias dimensões, sendo as mais comuns a de aquisição e a de construção. Celebram-se os contratos com as pessoas individualmente, embora os regramentos e os interesses sejam coletivos, mesmo os que se dirigem ao cumprimento das avenças estabelecidas para o participante, posto que a todos traz efeitos (RIZZARDO, 2015, p. 253).

Portanto, dadas as peculiaridades do contrato, o incorporador e o comprador da unidade autônoma não estão autorizados por lei a buscar a resolução daquele em situações não expressamente previstas no regramento legal; porém, há exceções, basicamente, as previstas nos arts. 40 a 43 da Lei 4.591 de 1964, que tratam, em suma, do inadimplemento do comprador ou do incorporador.

Desse modo, o que se verifica é que, assim como se encontra vedada ao incorporador a rescisão unilateral da realização da incorporação, também não se mostra possível ao comprador, por expressa vedação legal, promover a mesma modalidade de extinção contratual no que tange ao contrato de aquisição de unidade autônoma.

Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, acentuou-se a controvérsia sobre a possibilidade de rescisão unilateral do compromisso de aquisição de unidade autônoma, e, após longo debate acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor autorizaria a rescisão unilateral do contrato aquisitivo de unidade imobiliária submetida a incorporação².

Sobre a fundamentação de tal entendimento, o escólio doutrinário da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Isabel Gallotti se mostra irreparável:

Esse direito, a princípio, foi afirmado com base em teorias como imprevisão, modificação do contrato por onerosidade excessiva, alteração da base do negócio. Em precedentes posteriores ao Código do Consumidor, foi considerada a ilegalidade de cláusulas que im-

ponham manifesta desvantagem ao devedor (art. 51, IV e § 1º, III), sendo enfatizado que o incorporador/construtor deve devolver imediatamente o valor pago pelo consumidor, uma vez que pode revender a unidade, eventualmente com lucro (GALLOTTI, 2018).

Esse entendimento, inclusive, conduziu à elaboração do Enunciado de número 543 da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, consolidado com a seguinte redação:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (BRASIL, 2015).

Assim, consolidou-se o entendimento da jurisprudência pátria de admitir a rescisão unilateral dos compradores nos negócios jurídicos de compra e venda que envolvam a aquisição de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação ou loteamento.

Entretanto, mesmo após a consolidação desse entendimento, faltou a definição pela jurisprudência da questão relativa ao percentual de retenção a título de cláusula penal, que se consideraria consentâneo com a legislação consumerista nas hipóteses de rescisão unilateral por culpa do comprador desistente.

Embora a controvérsia não tenha sido enfrentada em sede de precedente submetido à sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil), foi analisada em número substancial de precedentes, conforme se pode verificar da Afirmação número 6, constante da Edição nº 110 da ferramenta Jurisprudência em Teses, do STJ, lavrada nos seguintes termos:

no caso de rescisão de contratos envolvendo compra e venda de imóveis por culpa do comprador, é razoável ao vendedor que a retenção seja arbitrada entre 10% e 25% dos valores pagos, conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados.

Cuida-se de tese publicada pelo Tribunal em outubro de 2018, com a menção dos seguintes precedentes: Ag. Int. no AREsp. 1.200.273/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJE 26/6/2018; Ag. Int. no REsp. 1.395.252/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJE 15/6/2018; Ag. Int. no REsp. 1.692.346/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/4/2018, DJE 26/4/2018; Ag. Int. no AREsp. 1.121.909/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/2/2018, DJE 28/2/2018; Ag. Int. no AREsp. 1.140.299/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/12/2017, DJE 19/12/2017 e Ag. Int. no AREsp. 1.062.082/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/5/2017, DJE 23/5/2017.

Portanto, o que se verifica é que o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a retenção do percentual de 10% a 25% dos valores pagos se afigura como válida, em virtude da rescisão unilateral do promitente comprador, havendo ressalva, ainda, em grande parte dos julgados, à análise das circunstâncias de cada caso a partir da avaliação concreta dos prejuízos suportados.

Mas esse quadro é alterado substancialmente com a Lei 13.786, de 2018, a qual consolida a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos de compra e venda imobiliária submetidos ao regime de incorporação ou de loteamento e regulamenta os efeitos jurídicos advindos de tal ato jurídico.

Isso, porque, embora o art. 67-A, acrescido à Lei 4.591 de 1964, faça menção aos termos “distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente”, o que se percebe é uma incorreção técnica, na medida em que foi abordada como “distrato” o que, em verdade, é a rescisão unilateral por iniciativa do comprador.

Tal conclusão deriva da própria análise dos incisos desse dispositivo, que tratam da perda de valores pagos pelo comprador, em especial os atinentes à incidência da pena convencional. Ainda, as próprias razões inspiradoras da tramitação do Projeto de Lei 1.220/2015, que resultou na publicação da Lei 13.786 de 2018, evidenciam, em sua ementa, que este objetivava “Regulamenta(r) a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora.” (BRASIL, 2015)³.

No mesmo sentido, o art. 32-A da Lei 6.766 de 1979, incluído pelo mesmo diploma legal, ao afirmar que trata de “resolução contratual por fato imputado ao adquirente”, também deve ser lido, pelas mesmas razões, como dispositivo que regulamenta a rescisão unilateral.

Assim, embora tenha havido certa obscuridade sobre o tema, conclui-se que, em razão dos efeitos práticos da nova lei, se consolidou a possibilidade de rescisão unilateral, se tornando necessária, portanto, a análise dos efeitos jurídicos dela decorrentes em virtude da nova legislação, em especial, as questões atinentes à aplicação da cláusula penal.

1.3 BREVES NOTAS SOBRE O QUADRO FÁTICO SUBJACENTE À PUBLICAÇÃO DA LEI 13.786 DE 2018

Verificada a alteração promovida pela atuação do Poder Judiciário no que se refere à extinção unilateral do contrato de incorporação, a publicação da Lei 13.786 de 2018 constituiu resposta do Legislativo brasileiro à demanda surgida em decorrência do crescente sentimento de insegurança jurídica que permeava os contratos de incorporação imobiliária nas hipóteses de resolução ou de rescisão contratual.

Dada a antiguidade da publicação da lei que regulamenta a incorporação imobiliária (Lei 4.591 de 1964), assim como da lei que trata do parcelamento urbano (Lei 6.766 de 1979), a crescente demanda por habitação e a constante alteração do quadro econômico conduziu à criação de situação jurídica complexa, cuja solução vinha sendo majoritariamente oferecida pelo Judiciário.

Além da questão relativa à antiguidade dos diplomas legais, tal fenômeno decorre também de alterações socioeconômicas, em especial a decorrente da conjunção da forte expansão do mercado imobiliário brasileiro nas últimas décadas⁴, em resposta ao déficit habitacional substancial existente⁵, aliada aos deletérios efeitos da crise econômica que atingiu o país a partir de 2014, que conduziu uma série de contratantes a procurar a rescisão de seus contratos por força da diminuição de sua capacidade financeira ou em decorrência da desvalorização sofrida por algumas unidades⁶.

Sobre o tema, em nota técnica elaborada pelo Ministério da Fazenda, afirma-se que

O distrato, por sua vez, ocorre, essencialmente, por três razões:

- 1) dificuldades financeiras supervenientes dos compradores (perda de emprego, por exemplo);
- 2) dificuldade de obtenção de financiamento para quitar o saldo devedor na entrada do imóvel;
- 3) perda de valor de mercado do imóvel.

Nesse contexto, embora não haja dados consolidados acerca da quantidade percentual do aumento do número de resoluções contratuais, o setor da construção civil se viu diante de impacto considerável em seus balanços econômicos em decorrência de tal fenômeno⁷, a qual, segundo levantamentos realizados, pode estar relacionada à especulação imobiliária, ocasião em que o comprador do imóvel o adquire em fase de construção, visando à valorização durante o processo, para, posteriormente, obter lucros⁸.

Essa dinâmica conduziu a constante pressão sobre o Legislativo brasileiro para a votação de projeto que atualizasse a legislação pátria referente à regulamentação da rescisão dos contratos de incorporação imobiliária.

Foi nessa esteira que o Projeto de Lei 1.220/2015, apresentado pelo deputado Celso Russomanno (PRB/SP) em 22/4/2015, recebeu especial atenção dos legisladores, e a ele foram apensados os demais projetos que tratavam especificamente da matéria relativa à extinção do contrato de compra e venda de imóvel.

Esse Projeto de Lei veio a ser aprovado, com modificações, pelo Legislativo brasileiro em 5 de dezembro de 2018, sob a relatoria do deputado Jose Stédile (PSB-RS), vindo a se tornar a Lei Ordinária 13.786/2018 após sanção presidencial, em 27 de dezembro de 2018.

2 OS EFEITOS JURÍDICOS DA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Reanalisados os institutos jurídicos ligados à extinção contratual e apurado o quadro jurídico de extinção unilateral ligado aos contratos de incorporação imobiliária, nesta parte do trabalho analisa-se a situação jurídica da resilição unilateral diante da nova legislação.

O já mencionado art. 67-A acrescido à Lei 4.591 de 1964, estabelece que, nas hipóteses de resilição unilateral do contrato, o comprador fará jus à restituição das parcelas que houver pago, descontados os seguintes encargos: 1) “integralidade da comissão de corretagem”; 2) “pena convencional” de até 25% ou de até 50% nas hipóteses em que “a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F” do mesmo diploma legal; 3) valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die*; e 4) demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato (BRASIL, 1964).

Observa-se, portanto, no que interessa a este trabalho, que a nova lei legaliza a cláusula penal que autoriza a retenção de até 50% dos valores pagos pelo comprador até a rescisão unilateral promovida pelo comprador, em divergência com o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos precedentes já mencionados acima, o qual, como visto, limitava a retenção ao percentual de 25%.

A limitação contida nos precedentes encontrava fundamento no comando do art. 413 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que

A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (BRASIL, 2002).

Ainda, a redução dos percentuais de retenção de valores a título de aplicação de cláusula penal também encontrou fundamento no art. 51, inciso IV, e § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, por ter o Superior Tribunal de Justiça considerado que as cláusulas que previam retenção superior a 25% representavam manifesta desvantagem ao consumidor devedor.

Desse modo, tais fundamentos evidenciam que o advento do art. 67-A da Lei 4.591 de 1964 não foi capaz de, por si, impor barreira intransponível à redução do percentual de retenção, pois o art. 413 do Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública, cuja aplicação não se submete à disponibilidade e nem pode ser afastada pela publicação de lei especial⁹⁻¹⁰.

Assim, embora o legislador tenha positivado a cláusula de retenção de até 50% das parcelas, o julgador, por força do caráter de ordem pública das normas supracitadas, não pode se furtar a analisar, diante do caso concreto, se eventual retenção se mostra abusiva.

Esse já era, aliás, o entendimento que vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que os precedentes que tratam do tema e conduziram à elaboração da tese de jurisprudência relativa à limitação da retenção em 25% utilizam comumente expressões como “avaliando-se os prejuízos suportados” ou fazem referência ao “princípio da vedação do enriquecimento indevido”, ambas como indicativo de que, na definição do valor a ser retido, não pode o magistrado se descurar do conteúdo do já mencionado art. 413 do Código Civil brasileiro.

Destarte, a questão relativa à aplicação da cláusula penal em benefício do incorporador não se encontra definitivamente acertada pela simples previsão contratual consentânea com os limites estabelecidos pela legislação (art. 67-A, § 1º, I, e 2º, da Lei 4.591 de 1964), encontrando-se, ainda, submetida ao dever-poder do magistrado de, no caso concreto, calibrar a incidência da multa.

Ou seja, o simples fato de conter o contrato cláusula penal que preveja, por exemplo, a perda de 50% dos valores pagos, para além da comissão de corretagem, não é suficiente para afastar a possibilidade de o juiz, diante do caso concreto, reduzir o percentual de perda, uma vez que essa atuação, como visto, é dever imposto pelo conteúdo do art. 413 do Código Civil brasileiro, dever que se acentua, quando a questão é submetida ao Código de Defesa do Consumidor por força do art. 51, IV, e § 1º, III, de tal diploma.

Portanto, em razão desse quadro, objetivando atingir racionalidade jurídica e atender à função social prevista nos dispositivos acima elencados, mostra-se salutar o estabelecimento de parâmetros para orientar a atuação do magistrado no caso concreto, visando afastar a possibilidade de ocorrência de excessos ou, no lado oposto, de omissão, evitando-se, ainda, a adoção de percentuais aleatórios como forma de atuação.

3 O CONTROLE DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Definida a questão relativa ao dever-poder de o juiz, no caso concreto, aferir a proporcionalidade da cláusula penal incidente no contrato de incorporação imobiliária, há de se rememorar, quanto à cláusula penal, que se trata de “penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido” (TARTUCE, 2011, p. 385) que possui, ainda, objetivo dúplice, pois

De acordo com a melhor doutrina, a cláusula penal tem basicamente duas funções. Primeiramente, a multa funciona como uma coerção, para intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória (meio de coerção, com caráter punitivo). Além disso, tem função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação (caráter de estimativa) (TARTUCE, 2011, p. 385).

Portanto, é com base na composição específica da cláusula penal que se deve analisar sua incidência no caso concreto.

3.1 AS PERDAS E DANOS MÉDIOS DECORRENTES DA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Inicialmente, o ponto de partida para definir, com a maior objetividade possível, o papel do magistrado no controle de legalidade e proporcionalidade da cláusula penal é identificar a extensão média dos prejuízos gerados pela resilição unilateral promovida pelo comprador.

Sobre o tema, recente estudo encomendado pela Associação Brasileira das Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) e produzido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) indica que a resilição unilateral pelo comprador gera o seguinte quadro:

Além da **redução de receitas** e das **despesas com a devolução das parcelas pagas**, surgem outros dois tipos de despesas. De um lado, os chamados **custos irrecuperáveis**, isto é, associados à revenda da unidade devolvida. De outro, os **custos financeiros** para obter capital a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas (FGV, 2019, grifo nosso).

Ainda, considerando que os “custos irrecuperáveis” “correspondem (em média) a 11% do total da receita obtida pelas vendas, o que equivale a 55% do valor pago no período pré-chaves” (FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Análise dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras),¹¹ presume-se que tenha sido esse o entendimento adotado pelo legislador quando estabeleceu o conteúdo do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591 de 1964, o qual adota, como visto, o percentual máximo de 50% dos valores pagos como cláusula penal incidente na hipótese de resilição unilateral.

Utiliza-se aqui a expressão “presume-se”, porque da tramitação do projeto de lei nas casas legislativas nada se extrai sobre os dados empíricos ou sobre os fundamentos adotados para o estabelecimento de tal percentual, uma vez que o PL 1.220/2015 foi proposto, inicialmente, com a previsão do percentual de 10% de multa, inexistindo, no parecer do relator, deputado Jose Stédile (PSB-RS), qualquer justificativa sobre a eleição do percentual de 50% como limite legal à cláusula penal¹².

De todo modo, considerando esse quadro, dos fatores elencados pelo estudo citado e destacados na passagem acima transcrita, identifica-se, no que tange à prefixação de prejuízos, a existência de quatro fatores básicos que devem ser cobertos pela cláusula penal no caso da rescisão unilateral do contrato de compra e venda de unidade imobiliária, quais sejam: 1) redução de receitas; 2) despesas com a devolução das parcelas pagas; 3) custeio da revenda da unidade devolvida; e 4) custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas.

Desses custos, o segundo, relativo às despesas com a devolução das parcelas pagas, encontra-se virtualmente neutralizado pelo conteúdo do art. 67-A, §§ 5º a 7º, da Lei 4.591 de 1964¹³, que autoriza a devolução dos valores apenas após a obtenção do “habite-se”, no caso de incorporação com patrimônio de afetação, ou em 180 dias do desfazimento, na hipótese de não ter sido constituído tal patrimônio, considerando, inclusive, que um dos objetivos da Lei é reforçar a tendência de estímulo à adoção do regime de afetação¹⁴.

Ainda, esses dispositivos têm o potencial de reduzir significativamente o conteúdo dos demais componentes dos prejuízos advindos da rescisão unilateral, pois, ao estabelecerem que a devolução do montante pode, também, ocorrer em até 30 (trinta) dias da revenda, nas hipóteses em que esta ocorra, estimulam o comprador a se engajar no processo de cessão de sua posição contratual e, com a manutenção do capital em poder da incorporadora, podem reduzir, ao menos parcialmente, dependendo do momento em que realizada a rescisão, a necessidade de busca de mútuo para cobertura de “descasamento entre receitas e despesas”, assim como viabilizar a permanência das receitas relativas ao comprador desistente, quando novo o substitui.

Portanto, a rescisão unilateral da promessa de compra e venda de imóvel, sob o regime da nova legislação, não gerará, com certeza, nenhum dos impactos financeiros acima elencados, uma vez que um deles foi virtualmente neutralizado (a devolução dos valores) e que os demais são passíveis de serem parcialmente reduzidos no caso concreto (prejuízos diretos relativos à redução de receitas, custos com a revenda da unidade devolvida e com o mútuo de capital para a continuidade do empreendimento).

Nesse contexto, quanto aos prejuízos diretos relativos à redução de receitas, os decorrentes do custeio da revenda da unidade devolvida e do custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas, pode-se definir como fundamental para análise da legalidade e da proporcionalidade da cláusula penal no caso concreto, em seu aspecto de antecipação de perdas, um fator essencial: a revenda da unidade¹⁵.

Isso, porque, se o comprador atua de maneira diligente e promove a revenda da unidade de modo eficiente e em curto tempo, a incorporadora não sofrerá a perda de receitas decorrentes da cota do comprador, nem incorrerá nas despesas decorrentes dos “custos irrecuperáveis”, assim como não se fará necessária a recomposição de caixa via mútuo, para fazer frente aos custos decorrentes da continuidade das obras, haja vista que o novo comprador passará a adimplir os valores da cota do desistente, tornando-se, portanto, injustificável a aplicação da integralidade da pena convencional.

Assim, identificadas as variáveis que compõem os prejuízos decorrentes da rescisão unilateral, se mostra de especial relevo, visando atingir a objetividade reclamada pela segurança jurídica, a adoção de método objetivo que sirva de suporte à análise judicial concreta da cláusula penal.

3.2 OS FATORES QUE COMPÕEM A CLÁUSULA PENAL E A INFLUÊNCIA DELES NO CONTROLE DA INCIDÊNCIA DESTA

Dada a obrigatoriedade da atuação jurisdicional no controle de equidade da cláusula penal, assim como identificada a possibilidade de aferir os elementos que a compõem, faz-se necessária, para a correta incidência da mesma, a decomposição de seus fatores de maneira racional, a fim de estabelecer parâmetros objetivos para a sua incidência proporcional no caso concreto.

Para isso, o percentual de retenção a título de cláusula penal há de ser decomposto em cinco variáveis, considerando os fatores de antecipação de perdas e o caráter de desestímulo previsto na cláusula penal, dado o seu caráter dúplice, qual seja, o de antecipação das perdas e danos e o de reforço do cumprimento do contrato.

A parcela relativa à antecipação das perdas é composta pelos quatro elementos já mencionados, quais sejam: 1) redução de receitas; 2) despesas com a devolução das parcelas pagas; 3) custos irrecuperáveis associados à revenda da unidade devolvida; e 4) custos financeiros para obter capital, a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas.

A eles deve se somar o percentual relativo à coercibilidade da cláusula penal, o que conduz à divisão por cinco da integralidade do percentual fixado contratualmente para efeito de análise concreta da justiça de seus termos, fazendo com que cada um dos fatores corresponda a 20% da integralidade da cláusula penal convencional.

De partida, há de se considerar que sempre estará presente um dos cinco elementos, a necessidade de impor a pena a título de coerção, evidenciando que 20% do total do valor fixado deve ser respeitado.

De outro lado, na grande maioria das hipóteses, deve ser descontado da cláusula o percentual relativo a 20% de sua integralidade, haja vista que as despesas com a devolução das parcelas pagas irão ocorrer apenas após a obtenção do “habite-se” ou em 180 (cento e oitenta) dias contados da rescisão.

Refere-se, aqui, à “grande maioria das hipóteses”, porque, nos casos em que inexista patrimônio de afetação, pode o incorporador comprovar, durante o processo, que incidiu nos custos relativos à devolução dos valores, sem que tenha logrado a revenda da unidade, constituindo esta justa causa à incidência dos 20% relativos ao percentual que diz respeito à cobertura de tais custos.

Derradeiramente, quanto ao percentual de 60% do total da cláusula, relativo aos três elementos restantes: custos decorrentes da redução de receitas; despesas decorrentes da revenda da unidade devolvida; e custos financeiros para obter capital, a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas, na proporção de 20% cada, verifica-se que estão diretamente atrelados à revenda da unidade.

Assim, como já destacado, se o comprador ou o incorporador promovem a revenda da unidade em tempo razoável, após a resilição, verifica-se que nenhuma das duas despesas incidirá, e a cláusula penal, portanto, deverá ser reduzida em 60% de seu total.

Ao revés, se não houver a dita revenda e a unidade permanecer nos estoques da incorporadora, quando, por exemplo, do ajuizamento da ação, é forçoso o reconhecimento de que tal percentual há de compor a pena convencional pactuada pelas partes, onerando o comprador desistente.

Nesse quadro, pode-se, inclusive, balizar a incidência do percentual de 60%, por exemplo, por meio da adoção de uma relação entre determinada fração de tempo e uma fração do percentual em cada caso concreto. Por exemplo, pode-se entender que, dadas as peculiaridades do negócio jurídico de compra e venda de imóveis sob regime de incorporação, o comprador incidiria em 1% do total de 60% a cada quinze dias que passasse sem efetuar a venda, ou a cada semana na mesma situação.

Ademais, ciente da possibilidade de que a incorporadora pode opor injustificada resistência à cessão da posição contratual, deve o juiz, ainda, controlar essa conduta e, caso reconheça abusividade do exercício do direito, considerar como marco temporal para a incidência do percentual de 60% variável a data em que o comprador fez a primeira solicitação de sua substituição na posição contratual.

Esse raciocínio objetivo permite conferir funcionalidade à cláusula penal aplicável aos contratos de incorporação imobiliária, buscando dotar de padrões objetivos a autoridade judiciária quando da realização de juízo de controle por força da mesma, em virtude do comando imperativo contido no art. 413 do Código Civil brasileiro.

A fórmula adotada permite, ademais, a adequação justa dos valores, equilibrando a relação existente entre as partes, nos exatos termos afirmados no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo a

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990).

Esse equilíbrio ocorre, ainda, na medida em que compartilha o ônus relativo à revenda da unidade, impondo-o também ao comprador, que passará a se engajar diretamente no processo de revenda, por passar esse fato a ser de seu interesse econômico, mitigando, também, os prejuízos que eventualmente possam ser acarretados aos demais componentes do coletivo interessado na execução da obra na incorporação imobiliária.

3.3 A MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL POR APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por fim, ainda no que diz respeito à incidência concreta da cláusula penal no contrato de incorporação imobiliária, o intérprete não se pode descuidar da incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, em especial dos artigos 6º, V; 51, IV, e § 1º, III, o que conduz à necessidade de serem observados, no caso concreto, os motivos aduzidos pelo consumidor para a realização do distrato.

Assim, se o consumidor comprova que a rescisão decorre de fatos como perda do emprego, redução involuntária do padrão de rendimentos ou da não obtenção do financiamento para o recebimento das chaves, forçosa se torna a redução concreta do percentual a ser retido a título de cláusula penal.

Por se tratar de fato modificativo do direito vindicado pelo fornecedor ou de fato constitutivo de eventual pleito de devolução (art. 373, I e II, do Código de Processo Civil brasileiro), faz-se necessário que o consumidor o comprove nos autos, inexistindo viabilidade de que seja imposto ao fornecedor por força da inversão prevista no art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de se lhe atribuir ônus impossível, o de provar fato negativo.

Nessas hipóteses, considerando a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o risco da atividade exercida pela incorporadora, pode-se cogitar a redução de até 50% do total da cláusula penal a ser efetivamente imposta, após a realização do controle de seus elementos, dada a alteração da base objetiva do negócio jurídico.

CONCLUSÃO

Conforme analisado, a rescisão unilateral do contrato de compra e venda submetido ao regime de incorporação imobiliária, inicialmente reconhecida em decisões judiciais, passou a ser implicitamente aceita pela Lei 13.786 de 2018, a qual, visando estabilizar as controvérsias jurídicas existentes, procurou regulamentar os efeitos jurídicos decorrentes da modalidade de extinção contratual em foco.

Considerando-se a incidência da cláusula penal inserida pelo art. 67-A acrescido à Lei 4.591 de 1964, e o dever-poder atribuído ao magistrado pelo art. 413 do Código Civil brasileiro, aliado, quando for o caso, ao art. 51, IV, e § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, ambos determinando o controle de equidade da cláusula penal no caso concreto, buscou-se a construção de método objetivo, para permitir que os magistrados possam proceder à respectiva análise da maneira mais objetiva possível, prestigiando, também, a segurança jurídica.

Haja vista a função dúplice da cláusula penal (coercitiva e de antecipação das perdas e danos) e a existência de quatro tipos de perdas associadas ao rompimento unilateral prematuro do contrato de compra e venda de unidade imobiliária submetida ao regime de incorporação (redução de receitas; despesas com a devolução das parcelas pagas; custeio da revenda da unidade devolvida; e custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas), efetuou-se a decomposição objetiva de cada um desses elementos, de modo que correspondessem a uma parcela da cláusula penal.

Tal decomposição evidenciou que um dos cinco elementos sempre estará presente, qual seja, a necessidade de impor a pena a título de coerção, evidenciando que 20% do total do valor fixado há de ser respeitado. Consolidou, ainda, que, na grande maioria das hipóteses, deve ser decotado da cláusula o percentual relativo a 20% de sua integralidade, visto que as despesas com a devolução das parcelas pagas irão ocorrer apenas após a obtenção do “habite-se” ou em 180 (cento e oitenta) dias contados da rescisão.

Quanto ao percentual de 60% do total da cláusula, relativo aos três elementos restantes, verificou-se que estão diretamente atrelados à revenda da unidade, de modo que, se o comprador ou o incorporador promoverem a revenda da unidade em tempo razoável, após a rescisão, nenhuma das despesas incidirá, e a cláusula penal deverá, portanto, ser reduzida em 60% de seu total, e a situação contrária, de demora na revenda da unidade, será justificadora da retenção desse percentual.

Por fim, rememorou-se a incidência do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, o qual poderá acarretar, nos casos submetidos ao diploma consumerista, a redução de até 50% do total da cláusula penal a ser efetivamente imposta nas hipóteses em que o consumidor comprove que a rescisão decorre de fatos como perda do emprego, redução involuntária do padrão de rendimentos ou da não obtenção do financiamento para receber as chaves.

Aprovado em: 22/5/2019. Recebido em: 29/3/2019.

NOTAS

¹ Cite-se, no particular, as apontadas por Otavio Luiz Rodrigues Junior em artigo de publicação recente: “[...] a resolução ou a rescisão unilateral do contrato (hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica, mas tratadas de modo igual pela lei) [...] Em mais outro assassinio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo. [...] A nova lei peca ao usar terminologia jurídica ultrapassada ou pouco técnica (v.g., rescisão por resolução ou rescisão; desfazimento) [...]” (CONJUR. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil).

² Representativos da consolidação de tal entendimento são os seguintes precedentes: REsp. 132.903/SP, rel. ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 19.12.97; EREsp 59870/SP, rel. ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 9.12.02.

³ Observe-se que, mesmo que dita ementa tenha sido alterada durante a tramitação, passando a ser redigida com o seguinte texto: “Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano”, o parecer do relator, deputado Jose Stédile (PSB-RS), é claro em afirmar que o objetivo da lei seria a regulamentação da “devolução de imóveis adquiridos na planta”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1.220/2015).

⁴ Segundo estudo realizado pelo IBOPE, do ano 2000 ao ano de 2010 o número de domicílios construídos no Brasil cresceu 24%, e o “número de unidades vagas permaneceu praticamente estável: era 6,03 milhões em 2000 e passou para 6,1 milhões em 2010” (IBOPE – INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA – Mercado Imobiliário Residencial Brasileiro). Tais dados indicam que, na década de 2000, praticamente todas as unidades imobiliárias construídas foram adquiridas e ocupadas.

⁵ De acordo com estudo realizado pela Fundação João Pinheiro, “Basicamente o conceito de déficit indica a necessidade de construção de novas moradias para atender à demanda habitacional da população em dado momento.” No ano 2000, desconsiderada a região rural do norte do país por ausência de dados este se encontrava em 7.222.645, enquanto em 2015 este mesmo número caiu para 6,355 milhões de domicílios. Ou seja, embora tímida, houve uma redução do estoque de residências consideradas deficitárias, embora seja evidente a necessidade de se permanecer combatendo tal problema (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO – Déficit Habitacional no Brasil).

⁶ Na cidade de São Paulo, por exemplo, o número de resoluções de contratos de compra e venda de imóveis duplicou, saindo de 10 para 20% das unidades vendidas de 2005 a 2015, conforme estudo realizado pelo Sindicato de Habitação (SECOVI). (SINDICATO DE HABITAÇÃO – SECOVI. Balanço Anual do Mercado).

⁷ Conforme noticiado na imprensa, “As incorporadoras imobiliárias brasileiras gastaram R\$ 1,1 bilhão para negociar os 44.233 imóveis distratados em 2016” (NOTÍCIAS.R7. Custo com distratos supera prejuízo das construtoras). Além disso, nota técnica do Ministério da Fazenda ressalta que “Em alguns casos, os distratos chegaram a representar, em 2016, quase 50% dos recebíveis dos incorporadores de capital aberto” (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Nota técnica Distrato).

⁸ Estudo realizado pelo Ministério da Fazenda aponta taxa de 57% dos “distratos” relacionada aos empreendimentos no setor de padrão médio e alto e afirma que “o grosso do distrato ocorre no setor de padrão médio e alto, e que há pouco distrato no MCMV. Intuitivamente, é para esse público de padrão médio e alto, para o qual as vendas foram mais afetadas, que as quedas de preço foram mais fortes.” (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Nota técnica Distrato).

⁹ Por todos, cite-se aqui, quanto ao art. 413 do Código Civil brasileiro, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[...] 1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. 2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. 3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. [...] 6. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa. 7. Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada.” (BRASIL, 2018b).

¹⁰ Quanto ao “status” de ordem pública das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, este decorre do conteúdo do art. 1º do próprio código.

¹¹ Releva notar, ainda, que a plataforma “SIENGE”, desenvolvida para gestão de matérias afetas à indústria da construção, estabelece os custos com a revenda da unidade devolvida (por ela denominada Custo de Aquisição do Cliente) em “10% do valor imóvel” (SIENGE. QUAL O CUSTO DO DISTRATO DE IMÓVEL PARA SUA EMPRESA?).

¹² Chama a atenção o fato de que o primeiro parecer, apresentado pelo relator perante a Comissão de Defesa do Consumidor, não inseria, na redação do § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 a possibilidade da adoção do percentual de 50%, limitando-se a majorar o percentual de 10 para 25% no inciso II do “caput” do mesmo dispositivo, fundamentando tal alteração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, do que consta na tramitação legislativa, a majoração do percentual passou a estar prevista no substitutivo apresentado pelo relator ao Plenário da Câmara, após aprovação de requerimento de urgência que o deslocou da Comissão de Defesa do Consumidor, ocasião em que, ao proferir parecer em plenário, o relator destaca que “há uma dúvida circulando em relação ao (sic) 50%, na verdade, são 25%. Os 50% apenas nos casos em que vários amigos ou grupos se reúnem para fazer um empreendimento de comum acordo. Nesses casos, poderia se chegar aos 50% de devolução, desde que no contrato entre esses amigos conste essa cláusula.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 1.220/2015).

¹³ “§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga. § 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato. § 7º Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda.” (BRASIL, 1964).

¹⁴ Tal conclusão encontra-se em sintonia com o afirmado pela Fundação Getúlio Vargas em seu estudo acerca do tema, no sentido de que “Enfatizando o significativo descasamento entre projeção e realizado para os fluxos de caixa dos empreendimentos, causado principalmente pelos distratos, acredita-se que o momento de devolução do dinheiro ao comprador que opta pelo distrato deva ser ao fim das obras. Com isso, evita-se que a incorporadora deva procurar formas de investimento que não havia previsto por conta dos distratos ou que deva alocar fluxos de caixa antes direcionados para obras e fornecedores para a devolução aos distratantes.” (FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Análise dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras).

¹⁵ Quanto ao momento da realização da resilição, a análise induz o sentido de que se mostra como fator irrelevante, na medida em que as despesas relativas à redução de receitas se mantêm similares independentemente do momento em que houve a resilição, assim como o momento em que ocorrem as despesas com a devolução das parcelas pagas. De outro lado, os custos irrecuperáveis, associados à revenda da unidade devolvida, tendem a ser menores quanto mais cedo ocorre a resilição, ocasião em que ainda mobilizada a estrutura para venda de outros imóveis remanescentes, sendo que os custos financeiros para a cobertura do descasamento entre receitas e gastos, entretanto, seguem razão inversa, pois quanto mais prematuro for o rompimento, maior será o capital mutuado e, por conseguinte, seu custo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.220/2015**. Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em: 3 mar. 2019.
- BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 5 maio 2019.
- BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm. Acesso em: 3 maio 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 15 maio 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 1.447.247/SP. Recurso Especial. Ação postulando o cumprimento de obrigação de fazer. Sentença de improcedência da pretensão autoral com condenação ao pagamento da cláusula penal avençada. Redução de ofício da multa contratual pela corte estadual. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 19 de abril de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 4 de junho de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1702884&num_registro=201300994520&data=20180604&formato=PDF. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 543**. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_45_capSumulas542-546.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. **Nota técnica Distrato**. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.
- CONJUR. **Retrospectiva 2018**: Leis, livros e efemérides do direito civil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em: 2 maio 2019.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/produtos-e-servicos/2742-deficit-habitacional-no-brasil-3>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Análise dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras**. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4.
- GALLOTTI, Isabel. **A incorporação imobiliária na perspectiva do STJ: a proteção do consumidor - interesse coletivo x individual**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279947,21048-A+incorporacao+imobiliaria+na+perspectiva+do+STJ+protecao+do>. Acesso em: 15 jan. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. **Mercado Imobiliário Residencial Brasileiro**. Disponível em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/110718_Pyxis%20Imobili%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

NOTÍCIAS.R7. **Custo com distratos supera prejuízo das construtoras**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/custo-com-distratos-supera-prejuizo-das-construtoras-25042017>. Acesso em: 13 maio 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIENGE. **Qual o custo do distrato do imóvel para sua empresa?** Disponível em: <https://www.sienge.com.br/blog/custo-distrato-de-imovel/>. Acesso em: 5 jan. 2019.

SINDICATO DE HABITAÇÃO. **Balanco anual de mercado**. Disponível em: [http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balancodomercadoimobiliario2016\(af\).pdf](http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balancodomercadoimobiliario2016(af).pdf). Acesso em: 4 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

João Gabriel Ribeiro Pereira Silva

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT.

Professor de Direito do Consumidor no curso preparatório CPLuris.

joao.gabriel@tjdft.jus.br

MODELO PARA APLICAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR PRIVADA NO BRASIL: POLICONTEXTURALIDADE EM GUNTHER TEUBNER

Ruy Amaral Andrade

A MODEL FOR APPLYING THE RIGHT TO PRIVATE SUPERIOR EDUCATION IN BRAZIL: POLYCONTEXTURALITY IN GUNTHER TEUBNER

RESUMO

Tornou-se cada vez mais frequente a propositura de ações judiciais que tem por objeto o acesso ao ensino superior privado em Direito de jovens que não cumprem os requisitos necessários apontados no artigo 44, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.304 de 1996), em especial, a conclusão do ensino médio. O que se propõe no presente trabalho é a análise da aplicação do direito que rege as relações jurídicas das instituições privadas de ensino superior, aplicação que faz parte do contexto dessas relações, qual seja, o acesso ao ensino superior privado e a judicialização desse acesso. Para tanto, será proposta a adoção do modelo teórico apresentado por Gunther Teubner, que preconiza reconstruir a compreensão da regulamentação jurídica da matéria, a respeito da convivência entre o Direito Público e o Direito Privado, adotando, como alternativa, o conceito de policontexturalidade, cunhado pelo filósofo alemão Gotthard Günther. Propõe-se que o Direito Educacional, em especial no ensino superior, seja visto como sistema autônomo, compatível com o Direito Privado, de modo que eventual julgamento sobre o mérito da questão esteja de acordo com a matriz institucional desse sistema.

» PALAVRAS-CHAVE: DIREITO À EDUCAÇÃO. ENSINO SUPERIOR PRIVADO. JUDICIALIZAÇÃO. POLICONTEXTURALIDADE.

ABSTRACT

There has been an increasing number of Lawsuits regarding access to private higher education in law schools by young people who don't meet the necessary requirements indicated on article 44, II, LDBE (Brazilian Statute on Education), especially those who did not graduate from high school. The purpose of this paper is to analyze the application of the law that governs the legal relations of Private Institutions of Higher Education inserted in the context of the access to private higher education and its judicialization. Therefore, we propose the adoption of the theoretical model presented by Gunther Teubner, which suggests the reconstruction of the understanding of the legal regulation of the matter, regarding the coexistence between Public Law and Private Law and adopting, as an alternative, the concept of polycontextuality, coined by German philosopher Gotthard Günther. We propose that Educational Law, especially higher education, be seen as an autonomous system compatible with Private law, which enables the resolution of the matter in accordance with this system.

» KEYWORDS: JUDICIALIZATION. POLYCONTEXTURALITY. PRIVATE HIGHER EDUCATION. EDUCATIONAL LAW.

INTRODUÇÃO

Há alguns anos, o exercício da advocacia se deparou com nova demanda jurídica, que orbitava o ensino superior brasileiro, em especial a rede privada. Chamou atenção o fato de que, a cada semestre escolar, surgia número significativo de ações com objeto bastante peculiar: discentes que não haviam ainda concluído o ensino médio, mas haviam alcançado pontuação suficiente no processo seletivo, buscavam a via judicial para obter o ingresso antecipado ao ensino superior em Direito.

Esses processos se afeiçoavam das mais diversas formas: (i) mandados de segurança contra o(a) diretor(a) ou o(a) coordenador(a) da faculdade; (ii) mandado de segurança contra o(a) diretor(a) da mantenedora; (iii) mandado de segurança contra um membro da Secretaria Estadual de Educação, seja indicando a faculdade como litisconsorte passiva, seja simplesmente pedindo, de ofício, para determinar a reserva de vaga. Inclusive, as liminares pleiteadas nos citados processos eram, em sua maioria, deferidas tanto pelos juízos federais e pelas varas da Justiça Estadual afetas a relações de consumo, quanto, até mesmo, por meio de decisões emanadas de varas da Infância e da Juventude.

Partindo-se da análise dessas ações em viés negocial, assumindo como premissa que os im-petrantes eram garotos e garotas das classes média ou alta, egressos das melhores escolas privadas, logo, plenamente aptos a pagar as mensalidades e, possivelmente, com boa base de ensino básico, questiona-se o porquê de as escolas da rede privada empreenderem esforços para defesa nesses casos. Ainda mais, por que não simplesmente acatar as decisões judiciais?

Nesse ponto, não se pode olhar para os ingressantes simplesmente pela capacidade de pagar as mensalidades. É essencial que eles tenham alcançado a maturidade necessária para cursar o ensino superior. Portanto, a matriz de análise e a tomada de decisão da instituição está impregnada por outros valores que não apenas a higidez financeira.

Em análise mais ampla, pondera-se que a matriz analítica, que justifica a defesa nesses casos, guarda ampla relação com a missão institucional e o seu papel, conforme definido na Constituição Federal, mas com uma compreensão muito mais profunda dos meandros da educação. Acredita-se que isso deve ser algo levado em conta quando da aplicação do direito que rege as relações jurídicas das instituições privadas de ensino superior. Essa é a proposição que se deseja compartilhar.

O raciocínio que se pretende apresentar neste trabalho será dividido em duas fases: inicialmente, a apresentação do contexto no qual o problema pesquisado é identificado (o acesso ao ensino superior e a sua judicialização), fazendo breves apontamentos sobre o ingresso da iniciativa privada no exercício dessa atividade; em seguida, a propositura de modelo teórico para julgar processos ligados ao acesso bem como a outras questões relacionadas à prestação de ensino superior privado.

Apresenta-se como referencial teórico a proposta de compatibilização do ordenamento jurídico sugerida por Gunther Teubner na obra “After Privatization? The Many Autonomies of Private Law”¹, por admitir que o autor propõe um senso de equilíbrio relevante. Entende-se – nesta primeira análise – que a estrutura montada na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBE ou Lei 9.394 de 1996) é completamente compatível com o regime proposto no referido texto.

1 OS LITÍGIOS E O RESPECTIVO CONTEXTO

Para entender a questão: em suma, por meio de ações judiciais, os propositores buscavam se furtrar à limitação imposta pelo artigo 44, inciso II, da Lei 9.394 de 1996, que determina que o ensino

superior é direcionado aos discentes “[...] que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo [...]” (BRASIL, 1996). A LDBE, portanto, criou claramente dois requisitos: (i) conclusão do ensino médio ou equivalente; e (ii) classificação em processo seletivo. Requisitos exigidos desde os idos de 1915, como se extrai do artigo 77 do Decreto 11.530 de 1915 (BRASIL, 1915).

1.1 O PROCESSO SELETIVO

Destaca-se que a discussão não se volta ao segundo requisito (o processo seletivo), que, no Brasil, pode se dar por três formas: o vestibular, o Sistema de Seleção Unificada (SISU) e o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), sendo que o SISU não é aplicado no caso das instituições privadas.

A bem da verdade, o processo seletivo – para o interessado no ensino superior no curso de Direito – não costuma representar grande dificuldade, se o aluno tem base escolar regular ou boa, dada a ampla disponibilidade de vagas. Nesse contexto, a Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) indicou, por meio do Observatório do Ensino do Direito, que, em 2012, havia no Brasil o total de 1.157 cursos de Direito abertos (GHIRARDI *et al.*, 2014). De acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Educação (MEC) e reproduzidos pela Revista Exame², 258.867 (duzentos e cinquenta e oito mil oitocentos e sessenta e sete) pessoas iniciaram o curso de Direito apenas em 2014 (PATI, 2015). Há, portanto, ampla disponibilidade de vagas³.

Não se nega a existência de situações específicas em que há alta concorrência, em especial nas universidades públicas (com aproximadamente 35 candidatos por vaga⁴), nas quais Direito é um dos cursos com maior nota de corte. Contudo, é possível ingressar em universidades e faculdades reputadas de excelência, enfrentando concorrência significativamente menor, a exemplo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), turno noturno, em Perdizes, com 4,06 candidatos por vaga (NUCVEST, 2016).

1.2 A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO

Muitos estudantes, ainda no curso do ensino médio, conseguiram a aprovação em alguma modalidade de processo seletivo e buscavam a administração de faculdades e universidades para realizar a matrícula, sendo-lhes negada a pretensão, haja vista que não atendiam ao primeiro requisito indicado pela LDBE, acima referido: a conclusão do ensino médio ou equivalente. Em razão da negativa, buscavam amparo do Poder Judiciário.

Antes de apontar como se davam as decisões, é válido esclarecer a que se refere o “equivalente” ao ensino médio.

O instituto tem seu referencial histórico no já mencionado Decreto 11.530 de 1915. Nesse modelo, admitia-se a comprovação de encerramento do curso ginásial apenas pelo Colégio Dom Pe-

dro II ou por instituições estaduais a ele equiparadas. Nos Estados em que não existiam instituições mantidas pelo ente federativo, seria possível a realização de exames para verificação de aprendizado, elaborados e conduzidos pelas instituições de ensino superior, válidas apenas para a referida instituição. Também a realização dos exames no Colégio Dom Pedro II apenas seria possível ano a ano (artigo 86 do referido Decreto).

Desse modelo, evoluiu-se para o regime supletivo, previsto nos artigos 24 a 28 da Lei 5.692 de 1971. Pela estrutura de 1971, haveria cursos supletivos e, conseqüentemente, a possibilidade de realizar os exames supletivos que, para o ensino médio, apenas seriam possíveis aos 21 anos de idade. Esse modelo sofreu fortes críticas, chegando a se falar de uma “[...] indústria de diplomas para o supletivo [...]” (CATELLI JR. *et al.*, 2013, p. 726).

Nessa esteira, em gradual substituição aos supletivos anteriormente existentes, a LDBE passa a tratar da Educação de Jovens e Adultos (EJA), com direcionamento claro “[...] àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria [...]” (BRASIL, 1996, artigo 35). Tratou-se da formalização, na nova lei, de uma realidade fática há muito existente, eram muitos os cursos já chamados de “[...] madureza, suplência, supletivo, alfabetização entre outros nomes [...]” (CURY, 2004), que se propunham a oferecer educação àqueles que estivessem fora do período normal de escolarização.

Regulamentando a matéria, a RESOLUÇÃO CNE/CEB 1/2000 (BRASIL, 2000a) definiu a equiparação curricular entre a EJA e o Ensino Médio, com adequações próprias para o público destinatário. O parecer CNE/CEB 11/2000 (BRASIL, 2000b), anexado e incorporado à resolução citada, apresenta verdadeira incursão no tema do exame, que deixa claro ser ele direcionado ao aluno matriculado no Sistema EJA. Arremata-se, no parecer, que “[...] o estudante da EJA de ensino médio deve ter mais de 17 anos completos para iniciar um curso da EJA. E só com 18 anos completos ele poderá ser incluído em exames [...]” (BRASIL, 2000b). Houve, assim, expressa preocupação, no referido parecer, de que o exame não se tornasse uma fuga do ensino regular (BRASIL, 2000b, p. 38):

A concepção subjacente à EJA indica que a considerável diminuição dos limites da idade, face ao ordenamento anterior, para se prestar exames supletivos da educação de jovens e adultos, não pode servir de alibi para um caminho negador da obrigatoriedade escolar de oito anos e justificador de um facilitário pedagógico. Vale ainda a advertência posta no Parecer 699/72 do então CFE a propósito da [...] ausência de controle do Poder Público sobre os cursos que se ensaiavam e, mesmo, sobre os exames que se faziam [...] Tudo isso, aliado às facilidades daí resultantes, encorajava a fuga da escola regular pelos que naturalmente deveriam segui-la e concluí-la. Era por motivos dessa natureza que, já nos últimos anos, muitos educadores outra coisa não viam na madureza senão um dispositivo para legitimar a dispensa dos estudos de 1º e 2º graus.

Inclusive, o Conselho Educacional Nacional se pronunciou sobre a questão do jovem de 16 anos emancipado, reiterando que o requisito de idade seria “*de ordem psicopedagógica*”, afastando a discussão jurídica (BRASIL, 2000b, p. 43).

Ao fim, os exames supletivos acabaram se distanciando da estrutura da EJA, em que pese continuem sendo formalmente tratados como parte dessa estrutura educativa. Exemplo para-

digmático é a estrutura montada no Estado da Bahia, que, de acordo com a RESOLUÇÃO CEE/BA 138/2001, trata o exame como “alternativa educacional” (BAHIA, 2001):

Art. 8º Os exames supletivos constituem alternativa educacional para proporcionar o reconhecimento de conhecimentos adquiridos por jovens e adultos por meios não formais, permitindo:

I. a certificação referente ao Ensino Fundamental e Médio a jovens e adultos;

II. a regularização da vida escolar de alunos que embora tenham concluído curso apresentam irregularidade no seu histórico escolar;

Contudo, mesmo no Estado da Bahia, que, historicamente, reconhece a certificação por meio de avaliações como medida integrante do plano educacional (SOUSA NETO, 2010), o processo de certificação pressupunha a idade mínima de 18 anos para submissão ao exame.

A questão da certificação do ensino médio, naturalmente, é mais complexa do que isso, havendo questões sensíveis do ponto de vista educacional, jurídico e político, como bem desenhado por Carmen Isabel Gatto (2008), quando do seu doutoramento pela UFRGS. Dentre as questões, há a definição da competência para a realização da prova, a forma desta e, ainda, a possibilidade de substituição por outra prova, a exemplo do ENEM. Seria a “substituição da substituição”, que foi autorizada pelo Ministério da Educação em 2012 (BRASIL, 2012). Tal medida continua sendo discutida e deixou de ser aplicável em 2017 (PONTES, 2017).

Nesse contexto, surgiam as situações de alunos maiores e menores de 18 anos em processo de conclusão do ensino médio, que buscaram a via judicial, para obter seja (i) um exame fora do calendário, que viabilizasse o ingresso tempestivo no ensino superior; seja (ii) a autorização para realizar o exame mesmo antes de completar os 18 anos de idade; seja, ainda, (iii) a dispensa do referido exame, recebendo a certificação de conclusão do ensino básico por ordem judicial.

1.3 AS DECISÕES JUDICIAIS

Por conta do recorte definido para o presente trabalho, não há razão que justifique análise mais aprofundada das decisões judiciais. A bem da verdade, ao que parece, há pouca consistência no entendimento das Cortes Brasileiras que, ora se fundam em razoabilidade e proporcionalidade, ora no direito constitucional à educação (CLASSIFICAÇÃO, 2013). Também o critério de idade e de vinculação ao regime regular de ensino recebem, casuisticamente, maior ou menor importância.

Um panorama razoavelmente abrangente dessa argumentação poderá ser apreendido por meio do estudo empírico conduzido por Giselle Cristina Martins Real e Ana Carolina Santana Moreira (REAL; MOREIRA, 2016).

2 O CENÁRIO JURÍDICO DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO

Desde a proclamação da República, conforme a inteligência do artigo 53 da Constituição de 1891, o sistema jurídico brasileiro passou a admitir que os serviços de ensino superior fossem pres-

tados também por entidades privadas (DURHAM, 2003, p. 5), quebrando o monopólio estatal. Atualmente, aponta-se para um panorama de coexistência entre instituições públicas e privadas.

A Constituição Federal de 1988 qualifica a educação como direito fundamental (artigo 205), afirmando que ela será prestada tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada (artigo 209). Na mesma linha, a LDBE reafirma a coexistência dos regimes público e privado como um princípio geral da educação brasileira (artigo 3º).

Mais do que um autorizativo legal, a abertura do mercado de ensino superior para a iniciativa privada foi verdadeira política pública do Estado brasileiro, especialmente no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (SERRAO, 2014, p. 70). Em que pese o crescimento da rede pública após 2002, nos governos dos presidentes Lula (AGUIAR, 2016) e Dilma (FERREIRA, 2015), isso não significou reduzir a expansão da rede privada.

O ingresso dos *players* da iniciativa privada na educação superior insere o tema em um debate mais amplo, que vem ocorrendo mundialmente e que trata das interações entre o Direito Público e o Direito Privado, ou mesmo da efetiva distinção entre eles (DAGAN; DORFMAN, 2016, p. 1406). A ideia subjacente – que Teubner pontua como decorrência natural da visão limitada da relação entre Direito Público e Privado (TEUBNER, 1998, p. 395) – seria a de que os entes de Direito Privado estão mais orientados à eficiência de mercado do que aos interesses públicos. De outro lado, haveria a ideia de que os interesses sociais apenas seriam alcançados por “princípios de Direito Público”. Apresenta, assim, o problema de forma bem clara:

Se eles [os interesses públicos ligados aos diversos serviços, sendo que, para nossa análise, educação superior] não forem sacrificados no altar da eficiência de mercado, então, seguindo o argumento, paradoxalmente, a privatização dos serviços públicos levará a uma massiva invasão dos princípios de direito público nos regimes de direito privado (TEUBNER, 1998, p. 393, tradução nossa).

Sob outra ótica, ou a eficiência de mercado cederá à melhor concretização do direito à educação, ou tal direito se tornará mero interesse colateral da entidade privada na busca do lucro, seguindo a máxima de que “a responsabilidade social dos negócios é de aumentar seus lucros”. Aqui, com fins meramente retóricos, utilizou-se o título do conhecido trabalho de Milton Friedman, que pode servir como bom paradigma de uma visão extremada de que as sociedades empresárias se orientam apenas pelos interesses financeiros dos seus sócios (FRIEDMAN, 1970).

Nesse contexto, Teubner propõe reconstruir a compreensão da regulamentação jurídica da matéria, evitando os lugares-comuns de fusão, ou mesmo de colonização de uma área pela outra (TEUBNER, 1998, p. 395). Propõe, como alternativa, o conceito de “policontextualidade”, cunhado pelo filósofo alemão Gotthard Günther (1973).

3 A POLICONTEXTUALIDADE COMO FORMA DE APLICAR O DIREITO PRIVADO

Günther (1973) propõe uma teoria filosófica, partindo do pensamento de Aristóteles e sustentando-se nos modelos de ruptura propostos por Hegel e Kant. Assim, sugere a compreensão fora

do modelo de pensamento aristotélico (ser ou não-ser), por entender que este não permite explicar diversos fenômenos mais complexos. A bem da verdade, Günther propõe um modelo complementar ao aristotélico: não o nega como modelo de pensamento filosófico, mas entende que ele precisa de complementação.

Se, de um lado, o pensamento aristotélico permite a formulação de proposições binárias (verdadeiro-falso), de outro lado a policontexturalidade permitirá a hierarquização de tais proposições (GIL, 2011). Isso decorre do fato de que a análise de Günther compreende e permite que os dados possam ser submetidos a múltiplas formulações (ou contexturalidades), recebendo, pois, plurissignificações. Na tradução das palavras do filósofo Günther (1998, p. 9-10):

Mas considerando que indicamos que cada informação ontológica do mundo deve ser considerada uma interseção de um número infinito de contextos, o fato de que quaisquer duas informações que escolhermos pertencem a um contexto não exclui que aquelas mesmas informações também pertençam – em outro cenário – a contexturalidades diferentes e adicionais (tradução nossa).

Considerando esse modelo mental, pode-se fugir da hipersimplificação público versus privado, política versus mercado, estado versus pessoas. É nesse sentido o grande mérito do trabalho de Teubner (1998) em análise: demonstrar como a proposta teórica permite a precisa compreensão do regime jurídico da prestação de alguns serviços “tipicamente estatais” por sociedades empresárias, ao serem consideradas as atividades próprias do “Estado de bem-estar social”, principalmente tendo o regime brasileiro como modelo de análise.

Para a compreensão desse modelo, é necessário entender, de pronto, que o Direito Privado não se esgota como uma província da eficiência de mercado. Ao contrário da sua aparente redução, o Direito Privado abrange múltiplas relações que lidam com diversos objetos, tais quais a intimidade, a ciência, a religião e a educação (TEUBNER, 1998).

As relações privadas (e o direito que as regula) guardam valores sociais próprios, independentemente da sua “publicização”, ora entendida como sinônimo de sua “constitucionalização”, ora como maior interferência estatal nas relações privadas (MATIAS, 2008). Seguem exemplos normativos que apontam esse sentido, embora seja necessário reconhecer que, mesmo em relações privadas não regulamentadas, a lógica interna é indicada como um sistema pelo autor alemão: a) os valores e os princípios constantes no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (a exemplo do art. 19); b) os princípios básicos de governança corporativa (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2017); c) a relação cliente-advogado, que guarda contornos muito mais profundos e antigos do que a regulamentação estatal sobre a matéria; d) as ações e as políticas de responsabilidade social (FÉLIX, 2003, p. 35).

Verifica-se, portanto, que a autorregulamentação não perpassa necessariamente pela primazia da eficiência econômica, havendo outras racionalidades próprias de tais relações.

Sendo assim, a policontexturalidade permitiria exatamente a identificação das racionalidades próprias de cada setor regulado, respeitando-se as características próprias destas e atribuindo-

-lhes força normativa. Propõe-se, portanto, amplo respeito à autonomia, de modo que a intervenção estatal apenas sirva para aplicar o regime jurídico formado naquele microsistema.

4 A POLICONTEXTURALIDADE APLICADA AO ENSINO SUPERIOR PRIVADO BRASILEIRO: HIBRIDIZAÇÃO

Apreendidas as premissas acima, o sistema pátrio poderia fazer a análise jurídica de tais atividades partindo de sua própria racionalidade.

Deve-se entender a educação como um “sistema” (que Teubner, 1998, chamaria de atividade) que se relaciona tanto com a política quanto com o mercado (ambos seriam chamados por Teubner, 1998, de Regimes) na formulação de sua lógica intrínseca. O autor parece incorporar o conceito Luhmanniano de (sub)sistemas, considerados como estruturas que “[...] mantêm em um ambiente muito complexo um contexto invariável e menos complexo, logo, capaz de orientar ações.” (LUHMANN, 2009, p. 226, tradução nossa).

Nesse contexto, o Direito Educacional seria uno, com a peculiaridade de poder ser exercido por um ente público ou privado. Cabe ao aplicador do Direito, portanto, enxergar a complexidade além da dicotomia.

Naturalmente, definir a lógica em cada caso concreto não é tarefa simplória, sendo definida como um grande desafio institucional (FRIEDLAND; ALFORD, 1991, p. 256). Contudo, a proposição neste artigo é de que o sistema jurídico brasileiro seja preparado para tal formulação.

Primeiramente, ressalvado no que houver norma legal ou regulamentar aplicável (BRASIL, 2009)⁵, deve-se observar que a Constituição Federal assegurou a autonomia universitária (art. 207), que se desdobra na capacidade de criar diversas normas por meio de convênios, regimentos, estatutos etc. (art. 53). Em adição, tanto faculdades quanto universidades têm, por força do Decreto 5.773/2006, órgãos colegiados para tomada de decisões institucionais (art. 16), com participação obrigatória de professores e alunos (BRASIL, 2006).

Há, pois, espaço para a formulação de normas jurídicas que lidem tanto com a dimensão econômica quanto com a dimensão “produtiva” (para usar a terminologia empregada pelo autor) da complexa relação (TEUBNER, 1998).

Mesmo o aparato legal específico parece abarcar as peculiaridades do sistema. Alguns elementos na legislação apontam para tal conclusão: “Exige-se um processo seletivo transparente, porém permite-se que a Instituição o elabore livremente [...]” (BRASIL, 1996); “Há controle sobre o reajustamento das mensalidades escolares, contudo com parâmetros fixados [...]” (BRASIL, 1999); “É vedada a aplicação de sanções acadêmicas por descumprimento da obrigação de pagar o preço fixado no contrato de prestação de serviços educacionais [...]” (BRASIL, 1999), todavia, não há obrigação de renovação da matrícula para períodos subsequentes⁶.

Sendo assim, as questões judicializadas das matérias afeitas à educação superior podem – no regime de hibridização proposto por Teubner (1998) – ser resolvidas à luz do direito privado, consideradas suas duas dimensões: (a) econômica e (b) funcional. Tal modelo (em oposição ao atual) permitirá que se confira coerência ao sistema, respeitando a relevância de ambas as dimensões.

O regime americano parece flertar com a ideia, como se extrai do caso “Harvey vs Palmer College of Chiropractic”, em que a Corte indicou, em *obiter dictum*, que “[...] os tribunais são relutantes em intervir em casos envolvendo a expulsão por deficiências acadêmicas, eis que tais decisões estão englobadas na expertise da escola [...]” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984, tradução nossa). Evidencia-se o respeito à normatividade e às características próprias do sistema educacional, havendo autolimitação dos Tribunais em impor a sua visão de mundo em tais microssistemas.

De outro lado, a opção pela hibridização permitirá menor influência negativa de outros fatores políticos na regulação da educação.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, analisou-se uma nova proposta para a compreensão do sistema jurídico da educação no Brasil.

Para tanto, foi apresentado o modelo teórico proposto por Teubner (1998) com base na teoria de Günther (1973), sugerindo a compatibilidade da ideia de policontexturalidade com o objeto de estudo.

Propôs-se que o Direito Educacional (com recorte específico na educação de ensino superior) seja visto como sistema autônomo, dotado de normatividade própria, compatível com o regime privado. Em decorrência, extraiu-se que eventual julgamento sobre o mérito das questões afetas a essa área merece a análise de tal sistema e de sua interação com a “política” (como representação do interesse público) e a eficiência econômica.

Talvez, em última análise, a “justiça” no direito à educação esteja bem próxima da resposta à pergunta: o que a coordenação de um curso sério faria? Isso poderia fornecer uma matriz de compreensão do sistema educacional a partir de sua lógica intrínseca, antes de tentar colonizá-lo pelas racionalidades da política ou da economia.

Concluiu-se que esse modelo promoverá menos intervenções do Judiciário no sistema educacional brasileiro, em decorrência do que estas, quando necessárias, tenderão a ser mais qualificadas.

Aprovado em: 15/1/2019. Recebido em: 6/9/2018.

NOTAS

¹ Como entendemos que o texto explorado apresenta a sua proposta teórica de forma concisa e completa, não vislumbramos a necessidade de ampliação para outros trabalhos deste ou de outros autores sobre o tema. O recorte, pois, limita-se à verificação sobre a compatibilidade do modelo teórico proposto neste texto à estrutura do direito educacional brasileiro.

- ² Deixamos de referenciar o dado diretamente pelo MEC, porque o documento eletrônico se revelou indisponível. Referimos, pois, o dado transcrito pela Revista Exame.
- ³ Naturalmente, há barreiras econômicas a serem consideradas para efetivamente cursar Direito, notadamente em escola privada. Não adentraremos na questão apenas em razão do recorte adotado, considerando que o exemplo a ser discutido trata, majoritariamente, de jovens de classe média e egressos de escolas privadas com altos valores de mensalidade.
- ⁴ O curso de Direito em 2017 teve 238.081 candidatos para 6.743 vagas, conforme dados do MEC (SISU 2017, 2017).
- ⁵ Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da autonomia universitária não significa soberania das universidades, devendo estas se submeterem às leis e aos demais atos normativos (BRASIL, 2009).
- ⁶ Como exemplo, vejamos a notícia publicada pelo TJDF (BRASIL, 2016).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Vilma. Um balanço das políticas do governo Lula para a educação superior: continuidade e ruptura. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 24, n. 57, p. 113-126, mar. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100113&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 abr. 2017.
- BAHIA. Conselho Estadual de Educação. Resolução CEE/BA 138/2001, 28 de dezembro de 2001. Estabelece diretrizes para a Educação Básica, na modalidade de Educação de Jovens e Adultos no Sistema de Ensino do Estado da Bahia. **Diário Oficial do Estado da Bahia**. Salvador, BA, 2001. Disponível em: <https://s187246.gridserver.com/materia/resolucao-ceebea-1382001-estabelece-diretrizes-para-a-educacao-basica-na-modalidade-de-educacao-de-jovens-e-adultos-no-sistema-de-ensino-do-estado-da-bahia/>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. Decreto 11.530, de 18 de março de 1915. Reorganiza o ensino secundário e o superior na Republica. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 20 mar. 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. Decreto 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 9 maio 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5773.htm. Acesso em: 18 abr. 2017.
- BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 16 abr. 2017.
- BRASIL. Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 23 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm. Acesso em: 18 abr. 2017.
- BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CEB nº1, de 5 de julho de 2000. Estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2000a. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB012000.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CEB 11/2000. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos. Relator Conselheiro Carlos Roberto Jamil Cury. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2000b. Disponível em: http://confiteabrazilmais6.mec.gov.br/images/documentos/parecer_CNE_CEB_11_2000.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. Portaria Normativa nº 11, de 23 de maio de 2012. Altera a Portaria MEC nº 429, de 2 de abril de 2008, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Acompanhamento e Controle Social do Programa Universidade para Todos - CONAP; Altera a Portaria MEC nº 713, de 9 de junho de 2008, que aprova o Regimento Interno da CONAP; Altera a Portaria MEC nº 1.132, de 2 de dezembro de 2009, que dispõe sobre a instituição das Comissões Locais de Acompanhamento e Controle Social do Programa Universidade para Todos - COLAPs; e Altera a Portaria MEC nº 1.133, de 2 de dezembro de 2009, que aprova o Regimento Interno das COLAPs. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 24 maio de 2012. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/enem/legislacao/2012/portaria-MEC10-certificacao.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 561.398-4 MG. Agravo Regimental. Instituição de ensino superior. Possibilidade de matrícula em dois cursos com compatibilidade de horários. Resolução editada pela instituição de ensino no sentido da proibição. Discussão infraconstitucional. Alegação de ofensa ao art. 207 da Constituição Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 23 jun. 2009.

Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599632>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Não é ilegal a negativa de renovação de matrícula a aluno inadimplente.** Brasília, DF, fev. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/im-prensa/noticias/2016/fevereiro/nao-e-ilegal-a-negativa-de-renovacao-de-matricula-a-aluno-inadimplente>. Acesso em: 15 jun. 2019.

CATELLI JR., Roberto; GISI, Bruna; SERRAO, Luis Felipe Soares. Encceja: cenário de disputas na EJA. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 94, n. 238, p. 721- 744, set./dez. 2013.

CLASSIFICAÇÃO no Enem basta para matrícula em faculdade. **Revista Consultor Jurídico.** [S.l.], 20 de março de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-20/estudante-matricular-universidade-terminar-ensino-medio>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Por uma nova Educação de Jovens e Adultos. In: **TV Escola, Salto para o Futuro. Educação de Jovens e Adultos: continuar... e aprender por toda a vida.** Boletim, 20 a 29 set. 2004. Disponível em: <http://www.tvebrasil.com.br/salto/boletins2004/eja/index.htm>. Acesso em: 4 set. 2006.

DAGAN, Hanoch; DORFMAN, Avihay. Just Relationships. **Columbia Law Review**, v. 116, n. 6, p. 1395-1460, 2016.

DURHAM, Eunice R. O ensino superior no Brasil: público e privado. Documento de Trabalho 3/03. In: **Seminário Sobre Educação no Brasil**, 11 de março de 2003. Disponível em: <http://nupps.usp.br/downloads/docs/dto303.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Iowa Court of Appeals. **Harvey v. Palmer College of Chiropractic, State Library of Iowa Digital Collections.** Iowa, 1984. Disponível em: <https://digital.statelibraryofiowa.org/items/show/50907>. Acesso em: 22 out. 2018.

FÉLIX, Luiz Fernando Fortes. O ciclo virtuoso do desenvolvimento responsável. In: **Responsabilidade Social das Empresas: a contribuição das universidades.** São Paulo/Petrópolis: Instituto Ethos, v. 2, p. 13-42, 2003.

FERREIRA, Suely. **Reformas na educação superior: novas regulações e a reconfiguração da universidade.** *Educação Unisinos.* São Leopoldo, v. 19, n. 1, p. 122-131, janeiro-abril, 2015. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=449644339013>. Acesso em: 30 abr. 2017.

FRIEDLAND, R.; ALFORD, R. R. Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions. In W. W. Powell, & P. J. DiMaggio (Eds.), **The new institutionalism in organizational analysis.** Chicago and London, 1991.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits. **The New York Times Magazine**, 13 set. 1970, p. 17.

GATTO, Carmen Isabel. **O processo de definição das diretrizes operacionais para a Educação de Jovens e Adultos: participação democrática das agências do campo recontextualizador oficial.** 2008. Tese. Orientador(a): Maria Helena Degani Veit. (Doutorado em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, Porto Alegre, 2008.

GHIRARDI, José Garcez (coord.) *et al.* **Relatório do Observatório do Ensino do Direito**, v. 2, n. 1, novembro, 2014. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_nov_2014quem_oferece_os_cursos_de_direito_no_brasil.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

GIL, Miguel Ángel Briceño. Polycontextural Logic: New Resource for Transdisciplinary Research in Sociology. **Sociology Study.** jul. 2011, v.1, n. 2, 143-152. Disponível em: https://www.academia.edu/22811679/Poly_contextural_Logic_New_Resource_for_Transdisciplinary_Research_in_Sociology. Acesso em: 30 abr. 2017.

GÜNTHER, Gotthard: **Life as Polycontexturality**, in: www.vordenker.de (Edition: February 2004), J. Paul (Ed.), URL: http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontexturality.pdf - first published in: H. Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für WalterSchulz, Pfullingen 1973, 187-210.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Princípios Básicos.** Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa/principios-basicos>. Acesso em: 1 maio 2017.

LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme**, 8th ed. (2009), 226 (translation by the author) [Luhmann, Aufklärung].

MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar. **Revista Esmafe**. Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 15, p. 119-149, ago. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27588>. Acesso em: 28 jan. 2010.

NUCVEST. **Vestibular da PUC-SP/2017 (Verão)**: Relação Candidato/Vaga (Divulgação). [S.l.], 1 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.nucvest.com.br/downloads/vestibular-unificado/verao-2017/relacao_candidato_vaga_2017verao_em_25112016.pdf. Acesso em: 17 abr. 2017.

PATI, Camila. Os 10 cursos universitários com mais alunos no Brasil. **Exame**. 2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/carreira/os-10-cursos-universitarios-com-mais-alunos-no-brasil/>. Acesso em: 16 abr. 2017.

PONTES, Felipe. **Enem deste ano não servirá como certificação do ensino médio, diz ministro**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-01/enem-deste-ano-nao-servira-como-certificacao-de-ensino-medio-diz-ministro>. Acesso em: 25 abr. 2017.

REAL, Giselle Cristina Martins; MOREIRA, Ana Crolina Santana. Acesso oblíquo à educação superior: decisões de tribunais de justiça estaduais. **Caderno de Pesquisa**. São Paulo, v. 46, n. 161, p. 822-844, jul./set. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/198053143524>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SERRAO, Luis Felipe Soares. **Exames para certificação de conclusão de escolaridade**: os casos do Enceja e do Enem. 2014. Orientador: Prof. Dr. Ocimar Munhoz Alavarse. Dissertação. (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-01122014-103636/pt-br.php>. Acesso em: 30 abr. 2017.

SISU 2017: concorrência primeira edição. [S.l.], 6 fev. 2017. Disponível em: <https://www.sisu.pro.br/sisu-2017/sisu-2017-concorrencia-primeira-edicao.html>. Acesso em: 17 abr. 2017.

SOUSA NETO, João Marciano de. **Escolarização de Jovens e Adultos**: Análise sobre o desenvolvimento dos cursos em escolas exclusivas da rede estadual na cidade de Salvador-BA. 2010. Orientador: Prof. Dr. Juan Luiz Novaes. Dissertação (Mestrado em educação) – Universidade do Estado da Bahia, Salvador, 2010.

TEUBNER, Gunther. After Privatization? The Many Autonomies of Private Law. **Current Legal Problems**. Londres, v. 51, p. 393-424, 1998.

Ruy Amaral Andrade

Mestrando em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Especialista em Direito do Estado na Faculdade Baiana de Direito.

Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa.

Professor de Direito Empresarial da Faculdade Baiana de Direito.

Professor de Negociação, Mediação e Arbitragem na Pós-Graduação da UNIFACS – Universidade Salvador/Laureate International Universities.

ruy@ruyandrade.com

ENUNCIADO DA SÚMULA 24 – JULGAMENTO DA USUCAPIÃO FAMILIAR – COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL

Em sessão realizada no dia 24/6/2019, a Câmara de Uniformização aprovou o enunciado da Súmula 24, o qual prevê que o julgamento de ação de usucapião com base no artigo 1.240-A do Código Civil compete ao Juízo Cível. As competências próprias do Juízo de Família, previstas no art. 27 da Lei 11.697/08, são afastadas porque a pretensão é eminentemente patrimonial. Confira:

SÚMULA 24

“A competência para julgamento da ação de usucapião, fundada no art. 1.240-A do Código Civil, é do Juízo Cível.”

Precedentes:

Câmara de Uniformização

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE EDIÇÃO DE ENUNCIADO DE SÚMULA. USUCAPIÃO FAMILIAR PREVISTO NO ART. 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. I – Conforme o disposto nos artigos 926, § 2º, do CPC, e 330, do RITJDF, a egrégia Corte de Justiça deve editar enunciados de súmula que correspondam à sua jurisprudência dominante. II – As Câmaras Cíveis têm decidido, de maneira pacífica, que o julgamento da ação de usucapião familiar se insere na competência do Juízo Cível. III – Proposta de edição de enunciado sumular acolhida. (TJDF, Câmara de Uniformização, Acórdão n. 1180675, 07046285820198070000, Relator Des. JOSÉ DIVINO, Dje de 9/7/2019.)

1ª Câmara Cível

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR. ART. 1.240-A, CC. QUESTÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RELATIVA A RECONHECIMENTO OU DISSOLUÇÃO DE RELAÇÃO FAMILIAR. NATUREZA EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. 1.O Conflito Negativo de Competência se refere a demanda sobre o reconhecimento de exclusividade quanto ao imóvel, em razão da denominada “usucapião familiar”, constante no art. 1.240-A do Código Civil. 2. A única e principal pretensão formulada nos autos diz respeito, exclusivamente, à questão patrimonial, haja vista que não houve qualquer pedido para o reconhecimento ou para a dissolução da união estável. Desse modo, por não vislumbrar matéria que atraia a competência do Juízo familiar, a competência é do Juízo da Vara Cível. 3. Acolho o Conflito Negativo de Competência para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Cível de Samambaia, ora suscitado, para o processamento e julgamento da ação de usucapião nº 2017.09.1.008590-0. (TJDF, 1ª Câmara Cível, Acórdão n.

1089784, 07000733220188070000, Relator Des. ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, DJe de 24/4/2018, grifo no original.)

1ª Câmara Cível

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BENS – IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM – NATUREZA PATRIMONIAL FAMILIAR – PEDIDO RECONVENCIONAL – USUCAPIÃO ESPECIAL – MATÉRIA EMINENTEMENTE PATRIMONIAL – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. 1) O objeto da lide se limita na alienação judicial de imóvel de propriedade comum, matéria esta afeta a processamento e julgamento perante vara cível, nos termos dos artigos 26 e 27 da Lei 11.697/08 e 226 da Constituição Federal. 2) Afasta-se a alegação de que o pedido reconvencional, no qual se pretende a declaração de usucapião familiar, atrairia a competência da vara de família, visto que a relação jurídica em evidência é eminentemente patrimonial. 3) A competência da Vara da Família cessa na hipótese em que não se presencia materialmente relação familiar, permanecendo uma relação meramente patrimonial a atrair a competência da Vara Cível. 4) Conflito de competência julgado procedente para declarar a competência do suscitado. (TJDFT, 1ª Câmara Cível, Acórdão 1020244, 07004650620178070000, Relator Des. JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, DJe de 31/5/2017.)

2ª Câmara Cível

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO. ART. 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. I. De acordo com a inteligência do artigo 27 da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, a ação de usucapião fundada no artigo 1.240-A do Código Civil não está compreendida na competência das varas de família. II. A usucapião regulada no artigo 1.240-A do Código Civil, conquanto contextualizada nas relações familiares, constitui instituto de direito real, tanto que previsto no capítulo intitulado “Da Aquisição da Propriedade Imóvel” do Livro III do Código Civil, concernente ao Direito das Coisas. III. As ações são classificadas em função do seu objeto, isto é, do pedido deduzido na petição inicial, e não do respectivo embasamento fático. IV. A ação de usucapião, que tem por objeto a declaração de aquisição da propriedade imóvel, segundo o artigo 1.241 do Código Civil, passa ao largo da competência dos juízos de família na forma prevista na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal. V. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado. (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Acórdão 1048508, 07010551720168070000, Relator Des. JAMES EDUARDO OLIVEIRA, DJe de 9/10/2017.)

2ª Câmara Cível

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR. ART. 1.240-A, CC. QUESTÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RELATIVA A RECONHECIMENTO OU DISSOLUÇÃO DE RELAÇÃO FAMILIAR. NATUREZA EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. **É de competência da vara cível a ação de usucapião familiar baseada no art. 1.240-A, por abandono de ex-cônjuge ou ex-companheiro, quando for este o objeto principal da lide, sem que haja pretensão de reconhecimento e/ou dissolução da relação familiar.** (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Acórdão 1049338, 07102448220178070000, Relatora Desª. CARMELITA BRASIL, PJe de 4/10/2017, grifo no original.)

DIREITOS AQUISITIVOS DERIVADOS DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – PENHORA

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, há o desdobramento da titularidade do bem nos contratos de alienação fiduciária, pois o credor detém a propriedade resolúvel, enquanto o devedor conserva a posse direta da coisa. Com a quitação da dívida, ocorre a resolução da garantia, circunstância que assegura ao devedor a propriedade plena. Nesse contexto, enquanto não houver o pagamento do débito, não será cabível a penhora do objeto gravado com cláusula de alienação.

Todavia, os direitos aquisitivos derivados da alienação fiduciária em garantia são passíveis de constrição, pois não se confundem com o direito de propriedade em si. Tais créditos são representados pelas prestações mensais pagas pelo devedor, as quais passam a ter expressão econômica ao serem incorporadas ao patrimônio deste. Assim, ao afastarem argumentos recursais atinentes à efetividade dessa penhora, esta Corte entende que, se há valor aferível de plano – com a simples conferência de créditos e débitos no extrato do instrumento contratual – não há de se falar em ineficácia da medida de empenho.

O entendimento embasa-se no artigo 835, inciso XII, do CPC sendo pacífico entre as Turmas Cíveis do TJDF. São acórdãos representativos:

Des. Carlos Rodrigues

Diante do exposto, conheço DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso exclusivamente para autorizar a penhora sobre os direitos aquisitivos do veículo indicado pelo agravante e que se encontra gravado com alienação fiduciária. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1153773, 071746398320188070000, Relator Des. Carlos Rodrigues, DJe de 28/2/2019.)

Des. Mário-Zam Belmiro

Com efeito, malgrado os recorrentes não sejam os proprietários do imóvel, haja vista a alienação fiduciária dada em garantia, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, nessas situações, é possível a penhora sobre os direitos aquisitivos do fiduciante, tal qual registrado pelo douto Magistrado prolator do decimus. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 1141641, 07146398320188070000, Relator Des. Mário-Zam Belmiro, DJe de 22/1/2019.)

Des. Esdras Neves

A penhora dos direitos aquisitivos é possível e legalmente prevista, porque há diferença entre a propriedade do bem e os direitos aquisitivos a ele relativos. No caso dos autos, a propriedade plena não é detida pela agravada, mas ela detém direitos relativos à aquisição dos imóveis, os quais possuem valor no mercado, que pode ser irrisório ou até mesmo refletir uma quantia significativa, sempre dependendo do número de parcelas pagas, do valor das parcelas e do débito restante. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1140626, 07176849520188070000, Relator Des. Esdras Neves, DJe de 4/12/2018.)

Des. Robson Barbosa de Azevedo

Todavia, embora não se admitia o bloqueio judicial de bens com cláusula de alienação fiduciária, é admitida a penhora dos direitos aquisitivos do veículo que possui a restrição, uma vez que tais direitos aquisitivos possuem expressão econômica que não se confunde com a propriedade do bem, conforme dispõe expressamente o art. 835, inciso XII, do CPC/15. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1137107, 07130488620188070000, Relator Des. Robson Barbosa de Azevedo, DJe de 23/11/2018.)

Des. Silva Lemos

A controvérsia reside na possibilidade de penhora dos direitos aquisitivos de veículo alienado fiduciariamente. O art. 835, inc. XII, do CPC prevê, expressamente, a possibilidade de penhora dos direitos aquisitivos derivados de contrato com alienação fiduciária em garantia. Desse modo, o pedido de reforma da r. decisão que indeferiu o pedido feito nesse sentido deve ser acolhido, considerando a permissão legal descrita na legislação processual civil. Destaco, por oportuno, que eventual inadimplência, junto ao credor fiduciário, não interfere na constrição judicial, mas apenas na relação à ordem de preferência da penhora. Logo, essa questão não constitui óbice ao deferimento do pedido. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1131351, 07015473820188070000, Relator Des. Silva Lemos, DJe de 7/11/2018.)

Desª. Gislene Pinheiro

Destarte, a despeito dos fundamentos do *decisum*, é cabível a penhora dos direitos aquisitivos da devedora sobre veículo gravado com alienação fiduciária. Destaque-se, ainda, que não há violação ao regramento insculpido no art. 7-A, do Decreto-Lei 911/69, incluído pela Lei 13.043/14, já que a constrição não irá recair sobre o bem propriamente dito, mas, apenas, sobre os direitos que detém o ora agravado sobre esse bem. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1114534, 7001738420188070000, Relatora Desª. Gislene Pinheiro, DJe de 13/8/2018.)

Des. Fernando Habibe

Sempre entendi que a penhora dos direitos aquisitivos, embora possível – mesmo à luz da Lei 13.043/14, que impede a penhora do bem –, é, na maioria das vezes, uma ilusão processual, um ato ineficaz que só serve para atrapalhar a relação fiduciária, sem benefício algum para o exequente. Não obstante persista com o mesmo entendimento, o certo é que prevaleceu aquela jurisprudência, ao ponto de ter sido convertida em artigo de lei (CPC 835, XII), motivo pelo qual, eficaz ou ineficaz, a penhora dos direitos aquisitivos é um direito que assiste ao exequente. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1111841, 07015838020188070000, Relator Des. Fernando Habibe, DJe de 2/8/2018.)

Desª. Carmelita Brasil

É cediço que é possível a penhora sobre os direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, por possuírem expressão econômica, sendo, assim, aptos à garantia dos créditos em execução. Na hipótese, a constrição não recai sobre a propriedade, que é do credor fiduciário, mas sim sobre os direitos aquisitivos decorrentes do contrato de alienação fiduciária, na extensão das obrigações adimplidas pela devedora fiduciante, ora agravada. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1100608, 07009402520188070000, Relatora Desª. Carmelita Brasil, DJe de 7/6/2018.)

Des. Teófilo Caetano

Ou seja, se anteriormente a penhora de direitos aquisitivos derivados de alienação fiduciária derivava da apreensão de que se emolduram como direitos e, ostentando expressão pecuniária, eram passíveis de expropriação, atualmente o legislador processual fora além, prevendo expressa e textualmente a viabilidade da penhora de direitos aquisitivos derivados de alienação fiduciária, como no caso. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1088613, 07139126120178070000, Relator Des. Teófilo Caetano, DJe de 20/4/2018.)

Des. Flavio Rostirola

Inicialmente, cumpre ressaltar que compartilho do entendimento de que os direitos advindos do contrato de alienação fiduciária, decorrentes das prestações pagas, podem ser

penhorados. Com efeito, não há óbice legal para que a penhora se efetive sobre direitos que o devedor possui sobre as prestações pagas de bem alienado fiduciariamente, uma vez que a constrição não irá recair sobre o bem propriamente dito, mas, tão somente, sobre os direitos que detém o executado sobre esse bem. A penhora, portanto, efetivar-se-á sobre a parte ideal do automóvel gravado e que já se encontra paga, pois o devedor tem direitos sobre as prestações que já pagou. Tal entendimento, inclusive, encontra previsão legal no inciso XII do artigo 835 do Código de Processo Civil/2015. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1086649, 07156213420178070000, Relator Des. Flavio Rostirola, DJe de 13/4/2018.)

Des. James Eduardo Oliveira

A penhora sobre direito de aquisição gerado pela alienação fiduciária, e não propriamente sobre o veículo alienado fiduciariamente, é admitida expressamente pelo artigo 835, inciso XII, do Código de Processo Civil. (...) Titulariza, pois, o devedor fiduciante, direito de aquisição que pode ser objeto de constrição judicial. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1076586, 07109012420178070000, Relator Des. James Eduardo Oliveira, DJe de 14/3/2018.)

Des. Diaulas Costa Ribeiro

É possível a penhora dos direitos aquisitivos oriundo do contrato de veículo, com alienação fiduciária em garantia, nos termos do art. 835, XII do CPC/2015 c/c 7-A do Decreto-Lei nº 911/1969. Precedentes do STJ e deste Tribunal. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 1079017, 07160872820178070000, Relator Des. Diaulas Costa Ribeiro, DJe de 7/3/2018.)

Desª. Simone Lucindo

Como cessão, é vedada a penhora sobre o bem gravado com alienação fiduciária, cuja propriedade é do credor fiduciário. Contudo, não há óbice à constrição dos direitos aquisitivos do devedor decorrentes do contrato de alienação fiduciária em face da nova disposição legal. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1073096, 07146764720178070000, Relatora Desª. Simone Lucindo, DJe de 15/2/2018.)

Desª. Nídia Corrêa Lima

Cumprir manter o entendimento até aqui expendido, sobretudo considerando a impossibilidade de se estender a proteção sobre o bem de família aos direitos aquisitivos de um segundo imóvel, adquirido pelos ora agravantes por meio de contrato de alienação fiduciária, e utilizado como moradia por uma de suas filhas. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1021548, 20160020322763AGI, Relatora Desª. Nídia Corrêa Lima, DJe de 27/6/2017.)

Des. Héctor Valverde

É possível a penhora de direitos aquisitivos relativos a veículos com alienação fiduciária em garantia, conforme expressamente previsto no art. 835, inc. XII, do Código de Processo Civil. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 995268, 20160020430083AGI, Relator Des. Héctor Valverde, DJe de 8/3/2017.)

CLÁUSULA DE BARREIRA EM CONCURSO PÚBLICO – CONSTITUCIONALIDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

As cláusulas de barreira, previstas em editais de concursos públicos, são utilizadas como critério diferenciador de desempenho meritório do candidato, de modo a promover a seleção do concorrente mais preparado, segundo a nota obtida em prova elaborada para esse fim. A questão tem sido amplamente analisada pela jurisprudência do TJDF.

Os julgadores consideram que o afunilamento dos melhores candidatos no decorrer do certame, além de permitir a seleção de profissionais com maior habilidade técnica e profissional para o exercício da função pública, viabiliza o custo operacional dirigido à finalidade de contratação de pessoal para os cargos do serviço público no âmbito distrital. O Poder Judiciário não deve intervir na metodologia de seleção do administrador público, o qual possui legitimidade para deliberar acerca dos critérios que melhor atendam aos interesses da Administração, ressalvadas as hipóteses de abuso de poder e ilegalidade. Desse modo, não há de se falar em ofensa direta ou reflexa à Constituição Federal quando se aplica a restrição numérica da cláusula de barreira, haja vista que a admissão de um candidato melhor posicionado, em detrimento de outros classificados em piores colocações, demonstra ausência de subjetivismo, por inexistir dúvidas sobre eventual predileção entre eles, além de estar em harmonia com os propósitos constitucionais.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral sob o Tema 376 (RE 635739/AL), concluiu pela constitucionalidade da regra limitativa, por entender que a seleção dos melhores pretendentes ao exercício de função pública não viola, *de per se*, os princípios da isonomia ou da razoabilidade previstos na Magna Carta.

Precedentes sobre a aplicação indistinta da cláusula:

Des. Arnaldo Camanho

Compulsando os autos, e conforme já salientado na decisão monocrática desta Relatoria (...), constata-se que não há aparente ilegalidade na aplicação de limitação numérica de candidatos de uma fase para outra do concurso – cláusula de barreira –, desde que fundada em critérios objetivos. Na hipótese vertente, observa-se que o item 9.7.1, do Edital nº 23 – SEE/DF, (...), é claro ao considerar o melhor desempenho nas provas objetivas como requisito

para prosseguimento na fase seguinte de avaliação de títulos, que se encontra redigido nos seguintes termos: “9.7.1 Respeitados os empates na última colocação, serão corrigidas as provas discursivas dos candidatos aos cargos de nível superior aprovados nas provas objetivas e classificados conforme quadro a seguir. (...)”. Com efeito, não se evidencia qualquer ilegalidade na aplicação da restrição numérica de candidatos de uma fase para outra do concurso, denominada cláusula de barreira, pois, como se vê, do excerto acima, foi fundada em critérios objetivos, tendo em conta o melhor desempenho nas provas objetivas como requisito para prosseguimento na fase seguinte, com a correção da prova discursiva. (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 1060216, 07073503620178070000, Relator Des. Arnaldo Camanho, DJe de 24/11/2017, grifo no original.)

Des. Getúlio de Moraes Oliveira

No mérito, a resolução da presente controvérsia demanda na análise da legalidade da cláusula de barreira, a qual restringe a convocação de candidatos entre fases de concurso público com o objetivo de selecionar os melhores candidatos entre um grande número de pessoas que buscam ocupar cargos públicos. Pois bem, a jurisprudência pátria há muito já proclamou a validade da cláusula de barreira em concurso público, entendimento esse que foi ratificado pelo c. STF em regime de repercussão geral (...). Assim, conforme entendimento supramencionado, não há ilegalidade na aplicação da cláusula de barreira em concurso público. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1058273, 07000656920168070018, Relator Des. Getúlio de Moraes Oliveira, DJe de 12/12/2017.)

No mesmo sentido, julgados proferidos pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Distrito Federal:

Juiz Arnaldo Corrêa

Pretende a autora a anulação dos itens do edital que se referem à cláusula de barreira ou afundamento. Todavia, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral, que as cláusulas de barreira em concurso público, para seleção dos candidatos mais bem classificados, têm amparo constitucional. (...). Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observada as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade e, como *verbi gratia*, ocorre quando em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. Posto isso, não há qualquer inconstitucionalidade na norma editalícia que prevê a cláusula de barreira. (TJDFT, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1067773, 07010353520178070018, Relator Juiz Arnaldo Corrêa, DJe de 13/12/2017.)

Juiz Aiston Henrique de Sousa

O STF decidiu, em Recurso Extraordinário com repercussão geral, que “as regras restritivas em editais de concurso público, quando fundadas em critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato, não ferem o princípio da isonomia” e que “as cláusulas de barreira em concurso público, para seleção dos candidatos mais bem classificados, têm amparo constitucional.” (...). Sem demonstração de ilegalidade ou abuso, as regras de edital de concurso público seguem os critérios de conveniência e oportunidade da Administração na seleção dos candidatos mais adequados ao preenchimento dos cargos em oferta. Não cabe ao Poder Judiciário intervir nos critérios de seleção, nem determinar a inclusão de candidatos fora do número de corte. (TJDFT, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1040396, 07000925220168070018, Relator Juiz Aiston Henrique de Sousa, DJe de 31/8/2017.)

Precedentes no sentido da existência de limite prescricional para aplicação da cláusula de barreira:

Des. Fábio Eduardo Marques

O art. 1º da Lei distrital 7.515/86 estabelece a prescrição anual relativamente ao direito de ação contra atos relativos a concursos públicos para o provimento de cargos da administração direta e autárquica. 2. Em observância aos critérios de hierarquia diante do conflito aparente de normas, prevalece a aplicação da Lei distrital 7.515/86, especial em relação ao Decreto 20.910/32. Não prospera a insurgência relativa à preterição no certame, para fins de aplicação do Decreto 20.910/32, uma vez que a causa de pedir consubstanciada na preterição é consequência lógica da anulação das cláusulas de barreira editalícias. Afinal, frustrada a pretensão anulatória, evidente a manutenção da situação da candidata como eliminada do concurso público, faltando-lhe interesse útil quanto à arguição de preterição. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1109417, 07000301220168070018, Relator Juiz Fábio Eduardo Marques, DJe de 27/7/2018.)

Juiz Fernando Antonio Tavernard Lima

Prescrição da pretensão de anulação dos itens 1.2 e 9.1 do Edital nº 01 – SEAP/SEE (4.9.2013), os quais estabeleceram a chamada cláusula de barreira. I. Incidência da Lei n. 7.515/86, à luz do princípio da especialidade. Nesse quadro, direito de ação contra quaisquer atos relativos a concursos para provimento de cargos e empregos na Administração Direta do Distrito Federal e nas suas Autarquias prescreve em um ano, a contar da data em que for publicada a **homologação do resultado final**. (TJDFT, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1056713, 07164749220178070016, Relator Juiz Fernando Antonio Tavernard Lima, DJe de 3/11/2017, grifo no original.)

SALDO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CONTROVÉRSIA QUANTO À PENHORABILIDADE DAS VERBAS

O TJDFDT passou a admitir a possibilidade de penhora dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar a partir do segundo semestre de 2017, mediante apreciação casuística dos pedidos trazidos ao exame das Turmas Cíveis. Contudo, remanesce a controvérsia quanto à destinação do capital acumulado: se os valores constituem modalidade de investimento de longo prazo, caso em que os recursos patrimoniais apenas aumentariam a disponibilidade financeira do titular; ou se tais verbas seriam destinadas à sobrevivência do beneficiário.

O primeiro entendimento vislumbra a penhorabilidade dos valores retidos na previdência privada e defende que os saldos acumulados podem ser objeto de penhora, se demonstrado que a constrição não prejudicará a subsistência do devedor, pois o beneficiário poderá utilizar-se de outros bens ou fontes de renda para suprir suas necessidades. Nesse caso, a penhora recairia sobre a parte excedente ao razoavelmente indispensável para o sustento daquele.

Noutro giro, há Desembargadores que defendem a impenhorabilidade da verba, por considerá-la de natureza alimentar, na forma do artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A despeito dessa polarização, alguns Julgadores têm ponderado a necessidade de oficiar à entidade fechada de previdência complementar, a fim de se verificar a existência de planos de previdência e respectivos valores para, só então, de posse da informação administrativa, decidir acerca da penhorabilidade ou não da reserva financeira.

Acórdãos que defendem a admissão da penhora do saldo da previdência complementar:

Des. Rômulo de Araújo Mendes

1. Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1121719/SP, a penhora de valores depositados em contas de previdência privada complementar deve ser auferida em cada caso concreto, de modo que a impenhorabilidade de tais valores somente é reconhecida quando se verificar que o saldo correspondente é utilizado para a subsistência do participante ou de sua família. 2. In

casu, foram diversas diligências a fim de localizar os bens do executado, porém sem sucesso. Assim, é possível deferir a busca e o (sic) indisponibilidade de ativos financeiros constante em conta de previdência privada do executado. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1149845, 07145359120188070000, Relator Des. Rômulo de Araújo Mendes, DJe de 13/2/2019.)

Des. José Divino

No caso, a agravada teve seu vínculo com o órgão patrocinador rompido em 29/02/2012. E a última contribuição vertida ao plano data de 23/11/2015, permanecendo o saldo das contribuições desde essa data sem movimentação à disposição da agravada para resgate (*omissis*). Assim, não há como defender que o saldo de contribuições possui caráter alimentar ou destina-se à sua subsistência, sobretudo porque o valor encontra-se sem movimentação, desde 23/11/2015. (...) Diante dessas circunstâncias, deve-se admitir a penhora dos valores depositados no plano de previdência, para o qual, há muito, não há mais contribuição. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1092034, 07005038120188070000, Relator Des. José Divino, DJe de 8/5/2018.)

Des. Angelo Passareli

Bem, quanto aos valores depositados em previdência privada, a jurisprudência do STJ entende que não são considerados de forma absoluta como sendo de natureza alimentar, pois não ostentam nitidamente o caráter alimentar. (...) Neste diapasão, não há que se falar em impenhorabilidade destes valores, para fins de adimplemento da obrigação objeto do presente processo de execução. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1049985, 07029386220178070000, Relator Des. Angelo Passareli, DJe de 6/10/2017.)

Acórdãos representativos da tese que não admite a penhora do saldo da previdência complementar em razão de sua natureza exclusivamente alimentar:

Desª. Maria de Lourdes Abreu

Com efeito, trata-se de determinação de bloqueio de valores eventualmente existentes em previdência privada de investimento. Em uma análise perfunctória, entendo, por ora, que tais verbas, até que haja demonstração em contrário, possuem natureza alimentar. Ademais, tal regra, em meu sentir, apenas deve ser excepcionada se restar comprovado que o seu valor não é utilizado para a subsistência do devedor e de sua família, o que não restou demonstrado pelo agravante até o presente momento. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1155575, 07183197620188070000, Relatora Desª. Maria de Lourdes Abreu, DJe de 18/3/2019.)

Des. Alvaro Ciarlini

Convém destacar que o saldo em fundo fechado de previdência privada complementar, em regra, destina-se à própria finalidade previdenciária, cuidando-se de valores impenhoráveis. As eventuais exceções devem ser examinadas, em tese, nos casos em que as contribuições depositadas são passíveis de constrição, nos termos do art. 833, § 2º, do CPC, o que não é a hipótese versada nos autos. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1152988, 07165867520188070000, Relator Des. Alvaro Ciarlini, DJe de 27/2/2019.)

Des. Roberto Freitas

Desse modo, adoto o entendimento de que os proventos, salários, aposentadorias e pensões não perdem a sua natureza alimentar por não terem sido utilizados integralmente no mês de seu recebimento, permanecendo impenhoráveis. (...) Dessas informações é possível extrair a natureza previdenciária e alimentar dos lançamentos identificados como (*omissis*) em conta corrente da Agravante, pessoa idosa, postos à sua disposição mensalmente, apesar de serem realizados depósitos com numerário diversos, para, com isso, reconhecer a impossibilidade de bloqueio desses valores por força do disposto no art. 833, IV, do CPC. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1146964, 07084578120188070000, Relator Des. Roberto Freitas, DJe de 5/2/2019.)

Des. João Egmont

Nesse sentido, diante da ausência de provas de que os valores referentes ao fundo de previdência privada não possuem natureza alimentar, deve ser mantida a decisão agravada, pois os valores se encontram protegidos sob o manto da impenhorabilidade absoluta, nos termos do art. 833, inc. IV, do CPC, vale repisar. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1128273, 07107121220188070000, Relator Des. João Egmont, DJe de 8/10/2018.)

Julgados que apontam para a necessidade de se oficial à entidade de previdência antes da decisão de mérito acerca da penhorabilidade ou não da verba:

Des. Sebastião Coelho

No caso presente, no atual momento processual, não há elementos capazes de comprovar a sua natureza alimentar, por isso a expedição de ofício à FUNCEF – FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS é medida que se mostra útil para a averiguação da existência ou não de plano de previdência privada para análise posterior de sua impenhorabilidade. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1153437, 07212124020188070000, Relator Des. Sebastião Coelho, PJe de 28/2/2019.)

Des. Josaphá Francisco dos Santos

2. Comprovado o esgotamento das diligências passíveis de serem realizadas pelo credor, a fim, de localizar bens do devedor suscetíveis de sofrer constrição patrimonial, e sendo esse funcionário aposentado do Banco do Brasil, a expedição de ofício à CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI, para que seja informada a existência de vínculo entre ambos – extinto ou não – e eventual saldo em seu favor, é medida útil ao processo. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1125156, 07096867620188070000, Relator Des. Josaphá Francisco dos Santos, DJe de 3/10/2018.)

EXECUÇÃO DIRETA DE CONTRIBUIÇÕES CONDOMINIAIS – CONDOMÍNIO IRREGULAR – INAPLICABILIDADE

Conforme entendimento consolidado nas Turmas Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a prerrogativa de execução direta prevista no artigo 784, inciso X, do Código de Processo Civil não é aplicável aos encargos cobrados por associações de moradores que atuam em loteamentos não regularizados, haja vista que, segundo a lei processual, somente as cobranças referentes a condomínios edilícios, devidamente registrados em Cartório de Registro de Imóveis, constituem título executivo extrajudicial. Assim, em relação aos denominados “condomínios de fato ou irregulares”, é necessário o prévio ajuizamento de ação de conhecimento para constituição de eventual título executivo.

Ainda, os Julgadores entendem que o rol de títulos executivos extrajudiciais descrito no artigo 784 do CPC não pode ser interpretado extensivamente, pois, nos termos do inciso XII do mesmo dispositivo, a atribuição de força executiva requer expressa previsão na lei.

Acórdãos representativos do tema:

Des. Alfeu Machado

Ab initio, o fato de o condomínio credor ser considerado condomínio irregular, ou que fosse administrado por associação de moradores, não impede a cobrança dos encargos fixados em assembleia de associados, pois, para se aferir a condição de condomínio, basta que se demonstre a natureza da atividade exercida efetivamente pela associação condominial, mostrando-se irrelevante a denominação conferida. Contudo, a satisfação dos correspondentes débitos deve ser buscada mediante ação de cobrança. **Com efeito, em consonância com os ditames da taxatividade e tipicidade, cabe ressaltar que somente poderá ser tido como título executivo extrajudicial o documento ao qual a lei conferiu essa qualidade. Sendo assim, o hipotético crédito decorrente de contribuições associativas, ainda que a título de taxa condominial, instituídas por associação de moradores, em relação de similitude com o condomínio edilício preceituado nos arts. 1.331 e ss. do CC, mas com este não se confundindo, não constitui título executivo extrajudicial, por ausência de disposição legal, notadamente, por não se enquadrar no rol definido no art. 784 do CPC.** (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 1117509, 07072504720188070000, Relator Des. Alfeu Machado, Dje de 21/8/2018, grifo no original.)

Des. Sérgio Rocha

As taxas de manutenção de condomínios irregulares não são títulos executivos extrajudiciais, nos termos do art. 784, X do CPC/2015. Por não possuírem força executiva, devem ser submetidos à ação de cobrança. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1107974, 20150110479384APC, Relator Des. Sérgio Rocha, DJe de 17/7/2018.)

Desª. Fátima Rafael

Em razão de a Apelante não possuir registro em Cartório de Registro de Imóveis, não pode ser intitulada condomínio edilício. A circunstância de ser “condomínio de fato” não qualifica a dívida cobrada de um dos seus associados como título executivo extrajudicial para os fins do art. 784, X, do CPC. Além do mais, o rol de títulos executivos descritos no art. 784 do CPC não pode ser ampliado por meio de interpretação extensiva, sob pena de permitir a criação de títulos executivos extrajudiciais e ferir os princípios da legalidade e taxatividade. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1103881, 20170410041968APC, Relatora Desª. Fátima Rafael, DJe de 20/6/2018.)

Des. Eustáquio de Castro

É certo que a irregularidade do condomínio não lhe retira a legitimidade para cobrar eventuais débitos relacionados às taxas ordinárias ou extraordinárias, tendo em vista que existe a situação de fato comprovada pelas assembleias e convenções. Ocorre que, em se tratando de Execução de Título Executivo Extrajudicial, o rol previsto no artigo 784 do Código de Processo Civil é taxativo e não permite interpretação mais abrangente. [...] O inciso X, do artigo 784, da Novel Legislação Processual se refere especificamente às taxas cobradas por condomínios edilícios, cumpridores dos requisitos estabelecidos no artigo 1332 do Código Civil [...]. Assim, em face da impossibilidade de interpretação ampliativa e, por consequência, do não enquadramento do condomínio objeto deste processo nesta última categoria mencionada, não há como reconhecer a existência de Título Executivo Extrajudicial a embasar esta execução. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 1100053, 20160110644410APC, Relator Des. Eustáquio de Castro, DJe de 1º/6/2018.)

Des. Sandoval Oliveira

Este Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os condomínios irregulares não se caracterizam como edifícios e, desse modo, suas taxas de administração não constituem título executivo extrajudicial, sendo necessária a discussão da dívida em sede de ação de conhecimento, pois não configurados os pressupostos do artigo 784 do CPC. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1074843, 20160110910139APC, Relator Des. Sandoval Oliveira, DJe de 20/2/2018.)

Desª. Vera Andrighi

No entanto, ainda que o condomínio seja irregular, voluntário, tenha legitimidade para a cobrança, esta premissa não resulta na sua equiparação com o condomínio edilício, para formação do título executivo extrajudicial, nos moldes previstos no art. 784, inc. X, do CPC/2015. (...) Da análise dos autos, verifica-se que o apelante-autor não atende aos requisitos legais. (...) trata-se de verdadeira associação de moradores, que instituíram um condomínio de fato (...). Assim, não há como conferir exequibilidade ao crédito do apelante-autor, em atenção aos princípios da taxatividade e da tipicidade. Os títulos executivos são expressamente definidos em lei, de modo que somente aqueles previstos no art. 784 do CPC/2015 e na legislação esparsa são hábeis para embasar a persecução do crédito por meio de processo executivo. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1024429, 20160710060940APC, Relatora Desª. Vera Andrighi, DJe de 20/6/2017.)

Des^a. Ana Cantarino

Agora, passa a ser executável documento que comprove o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas em Convenção de Condomínio ou aprovadas em Assembleia Geral. Contudo, não obstante a previsão legal, destaca-se que o condomínio autor, no presente caso, se trata de condomínio irregular, não se enquadrando no conceito de “condomínio edilício” a que se refere o inciso X do art. 784 do NCPC, razão pela qual não se teria, dessa forma, um título executivo extrajudicial. (...) Por outro lado, como visto, o condomínio em questão, ora apelante, por ser irregular, não é edilício, estando apto apenas a manejar ação de cobrança, como o fez. O art. 784, inciso X, do NCPC, cuida de execução de taxa de condomínio edilício, tão somente. (...) No caso em exame, o condomínio apelante não preenche os requisitos legais caracterizadores do condomínio edilício, motivo pelo qual o crédito referente aos encargos condominiais não se trata de título executivo extrajudicial. (TJDFT, 8^a Turma Cível, Acórdão n. 1010279, 20160110873668APC, Relatora Des^a. Ana Cantarino, DJe de 19/4/2017.)

Des^a. Sandra Reves

Não obstante, o condomínio edilício institui-se por ato entre vivos, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo dele constar, nos termos dos incisos I, II e III do art. 1.332 do CC: (...). O condomínio de fato, ou irregular, portanto, não pode ser considerado condomínio edilício e, assim, as respectivas cotas condominiais, embora sujeitas a ação de cobrança, não ensejam execução direta nos termos do art. 784, X, do CPC. (...) No caso, para que a parte autora receba eventuais créditos, revela-se mais adequada a utilização de ação de cobrança, com maior amplitude de defesa, uma vez que, com tal procedimento, ao final, se poderia obter um título executivo que teria que ser executado. (TJDFT, 2^a Turma Cível, Acórdão n. 1008965, 20161610075167APC, Relatora Des^a. Sandra Reves, DJe de 10/4/2017.)

CODESHARE – FALHAS EM COMPARTILHAMENTO DE VOO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS COMPANHIAS AÉREAS

As empresas de transporte aéreo de passageiros respondem solidariamente pelos danos decorrentes de falhas na prestação do serviço quando uma ou algumas das associadas não cumprem a contento o contrato celebrado com o consumidor. As companhias que utilizam o *codeshare* – compartilhamento de voos operados por pessoas jurídicas diversas que visam ampliar suas atividades, mediante acordo de cooperação – são consideradas fornecedoras e têm responsabilidade inerente ao próprio risco de seus negócios.

Nesse contexto, os Julgadores dos colegiados cíveis do TJDFT sustentam que todos os participantes se obrigam a reparar os prejuízos dos clientes porque integram a cadeia de fornecimento, conclusão que afasta a questão preliminar de ilegitimidade passiva, comumente suscitada pelas fornecedoras nos processos em que se discute tal temática, além da tese recursal atinente à culpa exclusiva de terceiro.

Em tais casos, os danos materiais têm sido compensados mediante prova da aquisição de passagens adicionais, gastos com a permanência em aeroportos e pernoites imprevistos. O ressarcimento patrimonial fica restrito aos limites constantes da Convenção de Varsóvia quando o vício ocorrer em viagens internacionais, pois, na hipótese, este prevalece sobre o Código de Defesa do Consumidor, em conformidade com o Tema 210 da Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à reparação dos danos morais, as Turmas entendem que decorre dos transtornos advindos de informações ausentes ou inadequadas referentes ao cancelamento de voos, falta de suporte nos aeroportos e tratamento desidioso e desrespeitoso aos passageiros que, somados, ultrapassam meros dissabores. Neste particular, as convenções internacionais são silentes. Os Julgadores suprem tal lacuna mediante adoção prática da “Teoria do Diálogo das Fontes”, a qual viabiliza a aplicação conjugada do princípio da reparação integral, constante do CDC, com a Constituição de 1988, no capítulo em que trata da proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas.

Acórdãos representativos do tema:

Des. César Loyola

No momento em que a Smiles colocou a venda as passagens aéreas internacionais e emitiu os bilhetes das companhias parceiras em nome dos autores, por meio do programa de milhas, ela se tornou responsável solidária, juntamente com as demais companhias, pela reparação de eventuais danos decorrentes da falha na prestação de serviços. Tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Convenção de Montreal dispõem sobre a responsabilidade solidária de quem participou da cadeia de fornecimento de serviço. (...) A multiplicidade de fatos ocorridos em decorrência do descaso das rés em transmitir aos autores as informações necessárias à fruição dos serviços, bem como a falta de amparo durante as falhas, causaram aos autores intenso sofrimento, angústia e dor, além lhes ferir as legítimas expectativas geradas pela contratação do serviço de transporte, dando azo ao dever de indenizar. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1165087, APC 00355624220168070001, Relator Des. César Loyola, DJe de 23/4/2019.)

Des. Gilberto Pereira de Oliveira

Portanto, uma vez que as empresas aéreas trabalhavam pelo regime codeshare, integrando a mesma cadeia de consumo, entendo que devem responder solidariamente pelos danos causados aos passageiros, à luz do art. 25 do CDC, independentemente do trecho em que cada uma operaria, pouco importando se a falha na prestação se deu por culpa apenas de uma das empresas, segundo a inteligência do parágrafo único do art. 7º/CDC (...) Mesmo que se considere que a apelada Copa não tenha responsabilidade sobre o evento que afetou os recorrentes, outro fator que justifica a sua manutenção na lide é o de se tratar de relação de consumo. Assim, dentro dessa sistemática, se considera como solidária a responsabilidade entre todos os participantes da cadeia de produção do serviço, pouco importando que deu causa à má prestação ou inexecução do contrato/serviço. Assim, a meu aviso, aquela empresa responde de forma solidária pelos danos sofridos pelos autores apelantes, devendo participar do pólo passivo da ação. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1100119, APC 07113351020178070001, Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira, DJe de 6/6/2018.)

Des. Luís Gustavo B. de Oliveira

O artigo 7º, par. único, art. 18 e §1º do art. 25 CDC estabelecem a responsabilidade solidária de todos os fornecedores da cadeia de consumo pelos prejuízos causados ao consumidor. As empresas aéreas, que operam em parceria compartilhando vôos e com o intuito de ampliar suas participações no mercado, respondem solidariamente pelos danos causados aos consumidores (...) Nas relações de consumo, a responsabilidade do fornecedor do produto ou do serviço é objetiva, assentada no risco da atividade econômica ou comercial, abraçada pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste caso, e pela própria natureza da responsabilidade civil, o fornecedor somente se exonera do dever de reparar no caso de culpa exclusiva do consumidor, de terceiro, caso fortuito ou força maior (...) Os fatos experimentados pelos consumidores, com a remarcação do voo para quatro dias após a data contratada, são suficientes para gerar frustração, angústia e desconforto caracterizadores do dano moral. (TJDFT, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 917328, 20140710296698ACJ, Relator Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, DJe de 5/2/2016.)

No mesmo sentido, recentes julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais deste Tribunal:

Juiz Almir Andrade de Freitas

Trata-se da figura denominada na aviação de “codeshare”, onde as empresas aéreas firmam acordo empresarial entre si para disponibilizar aos interessados passagens até outros destinos que são operados pela empresa “parceira” (no caso, a Westjet), dividindo a comercialização dos assentos, sendo que no caso concreto a venda dos bilhetes foi efetuada pela requerida. Em consequência, ao lucrar com a sua atividade e participar da cadeia de prestação de serviço face ao consumidor, a requerida responde solidária e objetivamente pelos eventuais danos causados por seus parceiros comerciais, em atenção a teoria do risco do proveito econômico (art. 7º, parágrafo único do CDC), razão pela qual o cancelamento do voo da empresa Westjet não se enquadra na hipótese de culpa exclusiva de terceiro prevista no artigo 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. (...) Desse modo, **a conduta do prestador de serviço retirou a tranquilidade dos autores, colocando-os em situação de extrema desvantagem e deixando sob risco a agenda inadiável do postulante, o que extrapola o mero aborrecimento, sendo causa suficiente a justificar a condenação a título de danos morais.** (TJDFT, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1149174, 07392721320188070016 PJe, Relator Juiz Almir Andrade de Freitas, DJe de 13/2/2019, grifo nosso.)

Juíza Soníria Rocha Campos D'Assunção

Companhias aéreas que utilizam o compartilhamento de voo na modalidade codeshare para ampliar seus serviços, mediante voos operados por companhias diversas, em acordo de cooperação, figuram-se no conceito de fornecedores, conforme dispõe o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que integrantes da cadeia de consumo. A responsabilidade decorre do próprio risco da atividade desenvolvida pelas empresas assim atuantes. (...) Diante da responsabilidade objetiva da companhia aérea, resta configurado o dever de reparação integral do dano material suportado, na quantia de R\$ 13.605,10, referente ao ressarcimento das passagens aéreas canceladas, bem como a quantia de R\$ 10.275,17, relativa à diferença entre as passagens canceladas e às adquiridas para o prosseguimento da viagem. As frustrações decorrentes do cancelamento indevido dos bilhetes eletrônicos sem a prestação de suporte devido e de informações adequadas, gerando incertezas e inseguranças, superam o mero dissabor da vida em cotidiano a que todos estão sujeitos. Desse modo, considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade afigura-se adequado o valor fixado. (TJDFT, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1156323, 07140911020188070016 PJe, Relatora Juíza Soníria Rocha Campos D'Assunção, DJe de 15/3/2019.)

Juiz Carlos Alberto Martins Filho

Nesse contexto, a prestação dos serviços postos à disposição do consumidor, via sistema de compartilhamento de voo na modalidade codeshare, restou evidenciada, pelo que as empresas parceiras são solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes da inexecução ou execução irregular do contrato de prestação de serviços firmado (art. 7º, parágrafo único c/c art. 25 § 1º, do CDC). Configura falha na prestação do serviço se o atraso decorrente da conduta da ré/recorrente (impedimento do embarque) ocasiona a perda da conexão, devendo a companhia aérea compor os eventuais prejuízos experimentados pelo consumidor, diante da responsabilidade objetiva oriunda do fato do serviço, nos termos do artigo 14, CDC. (...) Provoca angústia e frustração a impossibilidade de seguir para o destino esperado na data e no horário previamente estipulados. Ademais, do descumprimento do contrato de transporte aéreo (falha na prestação do serviço), advieram situações as quais ocasionaram constrangimento, transtorno e desconforto à parte autora que ultrapassam o mero aborrecimento do cotidiano, de sorte a configurar dano moral. (TJDFT, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1122989, 07159782920188070016 PJe, Relator Juiz Carlos Alberto Martins Filho, DJe de 20/9/2018.)

TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – DANO MORAL

No campo da responsabilização civil, os órgãos colegiados do TJDFT têm adotado a Teoria do Desvio Produtivo, caracterizada pelo desperdício de tempo útil imposto pelo fornecedor ao consumidor que busca solucionar problemas ou ver reconhecido um direito violado. Ponderam que não é o mero descumprimento do contrato que enseja reparação por dano moral, mas a desnecessária perda de tempo causada pela indiferença abusiva do fornecedor quanto ao atendimento das reclamações do cliente.

Nesse contexto, os Julgadores entendem ser cabível fixar indenização para compensar o lapso temporal que poderia ter sido empregado na realização de outros afazeres, como trabalho, lazer, estudos ou quaisquer outras atividades. Na maioria dos casos julgados pelo TJDFT, o contratante buscou, por inúmeras vezes, solucionar administrativamente a controvérsia antes de se valer do provimento jurisdicional, de sorte que, segundo os Magistrados, a *via crucis* enfrentada pelo consumidor não pode ser considerada mero dissabor do cotidiano.

Acórdãos representativos da matéria:

Des^a. Leila Arlanch

Os diversos serviços e consequentes trocas de peças no veículo da autora pelas rés, indicam com segurança que os problemas referidos pela consumidora eram reais, independentemente dos vícios serem de fabricação ou ocasionados por falha na prestação de serviço. A qualidade do produto vendido pela concessionária viola as disposições protetivas esculpidas no CDC, por conseguinte, infere-se que não se adquire um veículo zero quilômetro apenas pela segurança que ele pode proporcionar, mas também pela utilidade, conforto, estilo e até *status*. Se o fabricante vende a imagem de que o veículo apresenta todos os atributos acima mencionados, deve cumprir sua proposta, sob pena de ludibriar o consumidor. Considerando que o automóvel se transformou em instrumento de trabalho, e o consumidor paga preço razoável pelo conforto agregado, os defeitos que exigem frequência exagerada de idas ao concessionário para reparo, resultando em desvio produtivo, rendem abalo emocional ao consumidor, que reclama reparação sucessivamente e por prazos consideráveis. (TJDFT, 7^a Turma Cível, Acórdão n. 1104338, 00185461220158070001, Relatora Des^a. Leila Arlanch, DJe de 5/7/2018.)

Des. Romeu Gonzaga Neiva

A Teoria do Desvio Produtivo, desenvolvida pelo jurista Marcos Dessaune, firmou o entendimento que cristaliza a percepção incômoda das situações injustas e indignas que permeia a todos, focando num ponto essencial da afronta que se faz por estas ações contra o consumidor: o tempo produtivo perdido como elemento econômico palpável, mesmo que não necessariamente metricamente apurado. A escassez e finitude do tempo faz dele um bem precioso a ser valorado e merece proteção. A máxima do “tempo é dinheiro” pode ser apropriada em vários sentidos da vida econômica e jurídica, pois as remunerações do trabalho têm no tempo sua base, o judiciário o utiliza para cadenciar os atos processuais e o tem como exigência, além de tê-lo como parâmetro “razoável de duração de processos”, a televisão conta os segundos para valorar seus serviços, e tantas outras circunstâncias em que o tempo é a medida de sucesso, fracasso, ganhos e perdas. Porque, então, o consumidor mal atendido poderia infundamente dispor do seu tempo em benefício exclusivo do fornecedor desidioso? A teoria do Desvio Produtivo do Consumidor defende que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável. Se ao cidadão é imposta a necessidade de dispor de horas de trabalho, de lazer, de convívio com a família e de tantas outras atividades produtivas para buscar suprir uma deficiência criada por outrem, justo seria que fosse ressarcido deste custo a que foi impelido a “desembolsar”. (...) O tempo perdido constitui um bem irrecuperável na vida do cidadão. A simples perda de tempo em razão de fatores cotidianos não pode ser imputada ao fornecedor e moldá-lo como desidioso. Se aplica ao conceito de desvio produtivo do consumidor aquelas perdas ocasionadas pelas falhas reiteradas do produto e prestação de serviços, mormente à assistência ao consumidor, ao impor a ele o descaso, a ineficiência, a negligência e a procrastinação infundáveis, que em muito extrapolem o razoável e aceitável. (...) Neste diapasão, vários doutrinadores e julgados têm forjado o entendimento que o tempo desperdiçado em prol da resolução de problemas advindos de vícios de produtos adquiridos e serviços contratados de mau fornecedores constituem desvio produtivo do consumidor e merece indenização. (...) **Do exposto, é justo que o incontável tempo produtivo desviado do consumidor para sanar problemas originados pela apelada e os aborrecimentos, dissabores e angústias por eles causados, que em muito superam a normalidade, impõe-se que a estudante seja indenizada por danos morais.** (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1167581, 07007495320188070008, Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJe de 7/5/2019, grifo no original.)

No mesmo sentido, recentes julgados dos Juizados Especiais deste Tribunal:

Juiz Asiel Henrique de Sousa

7. Em abono a esse entendimento cresce na jurisprudência a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já adotada por Tribunais de Justiça e pelo STJ, que reconhece que a perda de tempo imposta ao consumidor pelo fornecedor, de modo abusivo, para o reconhecimento do seu direito enseja indenização por danos morais. 8. O que se indeniza, nesse caso, não o descumprimento contratual, mas a desnecessária perda de tempo útil imposta ao consumidor, o qual poderia ser empregado nos afazeres da vida, seja no trabalho, no lazer, nos estudos, no descaso ou em qualquer outra atividade, e que, por força da abusiva desídia do fornecedor, é empregado para o reconhecimento dos direitos do consumidor. (...) 10. No caso em exame, observa-se que o autor solicitava mensalmente a retificação de sua fatura telefônica, o que lhe demandava tempo demasiado. 11. Dado o contexto fático probatório, tenho como certo que a situação dos autos não se contém no mero descumprimento contratual. Para, além disso, ingressar no campo da omissão abusiva no atendimento dos reclamos do consumidor, tudo a ensejar indenização por danos morais. (TJDFT, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Acórdão n. 1167896, 07442113620188070016, Relator Juiz Asiel Henrique de Sousa, DJe de 15/5/2019.)

Juiz Fabrício Fontoura Bezerra

9. (...) O dano moral decorre de uma violação de direitos da personalidade, atingindo, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima. Pode ser definido como a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica. 10. Os fatos narrados na petição inicial superam o mero aborrecimento do cotidiano, pois ensejaram empenho extraordinário da recorrida, idosa de 85 anos, em resolver a situação, o que resultou em perda valiosa de seu tempo, com base na teoria do desvio produtivo, em ida e abertura de processo no PROCON, ligações, angústia e frustração na expectativa de solução de seu caso, além do sentimento notável de indignação com o ocorrido. (TJDFT, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Acórdão n. 1165199, 07495273020188070016, Relator Juiz Fabrício Fontoura Bezerra, DJe de 23/4/2019.)

Juiz João Luís Fischer Dias

8. Quanto ao dano moral, aplica-se ao caso a Teoria do Desvio Produtivo, já reconhecida pela jurisprudência pátria, diante da irreparável perda de tempo sofrida pelo consumidor para a resolução da questão, que se estendeu por volta de 1 ano e 3 meses até o ajuizamento da demanda judicial. Neste intervalo, conforme documentado nos autos, o autor fez diversos contatos telefônicos com a recorrente, bem como compareceu em 3 situações distintas ao Procon/DF para registrar reclamações pela falha na prestação do serviço da ré, fatos que trazem angústias que superam o mero aborrecimento. (TJDFT, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Acórdão n. 1163290, 07080038320188070006, Relator Juiz João Luís Fischer Dias, DJe de 12/4/2019.)

CONVERSAS ARMAZENADAS EM APLICATIVO DE CELULAR – ACESSO AO CONTEÚDO – PRIMAZIA DO DIREITO À INTIMIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO EM CASO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios apresenta dois posicionamentos relevantes acerca do acesso ao conteúdo das mensagens em aplicativo de celular *WhatsApp*.

No primeiro, os julgadores defendem que não caracteriza in violabilidade da intimidade e da vida privada do investigado ou denunciado se o acesso for autorizado pelo proprietário do celular durante o flagrante. Assim, possível a extração dos dados e da conversa, enviados e repassados na plataforma digital por mensagem instantânea em aplicativo. Tal compreensão baseia-se em interpretação segundo a qual a prova, assim obtida, seria pré-constituída, integrada ao inquérito ou à ação penal mediante simples visualização do telefone, circunstância que, sob a ótica desses Julgadores, dispensa ordem judicial antecedente para leitura do conteúdo da informação respectiva.

O segundo entendimento sustenta que o acesso ao inteiro teor das conversas travadas entre os interlocutores é ilícito quando ausente autorização judicial prévia para o cumprimento das diligências que visam atingir o segredo dos diálogos. Portanto, considera-se nula a prova obtida com violação do direito à preservação da intimidade e da privacidade dos sujeitos envolvidos, em obediência ao comando constitucional (artigo 5º, incisos X e XII, da CF) e à luz da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Precedentes jurisprudenciais na direção de licitude da prova quando autorizada pelo réu proprietário do celular:

Des. George Lopes

Nada obstante se reconheça a relevância dos testemunhos de policiais sobre os fatos observados em serviço, a sentença ignorou que a leitura dos arquivos de texto gravados no telefone celular apreendido durante o flagrante não foi autorizada por Juiz (...). Ora, o réu foi abordado porque tentou se esconder ante a aproximação da viatura policial, sem que tenha sido observada nenhuma atitude típica de tráfico. Após o tradicional “baculejo”, os policiais militares encontraram vinte e três selos de LSD escondidos na capa traseira do telefone do réu (...). O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado reiteradamente que as provas obtidas dessa maneira são ilícitas, contaminando aquelas obtidas por derivação, de acordo com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Logo, não servem para

embasar condenação. (...). Desse modo, as circunstâncias da apreensão narradas pelos policiais militares não são suficientes para condenar o réu pelo tráfico de drogas, devendo ser desconsiderada como prova aquela derivada da análise dos dados telefônicos sem autorização do Juiz. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1138056, 20150110674498APR, Relator Des. George Lopes, DJe de 21/11/2018.)

Desª. Sandra De Santis

“A tese de nulidade da prova por violação ao direito à intimidade, porque acessado o conteúdo de aparelho celular sem prévia autorização judicial, não se sustenta na hipótese em que a acusada, acompanhada de advogado, apresenta-se espontaneamente na delegacia e, por vontade própria, fornece o aparelho e a senha de acesso à autoridade policial.” (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1087690, 20170110269107RSE, Relatora Desª. Sandra De Santis, DJe de 2/8/2018.)

Des. Romão C. Oliveira

Ademais, como bem destacou o d. Procurador de Justiça, é dever da autoridade policial apreender os objetos relacionados com o fato criminoso, característica esta que somente poderia ser atribuída ao aparelho celular do réu depois de submetido à análise dos dados ali registrados verificando-se a existência de alguma prova do envolvimento do acusado com a venda de drogas. Destaca-se, ademais, que o telefone celular é um aparelho que permite o registro, o acúmulo de informações, tanto como um livro ou um cidadão que junta cartas em uma gaveta, sejam as enviadas ou as recebidas. (...). Assim, no caso dos autos em que o aparelho celular foi apreendido no contexto de flagrante delito, desencadeado por outras provas, inclusive a apreensão de drogas na posse do acusado, não há que se falar em violação à garantia constitucional do sigilo. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1001939, 20150111132538APR, Relator Des. Romão C. Oliveira, DJe de 15/3/2017.)

Acórdão representativo do segundo entendimento:

Des. J.J. Costa Carvalho

A autoridade policial tem o dever de apreender os objetos relacionados com o fato e colher todas as provas que possam influenciar na apuração, conforme disposto nos incisos do art. 6º do CPP. Contudo, em se tratando de dados armazenados em celular, existe a garantia estabelecida no art. 5º, X, da CF, segundo a qual “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. De fato, conforme reconhecido pelo juízo, não houve violação à garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, XII, da CF. Contudo, considerando a garantia de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, deveria ter ocorrido a autorização expressa do proprietário ou prévia autorização judicial. (...). No caso dos autos, não houve autorização de acesso. (...). A conclusão, portanto, é a de que o acesso aos dados foi essencial para a determinação dos supostos receptadores (...). Trata-se, assim, de prova ilícita por derivação (...). O indiciamento e a posterior condenação (...) decorreram exclusivamente das mensagens de WhatsApp. Não ocorreu uma fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, CPP. (...). Dessa forma, reconheço a ilicitude da prova (...) e, de ofício, absolvo-o. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1160412, 20171110025143APR, Relator Des. J.J. Costa Carvalho, DJe de 28/3/2019.)

CONDENAÇÃO CRIMINAL – DEFERIMENTO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO

Conforme entendimento reiterado das Turmas Criminais do TJDF, o exame do pedido de gratuidade de justiça em ações penais compete ao Juízo da Execução, o qual deverá avaliar as condições econômicas do condenado na fase de cumprimento da reprimenda. Embora a condenação ao pagamento das custas processuais seja um desdobramento natural da sentença condenatória, os Julgadores entendem que não cabe ao Juízo de origem conceder a isenção do valor, pois o momento adequado para a análise da situação econômico-financeira do réu é a fase executória.

Os Colegiados também sustentam que o fato de a Defensoria Pública assistir ao apelante não o isenta, automaticamente, do pagamento das custas do processo. Assim, eventual suspensão do recolhimento de tais verbas, advinda do deferimento do benefício da gratuidade de justiça, deve ser analisada caso a caso. Nessa linha, a assistência judiciária gratuita é devida somente aos réus que demonstrem hipossuficiência de recursos, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República.

Acórdãos representativos do tema:

Des. Cruz Macedo

Em relação às custas processuais, o pedido de gratuidade de justiça deve ser levado ao Juízo da Vara de Execuções Penais ao qual compete aferir as condições econômicas do condenado na fase de execução da pena. (TJDF, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1140178, 20180510017379APR, Relator Des. Cruz Macedo, DJe de 5/12/2018.)

Des. João Timóteo de Oliveira

Assim, não é dado ao Juiz conceder a isenção do pagamento das custas ao proferir a sentença penal condenatória, já que o momento adequado para se analisar a situação econômica do condenado é a fase de execução penal. Diante disso, incabível o pedido de isenção do pagamento das custas. Cabendo apenas ao Juízo das Execuções Penais, o qual verificará a condição econômica do réu. (TJDF, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1137032, 20170110501899APR, Relator Des. João Timóteo de Oliveira, DJe de 16/11/2018.)

Desª. Maria Ivatônia

Finalmente, o último requerimento defensivo foi pela isenção das custas processuais. Entretanto, eventual concessão de garantia da assistência judicial gratuita deve ser formulada perante o Juízo da Execução, em cuja competência está a de isentar (ou não) o condenado de seu pa-

gamento. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1131977, 20170110014203APR, Relatora Des. Maria Ivatônia, DJe de 22/10/2018.)

Des. Jesuino Rissato

Por fim, no que se refere ao pedido de justiça gratuita, nada a prover, devendo, conforme o caso, tal pleito ser direcionado ao juízo das execuções responsável pela pena restritiva de direitos aplicada, conforme entendimento já sedimentado nesta Eg. Corte de Justiça. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1119711, 20160310176990APR, Relator Des. Jesuino Rissato, DJe de 30/8/2018.)

Des. Mario Machado

O pedido de gratuidade de justiça compete ao Juízo da Execução, que analisará a situação econômica dos réus. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1108034, 20171410038406APR, Relator Des. Mario Machado, DJe de 12/7/2018.)

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Em relação aos delitos praticados no contexto da Lei Maria da Penha, há entendimentos no sentido de que a prática de violência e grave ameaça no ambiente doméstico afastaria a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos, nos termos do Enunciado da Súmula 588 do STJ. Contudo, alguns julgados afirmam que, ausente a violência ou grave ameaça e preenchidos os requisitos do artigo 44 do CP, o artigo 17 da Lei Maria da Penha vedaria somente a aplicação de penas de cesta básica, prestação pecuniária ou pagamento isolado de multa.

São precedentes:

Des. Demetrius Gomes Cavalcanti

Analisando a sentença, verifica-se que o Magistrado de origem afastou a concessão do referido benefício, por considerar não preenchidos os requisitos previstos no artigo 44, inciso I, do Código Penal e os da Súmula nº 588, do Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que o crime foi praticado com violência/grave ameaça à pessoa. Eis o teor da referida norma e da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Confirma-se: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; S. 588/STJ – a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso em questão, como bem sustentado pelo Ministério Público, a infração penal não foi cometida com violência, nem com grave ameaça à pessoa, tendo o réu se limitado a perturbar a tranquilidade de sua ex-companheira por acinte, conforme narrado na denúncia e previsto no artigo 65, da Lei nº 3.688/41. Nesses termos, não obstante a contravenção ter sido praticada no contexto da Lei Maria da Penha, isso, por si só, não é suficiente para afastar a concessão do benefício previsto no artigo 44, do Código Penal, o qual deve ser deferido. Assim, substituo a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal, a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal, observadas as disposições do artigo 17 da Lei nº 11.340/2006. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1139556, 20160610069048APR, Relator Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, DJe de 13/2/2019.)

Des. Roberval Casemiro Belinati

De fato, o caso em tela diz respeito à prática do crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica, restando comprovado a ofensa à integridade corporal da vítima, conforme laudos de exame de corpo de delito (fls. 54/54v e 57/57v). Portanto, em face do crime ter sido cometido

mediante violência à pessoa, o apelante não preenche todos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, inviabilizando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. (...) Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da impossibilidade de deferir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça no âmbito das relações domésticas ou familiares, (...). (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1145123, 20160510062574APR, Relator Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe de 8/1/2019.)

Des. Carlos Pires Soares Neto

Sobre o segundo pedido (substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos), melhor sorte não acompanha o apelante, uma vez que tal substituição encontra impedimento no próprio art. 44, inciso I, do Código Penal, pois o delito foi praticado com emprego de violência. Note-se: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; Conforme consta da r. sentença e foto de fl. 40 restou comprovado que o réu desferiu golpes de cinto nas pernas da vítima, praticando a contravenção penal de vias de fato. Portanto, por qualquer ângulo que se olhe os pedidos do apelante, não há como dar razão ao seu pleito. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1141160, 20161610052614APR, Relator Des. Carlos Pires Soares Neto, DJe de 5/12/2018.)

Des. Silvanio Barbosa dos Santos

A Magistrada Singular deixou de conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, ao fundamento de que, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, é inviável a benesse quando a infração é cometida com violência ou grave ameaça. Irresignada quanto ao ponto, a Defesa pleiteou a aplicação da referida substituição para o delito de ameaça, sob a alegação de que o réu era primário ao tempo dos fatos. Sem razão. Conforme dispõe a Súmula 588 do colendo Superior Tribunal de Justiça (TERCEIRA SEÇÃO, julgado: 13/09/2017, DJe: 18/09/2017), "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". No caso, o réu praticou os delitos de lesão corporal e de ameaça, não havendo falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, uma vez que não satisfeito o requisito previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal - cometeu crimes com violência (lesão corporal) e grave ameaça (ameaça de morte). (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1102041, 20170610014382APR, Relator Des. Silvanio Barbosa dos Santos, DJe de 12/6/2018.)

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

O Sentenciante negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por se tratar de crimes praticados mediante grave ameaça e violência contra a vítima. A defesa, por sua vez, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de ameaça. No caso em análise, reputo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal. A outorga do benefício em comento requer a satisfação dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Entre eles, exige-se que o delito não tenha sido perpetrado com violência ou grave ameaça (inciso I do dispositivo legal em referência). Segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "embora a Lei nº 11.340/2006 não vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, obstando apenas a imposição de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o art. 44, I, do CP proíbe a conversão da pena corporal em restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência à pessoa" (AgRg no REsp 1521993/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016). Ademais, a Súmula 588 do STJ veda a mencionada substituição: "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". (...) No caso do crime de ameaça, o emprego da grave ameaça encontra-se plenamente evidenciado, uma vez que o réu ofendeu a integridade moral da vítima, ameaçando-a de mal injusto. (...) Desse modo, reputo incabível, na espécie, a substituição da pena corporal por restritiva de direito. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1090419, 20150310229762APR, Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, DJe de 23/4/2019.)

AUTORIZAÇÃO DE VISITA POR CONDENADO EM REGIME ABERTO – PRESERVAÇÃO DE LAÇOS FAMILIARES – DECISÃO FUNDAMENTADA

A possibilidade de autorização de visita a presidiário, por pessoa em cumprimento de pena no regime aberto, não é unânime entre os Desembargadores integrantes das Turmas Criminais do TJDFT.

O primeiro entendimento considera a preservação dos direitos individuais do familiar em cumprimento de pena no regime aberto e também do encarcerado, uma vez que privilegia o caráter primordial de preservação dos laços familiares de ambos. Nesse contexto, os Colegiados dão ênfase à aplicação literal do artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), o qual assegura ao preso o direito de receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos, em dias determinados.

O segundo entendimento preconiza que o direito de visita aos internos não é absoluto ou irrestrito e pode sofrer restrições ou até suspensão, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Além disso, o artigo 64, § 5º, do Código Penitenciário do Distrito Federal (Lei 5.969/2017) dispõe que o indeferimento dos pedidos pela autoridade administrativa deve ser sempre motivado por escrito, condição que mitiga eventual argumento da defesa no sentido de que tal direito seria ilimitado.

Precedente que autoriza o preso à visita por pessoa que cumpre pena no regime aberto:

Des. João Batista Teixeira

Ademais, observa-se que sua visita ao companheiro preso poderá proporcionar a esse último benefícios de ordem psicológica e emocional, na medida em que mantém os laços afetivos, ajudando-o a superar os momentos difíceis do cárcere. Vale dizer, que os efeitos da condenação deveriam restringir-se apenas à perda da liberdade e da suspensão dos direitos políticos do condenado, não podendo se estender a outros direitos individuais, como se infere do art. 38 do Código Penal. Desse modo, em que pese a cautela de evitar o contato com pessoas que estejam cumprindo pena, impedir a requerente, no presente caso, que cumpre reprimenda no regime aberto, de visitar seu companheiro enquanto este se encontrar encarcerado, fere os direitos individuais de ambos, especialmente porque eles ficariam privados de manter o convívio familiar por longo período de tempo. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1079375, 20170020230163RAG, Relator Des. João Batista Teixeira, DJe de 7/3/2018.)

Precedentes que não autorizam o preso a receber visita por pessoa que cumpre pena no regime aberto:

Des. Jair Soares

A portaria n. 008/2016 da VEP, em seu art. 6º, dispõe que é vedada a visita por quem esteja cumprindo pena em regime aberto. O interessado se insere nessa restrição. Registre-se, ainda, que uma das condições para o cumprimento do regime aberto pelo interessado – irmão do agravante –, na modalidade prisão domiciliar, é justamente não manter contato com pessoas que cumprem pena (f. 13). Não é recomendável que o interessado frequente estabelecimento prisional e tenha contato com o recorrente. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1160299, 20190020003938RAG, Relator Des. Jair Soares, DJe de 26/3/2019.)

Desª Nilsoni de Freitas Custódio

Diante deste cenário, entendo correta a decisão do d. Juiz da Vara de Execuções Penais ao indeferir o pedido de visita da mãe do recorrente, haja vista estar em cumprimento de pena no regime aberto, sendo certo que, uma das condições a ela estabelecidas, é não ter contato com pessoas que estejam cumprindo pena. Assim, caso fosse deferida a visita, ela violaria um item que deve ser observado para a manutenção de sua prisão domiciliar, o que poderia ensejar o retorno ao regime semiaberto. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1119688, 20180020055339RAG, Relatora Desª. Nilsoni de Freitas Custódio, DJe de 29/8/2018.)

Desª Ana Maria Amarante

Nessa senda, malgrado pudesse ser aventado a incidência do referido permissivo legal, no caso *sub examine* existem peculiaridades que justificam o óbice à visita, já que a anterior condenação da pretensa visitante em crime de tráfico de drogas dentro do estabelecimento prisional (f. 27/29) revela concreto perigo ao bom cumprimento da pena. (...) Ressalta-se que o direito de visitas ao preso não é absoluto ou irrestrito, podendo ser restringido ou suspenso a depender das circunstâncias do caso concreto. Portanto, considerando a situação concreta em que se encontra a companheira do agravante, não se mostra razoável ou adequado o deferimento do pedido de visitas, motivo pelo qual a manutenção da decisão recorrida é medida que se impõe. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1087222, 20180020016274RAG, Relatora Desª. Ana Maria Amarante, DJe de 11/4/2018.)

Des. Humberto Ulhôa

Assim, entendo correta a apreciação do Juízo da Vara de Execuções Penais no indeferimento do pedido da postulante para visitar seu companheiro no estabelecimento prisional, haja vista que a condenação da requerente ensejou concessão de prisão domiciliar, quando foram estabelecidas diversas condições à postulante, dentre elas a de **“Nunca andar em companhia de pessoas que se encontrem cumprindo pena, seja em regime aberto, semiaberto, fechado, ou livramento condicional, mesmo estando autorizadas a sair do presídio.”** (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 853300, 20150020036892RAG, Relator Des. Humberto Ulhôa, DJe de 9/3/2015, grifo no original.)

NORMAS EDITORIAIS

A **Revista de Doutrina e Jurisprudência - RDJ** -, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, destina-se à publicação semestral, preferencialmente nos meses de fevereiro e agosto, de artigos científicos inovadores e que discorram sobre temas com impacto acadêmico ou institucional, relevantes para a Justiça Comum Estadual.

Os artigos científicos deverão estar relacionados a um dos seguintes ramos do Direito: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito do Consumidor; Direito Empresarial; Direito Penal; Direito Processual Penal; Lei Maria da Penha; Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente; Direito Ambiental; Direito Tributário; Direito Urbanístico; Direito Agrário; Filosofia do Direito; Sociologia Jurídica; Psicologia Jurídica; Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; Mediação e Conciliação.

O autor deverá submeter o artigo à RDJ até a data prevista no edital de chamadas publicado do Diário de Justiça eletrônico, por meio do sistema *online* SEER/OJS, no endereço <https://revistajuridica.tjdft.jus.br>. As dúvidas sobre a utilização desse sistema podem ser dirimidas no tutorial de submissão de artigos à RDJ eletrônica.

O autor deverá ser pós-graduado, mestre ou doutor em Direito, Psicologia, Serviço Social, Sociologia ou outras áreas afins.

É imprescindível, para ingresso no processo de seleção dos artigos, que o autor insira sua formação acadêmica no campo biografia do sistema SEER/OJS.

NORMAS PARA SUBMISSÃO DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS À RDJ

Os trabalhos deverão ser escritos em língua portuguesa, porém, serão aceitos trabalhos em língua estrangeira, desde que acompanhados da respectiva tradução para o português.

A identificação do autor não poderá constar do conteúdo da produção científica encaminhada à RDJ, a fim de que seja resguardada a isonomia do processo seletivo de artigos.

Os artigos deverão ser originais e inéditos, assim considerados aqueles que nunca foram publicados em qualquer fonte de divulgação.

Os trabalhos não poderão conter plágio; portanto, citação literal, paráfrase ou resumo deverão vir obrigatoriamente acompanhados da referência à publicação original.

O autoplágio não será permitido, ou seja, a inserção no artigo de partes substanciais de outros trabalhos do autor publicados anteriormente em qualquer meio de divulgação (repositórios, sítios eletrônicos, revistas etc.).

A citação de trabalho do próprio autor, desde que obedecidas as regras da ABNT, não constitui autoplágio.

Todos os artigos que contenham plágio ou autoplágio serão desconsiderados.

Monografias, dissertações de mestrado e teses de doutorado não serão aceitas.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS

Os artigos deverão ser apresentados em arquivo eletrônico, formatados de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de

Normas Técnicas (ABNT), em Word, folha tamanho A4, com no mínimo 10 e no máximo 25 laudas, na seguinte configuração: título em português e em inglês, com, no máximo, 15 palavras em maiúsculas e em negrito; resumo em português e em inglês, com no mínimo 100 e no máximo 250 palavras, em espaço simples, cujo conteúdo apresente campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão; palavras-chave: até 5 (cinco) unitermos em português e em inglês (*keywords*), separados e finalizados por ponto; corpo do texto: configuração de página para papel A4, com margens esquerda e superior de 3,0 cm, e direita e inferior de 2,0 cm, alinhamento justificado, recuo de 1,5 cm na primeira linha; parágrafos: fonte Times New Roman, letra tamanho 12, espaço entrelinhas 1,5 cm e sem espaço entre os parágrafos.

As citações no corpo do texto devem ser feitas por sobrenome do autor, em maiúsculo, seguido da data da publicação e, no caso da citação direta, da página da publicação (sistema autor-data); quando se tratar de dois autores, ambos devem ser citados; no caso de mais de dois autores, a citação deve ser acompanhada pelo sobrenome do autor seguido da expressão “et al.”; as referências completas devem ser apresentadas apenas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo os padrões da ABNT (NBR-6023).

As citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico; as citações com até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico; o itálico deve ser utilizado somente para destacar palavras que não pertençam à língua portuguesa.

As notas devem ser evitadas sempre que possível, no entanto, quando apontadas no corpo do texto, devem ser indicadas com números arábicos sequenciais, imediatamente depois da

frase a que digam respeito, e serem apresentadas ao final do texto, numeradas sequencialmente, antes das referências bibliográficas.

Os trabalhos que não forem apresentados em conformidade com as normas da ABNT serão desconsiderados, exceto aqueles cuja inadequação seja mínima, a critério da Comissão Executiva.

A Comissão Executiva entrará em contato com o autor cujo artigo científico apresente pequena desconformidade com as normas da ABNT, a fim de que ele efetue a correção no prazo de cinco dias corridos contados da comunicação.

Caso o autor não efetue as alterações solicitadas pela Comissão Executiva no prazo previsto, o artigo será desconsiderado.

Serão desconsiderados os artigos redigidos em desconformidade com a norma culta da língua portuguesa e com as diretrizes para redação de textos acadêmicos, quais sejam, vocabulário técnico, clareza, precisão e impessoalidade.

Somente os artigos que estiverem de acordo com o previsto nesse item serão submetidos à avaliação inicial.

AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

Os artigos consoantes com as normas para apresentação dos artigos científicos serão encaminhados, pela Comissão Executiva, à Editora-Chefe da RDJ para avaliar a pertinência dos trabalhos à linha editorial da Revista.

Os trabalhos que não atenderem à linha editorial da Revista serão desconsiderados.

A Editora-Chefe escolherá os artigos com potencial para publicação, tanto na edição do presente certame quanto em edições futuras, os quais serão encaminhados aos pareceristas para avaliação técnica.

A Comissão Executiva encaminhará os artigos científicos escolhidos pela Editora-Chefe na avaliação inicial para a avaliação técnica por pareceristas, a qual deverá estar concluída no prazo de 6 (seis) meses contados do encaminhamento do trabalho para essa avaliação. Em virtude de situações excepcionais, a critério da Comissão Executiva, o prazo previsto poderá ser estendido.

Cada artigo será distribuído a dois pareceristas, e os nomes do autor e dos avaliadores serão mantidos em sigilo, para garantir a isonomia do processo de avaliação.

Em quinze dias corridos do encaminhamento do artigo, os pareceristas manifestar-se-ão sobre ele em formulário próprio, indicando-o, ou não, à publicação, e poderão recomendar ao autor que realize ajustes no trabalho antes da emissão do parecer definitivo.

O trabalho que obtiver duas recomendações negativas será desconsiderado.

Em caso de divergência entre os avaliadores, o artigo será encaminhado a um terceiro parecerista, que opinará sobre ele, podendo, ainda, recomendar ao autor ajustes antes da emissão do parecer definitivo.

Em caso de ajustes, o autor poderá promovê-los no prazo de cinco dias corridos contados da ciência sobre a avaliação. Se não houver manifestação do autor no prazo estipulado, o trabalho será desconsiderado.

O trabalho ajustado será submetido a nova análise do terceiro parecerista, que, no prazo de cinco dias corridos, emitirá parecer definitivo sobre ele.

Se a publicação do trabalho não for recomendada pelo terceiro parecerista, o Editor associado, a critério da Comissão Executiva, poderá ser consultado.

Caso o Editor associado considere o artigo apto para publicação, a Editora-Chefe será consul-

tada para, em caráter definitivo, decidir sobre a pertinência da publicação.

O autor será comunicado da recomendação para publicação do artigo, ou da recusa em publicá-lo, no prazo de 30 dias contados da decisão da Editora-Chefe.

Os trabalhos aprovados por dois pareceristas serão submetidos à Editora-Chefe, que escolherá quais serão publicados na edição do certame em curso.

Os trabalhos aprovados, que não forem publicados na edição para a qual foram encaminhados, serão armazenados em arquivo próprio e, caso haja interesse do autor, poderão ser publicados futuramente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao enviarem os artigos, os autores deverão concordar com o termo de submissão de artigo à RDJ e de autorização para publicação, cessão de direitos autorais e declaração de originalidade e ineditismo, constante no sistema SEER/OJS, na página <https://revistajuridica.tjdft.jus.br>.

Os autores serão inteiramente responsáveis por citações, referências, titularidade e originalidade dos trabalhos e opiniões manifestadas nos artigos.

A submissão dos trabalhos à RDJ implica a anuência incondicional aos termos apresentados como também a cessão total, irrevogável e gratuita dos direitos autorais.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pelos artigos publicados na RDJ do TJDF, independentemente do tipo de mídia em que ocorra a publicação.

O Núcleo de Revista Jurídica - NUREV poderá ser contatado por intermédio do endereço eletrônico nuREV@tjdft.jus.br, de segunda a sexta-feira, exceto feriados, para esclarecimentos sobre estas Normas.

TJDFT

PRODUÇÃO GRÁFICA

COORDENADORIA DE DIGITALIZAÇÃO E SERVIÇOS GRÁFICOS >> CODIG