



Marcio Renan Hamel (Org.)

Temas Contemporâneos do Direito 2019

Campus de Casca



Considerando o recente momento de crise econômico-financeira, pela qual passa o Brasil, a segunda edição do Anuário da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada; a um, pela viabilidade da publicação e; a dois, por ajudar-nos na tarefa permanente da produção científica. Nessa edição de 2019 novamente recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quanto do corpo discente dessa sexagenária faculdade. O desenvolvimento da pesquisa em Direito se torna objeto de mais alto valor e interesse jurídico, mormente quando vivemos um momento em que o campo jurídico está sendo profundamente afetado, não só pelas mudanças dinâmicas por que passa a sociedade global, mas também pela diminuição dos investimentos e recursos necessários à pesquisa científica de forma geral. Essa edição dos *Temas Contemporâneos do Direito*, apresenta-nos novos autores, novos rostos e também novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição trazem seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em exporem suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e alunos que contribuíram nesta edição, reforçando o nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.



**Temas
Contemporâneos
do Direito**

2019

Temas Contemporâneos do Direito

2019

Campus de Casca - RS

Organizador:

Marcio Renan Hamel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HAMEL, Marcio Renan (Orgs.)

Temas contemporâneos do direito 2019: Campus de Casca - RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) --
Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

296 p.

ISBN - 978-65-81512-49-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

| | |
|--|------------|
| Apresentação | 9 |
| Marcio Renan Hamel | |
| 1 | 11 |
| Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível | |
| Rafael Selonk; Fernanda Oltramari | |
| 2..... | 25 |
| O afeto e o cuidado nas relações familiares: construindo os alicerces de uma nova casa | |
| Bruna Razera; Fernanda Oltramari | |
| 3..... | 43 |
| Mulheres refugiadas: duplamente invisíveis na busca por proteção | |
| Carla Lerin | |
| 4..... | 67 |
| A efetividade do Princípio da Preservação da Empresa nas dissoluções parciais de Sociedades LTDA's | |
| Humberto Moroni Silva; Tatiana Mezzomo Casteli | |
| 5..... | 88 |
| A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio | |
| Gabriel Baldissera; Paulo Henrique Schneider | |
| 6..... | 114 |
| Mediação na justiça do trabalho: mecanismo efetivo para pacificação dos conflitos laborais – diálogo Brasil e EUA | |
| Graziela Minas Alberti; Maira Angelica Dal Conte Tonial | |
| 7..... | 134 |
| Agravo de Instrumento no Processo do Trabalho: da irrecorribilidade das decisões interlocutórias | |
| Jovana De Cezaro; Maira Angélica Dal Conte Tonial | |

| | |
|--|------------|
| 8 | 154 |
| Habeas corpus coletivo 143641 e a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade para a prisão domiciliar de mães encarceradas | |
| Regina Dreon Miranda | |
| 9 | 177 |
| As relações virtuais de consumo: o comércio eletrônico e a proteção do consumidor | |
| Leticia Spagnollo; Nadya Regina Gusella Tonial | |
| 10 | 199 |
| A litigiosidade repetitiva no processo civil: o Incidente de resolução de demandas repetitivas e a efetivação da segurança jurídica | |
| Louíse Mior; Nadya Regina Gusella Tonial | |
| 11 | 222 |
| Os negócios jurídicos processuais como instrumento de concretização da efetividade processual à luz do modelo cooperativo de processo | |
| Laís Scariot; Nadya Regina Gusella Tonial | |
| 12 | 247 |
| A capacidade civil e o direito à inclusão social das pessoas com transtorno do espectro autista: uma questão de respeito à dignidade humana | |
| Patrícia Besson de Moraes; Nadya Regina Gusella Tonial | |
| 13 | 271 |
| O atual regime de agravo de instrumento e a efetividade processual | |
| Jovana De Cezaro; Nadya Regina Gusella Tonial | |
| Anexos | 295 |

Apresentação

*Marcio Renan Hamel*¹

Considerando o recente momento de crise econômico-financeira, pela qual passa o Brasil, a segunda edição do *Anuário* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada; a um, pela viabilidade da publicação e; a dois, por ajudar-nos na tarefa permanente da produção científica. Nessa edição de 2019 novamente recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quando do corpo discente dessa sexagenária faculdade.

O desenvolvimento da pesquisa em Direito se torna objeto de mais alto valor e interesse jurídico, mormente quando vivemos um momento em que o campo jurídico está sendo profundamente afetado, não só pelas mudanças dinâmicas por que passa a sociedade global, mas também pela diminuição dos investimentos e recursos necessários à pesquisa científica de forma geral.

Num contexto global, cujos processos planetários atropelam a própria ideia de dignidade humana, quer seja pelas fronteiras territoriais, quer seja pelo descarte do humano em favor do mercadológico e de tudo o mais que se desmancha no ar – para usar uma expressão de Marx –, perde-se de vista até mesmo o próprio Estado de Direito. A dificuldade de alguns na convivência com todos os outros, faz-nos esquecer que o outro é, tão-somente, um dos *nossos*, e que, ao mesmo tempo, aspira por sentido existencial, o que só será possível na troca hermenêutico-dialógica e rompimento entre *nós* e *eles*.

¹ Coordenador de Pesquisa FD – UPF

Nesse quadro, colocamos a pergunta de como não manter a discussão sobre *Temas Contemporâneos do Direito*? Ainda mais: como não buscar alternativas inclusivas e justas para o século XXI? São muitas as dúvidas, as incertezas e até mesmo a incredulidade, entretanto, jamais podemos desistir da luta! A luta pelo Direito (Ihering), a luta por um mundo melhor, a luta pelos direitos e pela vida dos direitos (Vicente Rao)! Para isso, não podemos desistir da produção científica, porquanto ainda que tenhamos mais perguntas do que respostas, cada resposta em particular nos assinala para um novo e promissor futuro, mesmo que nos traga uma nova pergunta! Eis aí a dinâmica do movimento dialético. Por meio desse movimento renovamos a utopia e reforçamos a esperança, pois pensar é pensar a diferença! Pensar é pensar a Justiça!

Essa segunda edição dos *Temas Contemporâneos do Direito*, apresenta-nos novos autores, novos rostos e também novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição trazem seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em exporem suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e alunos que contribuíram nesta edição, reforçando o nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.

Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível ¹

Rafael Selonk²

Fernanda Oltramari³

Introdução

O presente artigo tem por escopo abordar a síndrome da alienação parental, um grave problema que vem se apresentando quando os relacionamentos, em suas mais diversas formas, chegam ao fim, com consequências nefastas para os filhos, bem como apontar desafios atuais para combater essa perniciosa prática, especificamente a mediação familiar.

A justificativa para o estudo reside na importância que o tema possui no direito de família atual. Cada vez mais, os relacionamentos possuem duração diminuta, surgindo, então, a questão da guarda dos filhos e, com isso, não raras vezes, atos de alienação parental que, se não combatidos, trarão às crianças e adolescentes, suas vítimas, desastrosas implicações psicológicas capazes de perdurar por toda a vida.

A matéria objeto do estudo elaborado encontra divergência entre doutrinadores e estudiosos do direito em alguns pontos, e por esta razão

¹ O presente artigo foi elaborado a partir da monografia para obtenção do grau de bacharel em Direito pelo autor, e intitulada-se “Síndrome da Alienação Parental: O esgarçar do amor familiar. O que é isso?” apresentada em 05 de dezembro de 2011, alcançando nota máxima.

² Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade de Passo Fundo - UPF, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura Federal - ESMAFE. Assessor de Desembargador junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. rafaelselonk@tj.rs.gov.br

³ Advogada. Professora na Universidade de Passo Fundo

o foco está na análise das modificações introduzidas pela Lei 12.318/2010, os efeitos na criança e no adolescente e a possibilidade ou não de aplicação da mediação familiar, já que os dispositivos legais que tratavam da mediação para os casos de alienação parental foram vetados pelo Presidente da República.

Frisa-se que o presente artigo não possui o intuito de apresentar conceitos cerrados, esgotar ou solucionar todas as questões relacionadas ao tema proposto – e nem poderia, tão vasto que é. Ao contrário, terá alcançado de maneira satisfatória seu objetivo se lograr incentivar novas análises relacionadas a tema tão vasto, atual e importante, e, principalmente, se demonstrar aos pais que o amor não termina com o fim do relacionamento e que os filhos, a materialização desse amor, permanecem como personagens em suas vidas.

I - Síndrome da alienação parental e a mediação como caminho possível

Foi nos Estados Unidos, em 1987, que, pela primeira vez, a síndrome da alienação parental foi definida por Richard Gardner - psiquiatra americano, foi professor na Universidade de Columbia, em New York, USA, de 1963 a 2003. Suas pesquisas e obras na área da psiquiatria infantil são citadas como referências na matéria. Este, em um de seus artigos, assim analisa acerca da utilização do vocábulo síndrome:

Alguns que preferem usar o termo Alienação Parental (AP) alegam que a SAP não é realmente uma síndrome. Essa posição é especialmente vista nos tribunais de justiça, no contexto de disputas de custódia de crianças. Uma síndrome, pela definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos, e que caracterizam uma doença específica. Embora aparentemente os sintomas sejam desconectados entre si, justifica-se que sejam agrupados por causa de uma etiologia comum ou causa subjacente básica. Além disso, há uma consistência no que diz respeito a tal conjunto naquela, em que a maioria (se não todos) os sintomas aparecem juntos. O termo síndrome é mais específico do que o termo relacionado a doença. Uma doença é geralmente

um termo mais geral, porque pode haver muitas causas para uma doença particular. Por exemplo, a pneumonia é uma doença, mas há muitos tipos de pneumonia – p. ex., pneumonia pneumocócica e broncopneumonia – cada uma delas tem sintomas mais específicos, e cada qual poderia razoavelmente ser considerada uma síndrome (embora não haja o costume de se utilizar comumente esse ter. A síndrome tem clareza porque a maioria dos sintomas (se não todos) do conjunto manifestam-se previsivelmente juntos como um grupo (GARDNER, 2011, p.2).

Mais tarde, no ano de 2001, o termo - síndrome da alienação parental - passou a ser difundida na Europa por F. Podevyn (TRINDADE, 2004, p.139). A partir de então, para analisar a questão, o direito se uniu à psicologia, buscando desmistificar os fenômenos emocionais que ocorrem com os envolvidos no fim de um relacionamento. Com base nas ideias difundidas por Podevyn se passou a compreender a síndrome da alienação parental como um processo que consiste na programação da criança para odiar o outro genitor, sem justificativa, expondo-o a uma verdadeira campanha de desmoralização (TRINDADE, 2004, p. 140).

Quando do término do relacionamento, um dos genitores busca de todos os modos afastar a criança da convivência com o outro, e inicia-se, assim, um processo de afastamento do genitor não guardião. Com a intensificação desse quadro, surge uma síndrome, que resulta em uma série de práticas que almejam o afastamento completo do outro genitor. A criança alienada é levada, então, a identificar o genitor guardião como parte de si, o que promove o seu distanciamento geral do genitor não guardião, com o qual passa a repelir qualquer contato, sem justificativa. Trindade (2004, p.140), ao discorrer acerca da matéria, frisa que

A Síndrome da Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais o genitor, dominado pelo cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impelir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste em um processo de programar uma criança para que se

odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Ou seja, o alienador passa a “educar” o filho de tal forma que este cria um ódio desmedido contra o outro genitor, seu pai ou mãe, até fazer com que eles, por vontade própria, levem a termo esse rechaço (TRINDADE, 2010, 98). O filho, que ama ambos os genitores, é levado a se afastar de um deles. Surgem, então, contradições de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos, e, a partir daí, desfeito o vínculo com o genitor alienado, passa a acreditar que tudo o que o genitor alienador lhe diz é verdade (DIAS, 2010, p. 102).

Em 26 de agosto de 2010, entrou em vigor, no Brasil, a tão esperada Lei 12.318, que passou a dispor acerca da alienação parental. A referida lei, fruto de acalorada disputa por parte de entidades não governamentais que visam à proteção da criança e do adolescente, trouxe o conceito de alienação parental, um rol exemplificativo de atos que podem ser considerados como tal, medidas no combate ao problema, punições ao alienador, dentre outros tópicos.

Indubitavelmente, representou um considerável avanço no direito das vítimas da síndrome. Porém, muito que se esperava e podia ser feito não o foi. A crítica de muitos doutrinadores, a exemplo de Maria Berenice Dias e Conrado Paulino da Rosa, reside no veto do Presidente da República aos artigos 9º e 10º da lei.

Nessa senda, o artigo (art.) 9º que tratava da mediação para solução dos casos de síndrome da alienação parental foi objeto de veto sob o fundamento de que, por estarem os direitos das crianças e adolescentes no campo da indisponibilidade, nos termos do art. 227, da Constituição Federal a apreciação por mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos não seria cabível, bem como, pela observância ao princípio da intervenção mínima do Estado. O artigo objeto de veto assim dispunha:

As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial (BRASIL, 2010, s/p).

Por seu turno, o art. 10º, da lei acima referida, que trazia a possibilidade de aplicação de sanção nos casos de relato falso foi vetado sob a alegação de existirem outras sanções aplicáveis. Com efeito, critica-se o veto realizado, pois se apresenta como verdadeiro retrocesso no âmbito do direito de família. Entende-se que não há que se falar em necessidade de veto, em face de os dispositivos legais supracitados serem contrários ao interesse público. Em artigo redigido poucos dias após a publicação da Lei 12.318/2010, fica expressa a crítica veemente de Maria Berenice Dias (2010, p.1):

De forma para lá de desarrazoada foram vetados dois procedimentos dos mais salutares: a utilização da mediação e a penalização de quem apresenta relato falso que possa restringir a convivência do filho com o genitor. Assim a lei que vem com absoluto vanguardismo deixa de incorporar prática que tem demonstrado ser a mais adequada para solver conflitos familiares.

Em análise à nova lei, Marcos Duarte (2010, p.118) assinala que embora já se pudesse "utilizar de outros instrumentos no ordenamento para inibir e punir o alienador parental, a norma especial traz em seu conjunto possibilidades específicas de regramento em auxílio ao aplicador", o que, por consequência, acaba por determinar a plena eficácia da norma. Contrariando esse entendimento, denota-se que "uma nova norma legislativa não tem a força que dela se espera quando vem desacompanhada de uma maior conscientização acerca dos papéis assumidos pelos adultos

que resolveram se lançar na maternidade e na paternidade” (EGAS, 2010, p.66).

Diante de toda a questão suscitada pela síndrome da alienação parental, urge a necessidade de adoção de medidas que efetivamente surtam resultados, seja na prevenção ou na recuperação das vítimas. O pai ou a mãe que frustra no filho a expectativa de convívio com o outro genitor viola e desrespeita os direitos do menor, abusando de seu poder familiar. Assim, é de se atentar que existem sanções judicialmente aplicáveis nesses casos, a exemplo da perda ou suspensão do poder familiar (MOTTA, 2010, p. 202), imposição de tratamento psicológico, aplicação de multa (SIMÃO, 2010, 98).

A lei da alienação parental, em seu art.6º, elenca uma série de medidas que podem ser adotadas quando caracterizados atos de alienação parental, seja em ação autônoma ou incidental:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010, s/p).

Muito embora já se mostrasse possível a utilização de outros instrumentos no ordenamento jurídico para inibir e punir o alienador, as normas específicas tendem a facilitar a aplicação e punição, e seu correto manejo e compreensão importarão na plena eficácia da norma. O rol de possibilidades apenas frisa o poder discricionário do Juiz, que poderá declarar atos percebidos no contato com as partes ou com auxílio de terceiros, a exemplo de psicólogos, assistentes sociais, peritos (DUARTE, 2010, p. 102).

Além dessas hipóteses, como já exposto, o Projeto de Lei que deu origem à Lei 12.318/2010 possuía um dispositivo que possibilitava às partes envolvidas utilizar-se da mediação como forma de solucionar o conflito, antes de se instaurar o processo judicial, ou, até mesmo, em seu curso. Liane Maria Busnello Thomé (2010, p.119) faz um apanhado da evolução histórica da mediação familiar em diversos países:

a mediação extrajudicial de conflitos matrimoniais surgiu nos Estados Unidos da América, na segunda metade da década de 1970, evoluindo rapidamente para a regulação das questões de guarda, visitas, amparo aos filhos menores de idade e questões decorrentes da ruptura conjugal. Esse fenômeno atingiu o Canadá, onde existem serviços de mediação tanto de caráter privado como público, instituído pelo Governo de Quebec, no ano de 1997. Na Europa, a Grã-Bretanha foi a pioneira na criação de centros de mediação familiar, em Bristol, em 1976, atingindo mais tarde o país. Na Europa continental, criaram-se serviços similares na França, Áustria, Alemanha, Bélgica, Finlândia, Itália, Polônia, Noruega e Suécia. Na Espanha, os primeiros serviços surgiram nas comunidades de Catalunha e País Basco, seguidos pelo Município de Madrid. Em Portugal, a primeira estrutura apareceu em 1993, com o Instituto Português de Mediação Familiar. No ano de 1997, foi celebrado protocolo de colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, com o propósito de implantar um serviço de mediação familiar em matéria de regulação do exercício do poder parental, limitado à Comarca de Lisboa. Na França, ganhou importância na década de 1980, mas foi institucionalizada em 1973, quando instituído o Mediador da República, para intervir nas questões de direito público e, em 1978 para tornar amigáveis os litígios entre particulares. A Lei 95-125. De 08.02.1995, introduz a mediação no Código de Processo Civil Francês, definindo-a como um recurso do qual o

juiz pode lançar mão, com assentimento das partes, para obter uma solução para o conflito, e a Lei 93-1163, de dezembro de 1998, institui a possibilidade para a resolução de conflitos no foro penal francês. Na Argentina, a Lei 24.573/95 exige que as partes participem da audiência de mediação, inclusive com a assistência de um advogado, com o objetivo de proteger por igual os interesses das partes, e o mediador é sorteado pelo Tribunal entre o rol dos advogados com capacitação em mediação registrados perante o Ministério da Justiça.

Nesta vertente, o mediador poderia ser escolhido pelas partes, e o termo de ajustamento resultante da mediação seria analisado pelo Ministério Público e levado para homologação judicial, entretanto o dispositivo legal foi vetado. A mediação, para Thomé (2010) é uma forma extrajudicial de solução de conflitos, pois se configura na tentativa de diálogo entre as partes, com o auxílio de um mediador.

Dessa maneira, trata-se de um meio autocompositivo, onde, segundo Calmon (2008), a vontade das pessoas envolvidas será discutida por elas próprias, onde se buscará uma solução amigável, sem que haja imposição por parte do mediador. Muito se fala, nos dias atuais, na aplicação da mediação no âmbito familiar. De fato, vêm ganhando visibilidade os resultados positivos alcançados com tal prática nos Juízos de Família, seja na fase pré-processual ou na fase judicial. Acerca disso, muito bem analisa Marlova Stavinski Fuga (2003, p.75, grifos nossos) que:

A mediação familiar é uma prática para restabelecer relações, quando tudo indica que a família está desmantelada por consequência da dissociação entre o homem e a mulher, tentando minorar os prejuízos para os filhos. Com a intervenção da mediação familiar, é possível compreender que a separação e o divórcio não significam a dissolução da família, mas sua reorganização. [...]. **Em matéria de família, só consegue avaliar bem o que ocorre quem está passando pelo sentimento, seja de amor, de ódio ou indiferença. Por isso, são as partes as únicas que podem interpretar seus afetos: nem o advogado, nem o juiz, nem o mediador podem fazê-lo. Por isso, a sociedade civil tem afrontado tanto o direito de família. O amor não pode ser interpretado por normas.**

E prossegue a referida autora, lecionando que a mediação acarreta verdadeira organização do conflito, aproximando os interesses dos envolvidos, até então divergentes, de modo a alcançar resultados positivos. Em suas palavras:

[...] há toda evidência de que a mediação familiar reorganiza o conflito e o transforma, demonstrando a nova funcionalidade da família e reaproximando os interesses dos entes envolvidos. Há a remodelação dos contornos familiares, minorando os efeitos de transição decorrentes da ruptura da união conjugal, mesmo aqueles efeitos nefastos que atingem as famílias transformadas em monoparentais, porque o que ocorre é uma reestruturação organizacional da família. Os laços são mantidos para além da separação, reforçando a função educativa da mediação. [...]. A mediação familiar garante uma relação materno-filial e paterno-filial. A guarda conjunta tende a se tornar regra, quando os pais se submetem à mediação familiar, visto que ocorre um (re)despertando amor aos filhos e a si próprios. O objetivo final da mediação familiar não é só restabelecer uma comunicação, mas transformar o conflito relacional, mesmo que em apenas algum aspecto (FUGA, 2003, p. 81-82).

Inexiste no Brasil legislação que regulamente o instituto da mediação; logo é possível fazer uma análise desta com um instituto análogo, qual seja, a arbitragem. Nesse instituto, de acordo com a Lei 9.307/96, somente é possível convencionar a arbitragem para solucionar os conflitos que envolvam direito patrimonial.

Por analogia, a mediação não poderia ocorrer para os casos de alienação parental, justamente por tratar de direito fundamental, indisponível, portanto. Nesse sentido, como mencionado anteriormente, o art. 9º, da Lei 12.318/2010, foi vetado sob o argumento de que a mediação no âmbito familiar dá vazão ao desrespeito à indisponibilidade do direito à convivência familiar, prevista pela Constituição Federal. Porém, vale ressaltar que a mediação não se presta a acobertar ilegalidades. Trata-se tão somente de um método de resolução de conflitos, o que não permite que as ações humanas dele decorrentes se escusem ao cumpri-

mento do direito. Então, de igual modo, é legalmente vedado que o acordo mediado afronte dispositivo constitucional, sob pena de ser considerado inválido.

Nesse diapasão, a decisão decorrente da mediação familiar, para que seja exigível judicialmente, deve sofrer a intervenção fiscalizadora do Estado. Nessa medida, a fim de que o Estado possa observar o cumprimento da lei, precipuamente do mencionado dispositivo constitucional, a homologação judicial e o acompanhamento do Ministério Público se afiguram como opção à viabilidade da mediação no direito de família. Foi nessa direção que o §3º do artigo vetado dispunha que, após o procedimento de mediação, o termo resultante seria levado ao crivo do Ministério Público e do Poder Judiciário, que poderia homologar ou não o documento.

Dessa forma, o argumento de inconstitucionalidade utilizado nas razões de veto não prospera. O outro ponto que fundamentou o veto presidencial, conforme Santos e Melo Júnior (2011), afirmava que a utilização da mediação fere o princípio da intervenção mínima, previsto pela Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Denota-se, assim, que a mediação familiar é um instrumento importante para auxiliar a resolver a síndrome da alienação parental. A mediação não busca “fazer as pazes”, “fazer acordo”, mas resolver o conflito posto por meio da comunicação assistida por um terceiro (SIX, 2001). Ainda para este autor (2001, p.291),

o processo de mediação é adaptado a cada situação pelo mediador, que deve zelar permanentemente para exercer o domínio das numerosas dificuldades que podem surgir e dos acontecimentos os mais imprevistos. Se a mediação for acompanhada, por vezes, de uma ajuda técnica, o objetivo da mediação não se limitará ao aporte de tal ajuda. Objetiva-se que as pessoas ou os grupos se estabeleçam em uma nova relação.

Assim, os conflitos não serão rediscutidos no Poder Judiciário por tempos expressivamente longos, como ocorre, não raras vezes, em acordos forçados ou sentenças judiciais (SILVA, 2010). O fato de o veto ter

atingido o dispositivo legal que previa a utilização da mediação não tem o intuito, nem ao longe, de proibir sua prática nos Juízos de Família, quando se está diante da síndrome da alienação parental. Se as partes possuem legitimidade para realizar acordo e submetê-lo à homologação judicial, a fim de acertarem pela mediação pontos controversos (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2008), a exemplo de questões relacionadas à síndrome da alienação parental, disso nada as impede.

Nesse longo caminho que é o combate à síndrome da alienação parental, todas as armas postas à disposição devem ser usadas. Cabe a todas as pessoas a proteção dos interesses das crianças e adolescentes, sob pena de infringência à ordem constitucional. Porém, de modo muito especial, incumbe essa tarefa aos atores da prática forense. Juízes, advogados, promotores, agentes do Ministério Público, Defensoria Pública e assistentes do Juízo devem ter a percepção da necessidade de adequação e mudança. Dessa forma, não se estará apenas cumprindo o preceito legal, mas protegendo, efetivamente, as crianças e adolescentes.

Considerações finais

A legislação aplicável ao Direito de Família e, de forma especial, ao Direito da Criança e do Adolescente vem modificando-se, ainda que gradativamente, sempre com o intuito de respeitar e proteger os menores.

Mesmo com todas as transformações ocorridas, a família permanece em posição de avantajado destaque quando se fala em instituições. Sob essa ótica, perceptível que as novas formas de família que surgiram, a exemplo da união estável e da família monoparental, priorizam os vínculos de afeto que unem os indivíduos e a existência de interesses convergentes, e não apenas a formalidade do casamento.

Apesar de toda a cadeia que se formou com o intuito de resguardar os interesses da criança e do adolescente, observa-se que os relacionamentos, quando findos, trazem uma gama de problemas aos filhos.

Enfatiza-se, nesse ponto, a síndrome da alienação parental. É inarredável que se trata de um problema grave, em que o filho fica à mercê de atos do alienador, de regra o genitor guardião, que o coloca contra o outro genitor, com o intuito de afastá-lo do seu convívio. Afirma-se que a síndrome da alienação parental é um transtorno psicológico, na medida em que o genitor guardião, alienador, transforma a consciência do filho, a vítima, programando-o a odiar o genitor – que, como se constata na facticidade, na maior parte dos casos é o pai –, promovendo o afastamento de ambos.

A Lei 12.318/2010, por seu turno, passou a disciplinar, expressamente, a síndrome da alienação parental, ainda que já se observassem diversas decisões nos Tribunais brasileiros acerca da matéria. O fato, porém, é que a lei surgiu em boa hora. No entanto, o veto do Presidente da República, veementemente criticado, representou um grande retrocesso. Não há o que se falar em contrariedade dos artigos 9º e 10º ao interesse público. Muito ao contrário, a utilização da mediação apresenta-se como uma forma eficaz na prevenção e resolução da síndrome da alienação parental.

Por certo que a temática é nova e ainda não possui a aceitação que se espera. Entretanto, a mediação familiar desvela-se como importante ferramenta que deveria ser posta à disposição. Mesmo assim, contudo, o Presidente da República entendeu pelo veto do dispositivo que continha tal previsão.

Com efeito, muito embora não se desconheça a existência da regra da mínima intervenção estatal, os interesses da criança e do adolescente, face o seu caráter de primazia e especialidade, devem ser protegidos a todo custo, ainda que com a intervenção do Estado. Nesse ínterim, ressalta-se que não se trata de dever omissivo do Estado (abster-se de intervir), mas sim positivo, no sentido de impor a preservação dos direitos dos menores.

Além disso, desarrazoadas as justificativas para veto do art. 10º da referida lei, que trazia a penalização àquele que restringisse a convivência

do filho com o genitor. Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente preveja mecanismos para inibir os atos de alienação parental, o dispositivo objeto de veto trazia uma nova penalização, que vem a crescer àquelas existentes, com o intuito de, com eficácia, coibir os atos de alienação parental.

Assim, a mediação familiar deve ser utilizada, mesmo com o veto ao dispositivo que tratava do tema na lei da alienação parental, pois seus resultados revelam-se de forma satisfatória.

Referências

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/alienacao%20parental_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf>. Acesso em: 10 set. 2011, p. 1-2.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda**. Fortaleza: Leis & Letras, 2010.

EGAS, Fábio Botelho. Alienação parental, a Lei 12.318/2010: lei tenta ser limite e contrapeso aos delírios do ódio entre ex-cônjuges com filhos, **Visão Jurídica**, São Paulo: Escala, n. 55, p. 66, 2010.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugalidade**. Passo Fundo: UPF, 2003.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 06 jul. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (Org.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A síndrome da alienação parental: identificação, sua manifestação no Direito de Família e intervenções possíveis In: APASE, Associação de Pais e Mães Separados (Org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio Ltda., 2010. p. 35-69.

SANTOS, Renata Sarmento; MELO JÚNIOR, Roberto Freire. Síndrome da alienação parental e mediação familiar – do conflito ao diálogo, **Revista Eletrônica do Curso de Direito UNIFACS**, n. 128, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/120>>. Acesso em: 01 out. 2011.

SILVA, Evandro Luiz. SAP: A exclusão de um terceiro. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2 ed. rev., atual. e ampl. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26-34.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções Judiciais Contra a Perniciosa Prática da Alienação Parental. In: APASE, Associação de Pais e Mães Separados (Org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio Ltda., 2010. p. 14-25.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THOMÉ, Liane Maria Busnelo. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2 ed. rev., atual. e ampl. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-32.

O afeto e o cuidado nas relações familiares: construindo os alicerces de uma nova casa

*Bruna Razera*¹

*Fernanda Oltramari*²

Introdução

A Constituição de 1988 abre espaço a uma família mais igualitária e preocupada com a proteção de seus membros, trazendo consigo princípios fundamentais ao direito de família, dentre eles o da afetividade, motivo maior deste trabalho.

Quando uma família é inaugurada a partir do afeto, sendo os seus laços pautados no amor e no respeito às diferenças, espera-se que as necessidades do menor sejam atendidas no que concerne ao seu desenvolvimento psíquico satisfatório. Nesse contexto, a relação com aquele que cuida é determinante na formação da personalidade, como evidenciado no dizeres de Lya Luft:

constituir um ser humano, um nós, é trabalho que não dá férias nem concede descanso: haverá paredes frágeis, cálculos malfeitos, rachaduras. Quem sabe um pedaço que vai desabar. Mas se abrirão também janelas para a paisagem e varandas para o sol.

O que se produzir – casa habitável ou ruína estéril – será a soma do que pensaram e pensamos de nós, quanto nos amaram e nos amamos, do que nos

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade de Passo Fundo - UPF, Advogada.

² Advogada, Professora na Universidade de Passo Fundo

fizeram pensar que valemos e do que fizemos para confirmar ou mudar isso, esse selo, sinete, essa marca [...].

Marcados pelo que nos transmitem os outros, seremos malabaristas em nosso próprio picadeiro. A rede estendida por baixo é tecida de dois fios enlaçados: um nasce dos que nos geraram e criaram; o outro vem de nós, da nossa crença ou nossa esperança. (2003, p. 23)

A constituição do ser humano é comparada à construção de uma casa, porém, no que se refere ao homem, não há um projeto predeterminado que possa calcular e prever, claramente, como se dará a estruturação. O que pode ser usado como analogia é a importância de uma base sólida nos primeiros tempos, que são determinantes na vida do sujeito. Diferentemente dos animais, que para sobreviverem necessitam adquirir rápida autonomia, a cria humana precisa, excepcionalmente, da presença de um adulto que olhe, que cuide, que dê sentido às vivências desse bebê que ainda não se enxerga como diferente desse outro e que, gradativamente, irá adquirindo uma imagem própria de acordo com a qualidade dessa relação. Entendendo a sua complexidade entre o menor e seus cuidadores, justifica-se a defesa da afetividade como o melhor para a criança.

I - O vínculo sócio afetivo/biológico - afeto e cuidado

O vínculo socioafetivo como uma nova forma de filiação surge, derubando velhas paredes do preconceito, abrindo novos caminhos e conceitos para as famílias engessadas pelos poderes paternos, muitas vezes, vazios de afeto.

Anteriormente, a ciência não possuía dados satisfatórios para excluir ou afirmar um vínculo biológico que determinasse a parentalidade e, assim, cercava-se de argumentos que pudessem, de alguma forma, explicar o vínculo entre pais e filhos. De tal modo, fundaram-se os conceitos de *mater semper certa est e pater incertus* (dando a certeza de que a mãe biológica era sempre certa, pelo simples motivo da gestação; porém, ao pai, cabia a incerteza); *pater is est quem nuptie demonstrant* (restando

dúvidas acerca da paternidade, o pai seria o marido da mãe); *mater semper certa est* (tal princípio impedia a investigação de maternidade na mulher que fosse casada) (VENCESLAU, 2004, p.76-77).

Importante mencionar que tais conceitos geravam dúvidas a respeito da paternidade, impedindo e dificultando uma convivência mais sadia entre pais e filhos. Afinal, a desconfiança era algo que gerava desconforto entre os membros da família, obstaculizando a entrada do afeto e do amor no lar. Necessitava-se, portanto, aprimorar tais conceitos, a fim de chegar ao efetivo responsável (biologicamente) pelos filhos, que daria fim às incertezas que permaneciam entre o casal e a prole.

A evolução dos tempos impôs à ciência caminhar lado a lado com as mudanças sofridas pela sociedade, que aprimorou técnicas antigas e desenvolveu novas, dentre as quais o atualmente conhecido exame de DNA. Tais progressos relativos à paternidade causaram profundas mudanças no vínculo paterno-filial (VENCESLAU, 2004, p.80).

Com o surgimento do exame de DNA, anteriores dúvidas acerca da paternidade dissiparam-se, encerrando a desconfiança que costumava pairar sobre as famílias, de modo a conferir nova oportunidade para que pais e filhos pudessem conviver na certeza do amor. Surgiu, a partir de então, uma filiação que vai além do vínculo biológico, uma filiação afetiva.

O vínculo biológico, anteriormente indispensável à família patriarcal, continua sendo de suma importância, não só para o direito, mas também para a família. Contudo, a família dita “moderna” é delineada na complexidade das relações afetivas, onde o indivíduo que a compõe pode construir seus afetos, alicerçando-os na liberdade e no desejo (LOBO, 2009, p. 458).

Quanto às novas estruturas familiares:

a verdade jurídica, isto é, o critério jurídico para atribuição do vínculo paterno-filial, desprende-se da ficção legal protetora da família legítima para se aproximar da responsabilidade parental pela reprodução biológica. Todavia, observa-se que o estabelecimento jurídico da relação paterno-filial, mesmo

fundado no critério biológico, não é suficiente para preencher o conteúdo dessa relação. Há, ainda, o critério socioafetivo que serve, especialmente, para equilibrar os outros dois (VENCESLAU, 2004, p. 111).

Denota-se, desse modo, que, somado à importância dada aos vínculos biológicos nas estreitas relações familiares, o critério socioafetivo começou a ganhar seu espaço nos lares brasileiros. Assim, a paternidade tornou-se algo que vai muito além dos laços de sangue.

Com o início da inserção da afetividade nas relações familiares, esta, que era “cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas” (VENCESLAU, 2004, p. 111). Tal preocupação dos juristas somente foi tratada mais tarde, “não porque [...] não estivessem preparados para abordar o tema, mas porque a sociedade não encarava o afeto como digno de proteção e tutela pelo direito” (ROSSOT, 2005, p. 09).

Nessa senda, o artigo 1.593 do Código Civil pronuncia regra geral que considera a socioafetividade como um todo, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Tal regra não permite que o Poder Judiciário somente considere como verdade real a biológica. “Assim os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consanguíneos ou de outra origem, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade” (LOBO, 2009, p. 456-457).

O princípio da afetividade, de igual forma, é encontrado no ato da adoção e na reprodução humana assistida heteróloga, bem como nos demais meios de reprodução assistida. Os casos mencionados guardam em comum a vontade de constituir uma família, a qual poderá ser composta por mãe e filho, por pai e filho, ou, ainda, por pai, mãe e filho, ultrapassando qualquer barreira biológica, que, de alguma forma, os impedira de realizar o sonho de ter filhos. O que se pode verificar, em todas as situações, é que os filhos não nascem a partir de um dado genético, mas do coração (VENCESLAU, 2004, p.126).

Desse modo, pode-se afirmar que “o filho por natureza ama-se porque é filho, o filho por adoção é filho porque se ama”. (VIEIRA, 2001, p. 12) No que concerne aos filhos adotivos, os chamados filhos do coração, que se podem emoldurar na mesma classe dos filhos de reprodução assistida ou, ainda, de inseminação artificial (VENCESLAU, 2004, p. 122), é pertinente um belo trecho do livro de Jack Canfield e de Mark Victor Hansen, o qual se transcreve a seguir:

Debbie Moon, professora do primeiro ano, estava com seus alunos vendo a fotografia de uma família. Na foto, um menino tinha a cor do cabelo diferente da dos outros. Uma das crianças achou que ele era diferente porque devia ter sido adotado, e uma menina chamada Jocelyn disse: “Eu sei tudo sobre adoção porque sou adotada”. “O que significa ser adotado?” perguntou uma outra criança. “Significa”, disse Jocelyn, “que você cresceu no coração de sua mãe em vez de crescer na barriga dela” (VENCESLAU, 2004, p. 122).

O que resta evidente nesses casos é o amor, que vem acompanhado da vontade de ter filhos que não puderam ser gerados. Desse modo, dá-se início a uma família que busca suas referências apenas na afetividade, independentemente da consanguinidade, surgindo um parentesco que pode ser chamando de voluntário.

Ainda, vislumbra-se que independentemente da maneira como se compõe a família, o que deve existir em seu núcleo é a preservação de seus laços afetivos. A sua nova forma de constituição, por meio da socioafetividade, embora possa não ser configurada pelo modelo tradicional composto por pai, mãe e filhos, deve preservar e promover a dignidade de seus membros.

À medida que coexistem duas gerações, existe uma família, com a assimetria correspondente que orienta a obrigatoriedade de transmissão e de produção de indivíduos no interior de algum tipo de comunidade humana, que se estrutura, a rigor, tendo duas pessoas como base. Onde há uma mãe e uma criança, um pai e uma criança, um avô e um neto, um tio que cria um sobrinho, há uma família, com funções materna e

paterna, embora nem sempre desempenhadas pelos pais reais (ROSSTOT, 2005, p. 11).

Portanto, a função materna ou paterna, muitas vezes desempenhada por outros membros da família que não os pais biológicos, tem papel fundamental na construção dos novos alicerces que serão formadores da personalidade desses futuros adultos.

A função materna e paterna é algo tão puro, belo e repleto de encantamento que se torna difícil conceituá-la. Trata-se de algo que deixa profundas marcas, que acompanham o sujeito por toda a sua vida na construção de seus alicerces.

Como descreve Martinho:

todos os dias, quando acordamos e nos olhamos no espelho, o que vemos é o resultado de experiências acumuladas durante a vida e, acima de tudo, o legado que nos foi deixado por nossas famílias. Temos os olhos da mãe, o jeito do pai, a teimosia de uma tia, a persistência de um avô. Ao nos tornarmos adultos, muito devemos a alguém ou algumas pessoas que nos ajudaram a ser o que somos (MARTINHO, 2011).

Até determinado momento da história, a figura da mulher (mãe) era vista apenas como um objeto a serviço da satisfação dos desejos sexuais do marido (pai) e para o conseqüente aumento da prole, visando somente à obtenção de lucros. As mulheres deveriam desempenhar o seu papel, sendo submissas, carinhosas e servientes, de modo a cumprir sua verdadeira função na família. O homem (pai), por sua vez, figura autoritária que ocupava na sociedade e na família o lugar principal, tinha como única preocupação a obtenção de lucros.

Desses pais, nasciam filhos inseguros, que cresciam sem amor, com parca educação e com um considerável sentimento de rejeição. Confirmando tais fatos, Beatrice Marinho Paulo refere que:

no século XVII, o farol ideológico da sociedade europeia iluminava apenas o homem-pai-marido-senhor, a quem todo poder era dado, e todos deveriam ser-lhe submissos e dóceis. Numa sociedade que valorizava desta forma o homem, o colocando no centro de tudo, as mulheres eram vistas apenas co-

mo seu complemento. Seres naturalmente fracos e passivos, criadas e educadas com a finalidade exclusiva de agradar o homem. Sendo assim, era natural que a mulher priorizasse os interesses desse homem, mesmo em detrimento dos das crianças, seus filhos. A vida social, ao lado do marido, não podia ser abalada (PAULO, 2007, p. 40).

As crianças eram consideradas objetos que dificultavam a função da mulher em dedicar sua máxima atenção e seus cuidados ao marido. Para as mulheres das classes sociais mais abastadas, dispensar cuidados às crianças era considerado uma perda de tempo e algo, até mesmo, indigno. Já para as famílias pobres, a chegada de um filho poderia ameaçar o próprio sustento do casal. Em ambos os casos, os filhos eram considerados um peso, com o qual era preciso conviver (PAULO, 2007, p. 40).

Nesses exemplos, fica evidente o descaso das mães para com os filhos, que eram entregues à própria sorte, abandonados física e moralmente. Assim, o seio familiar era formador de crianças tristes, criadas por amas de leite desde o nascimento até seus quatro ou cinco anos de idade, quando, finalmente, obtinham o direito de conhecer seus pais biológicos e com eles conviver (PAULO, 2007, p. 40).

Retornando ao convívio da família, na Europa, a educação das meninas era destinada a uma governanta, e a dos meninos, a um preceptor, que deveriam alfabetizá-los, ensinar-lhes boas maneiras, cuidados com a higiene e com a vestimenta. O contato com o pai era praticamente nulo, visto que este deveria ocupar-se com a administração do patrimônio; com a mãe, por seu turno, a “convivência” se dava uma vez ao dia para a chamada “inspeção”. Já no Brasil, os filhos dos grandes senhores eram entregues às escravas negras, para que elas realizassem o trabalho dos pais, e estes apenas desfrutavam da “alegria” da chegada do mais novo herdeiro (PAULO, 2007, p. 40).

Esses modelos de família empobrecidos de sentimentos e respeito perduraram por muitos anos. No Brasil, no final do século XIX, após a chegada da Família Real, é que novas formas voltadas à intimidade e com singelos gestos de afetividade começaram a surgir. Naquele período é que

brotaram os primeiros conceitos de ser mãe e a noção do quanto é importante o seu papel perante os filhos em desenvolvimento (PAULO, 2007, p. 44).

A partir de então, deram-se os primeiros sinais de uma preocupação por parte da família e da sociedade com a dignidade de seus integrantes. O pai deixou de ser a figura central, para dar espaço ao nascimento de um novo papel, pois a mãe poderia se permitir sentir amor pelos seus filhos.

A mãe passou a desempenhar papel fundamental – de amar, educar, atender aos tenros desejos infantis – na formação sadia do futuro adulto, que se mostrou de grande valia para o Estado, preocupado com o bem-estar geral das pessoas.

Ademais, tornou-se possível perceber os benefícios que as mães representavam para os filhos:

a amamentação com o leite materno, por si só, já reduzia em muito a mortalidade infantil, (...), e os cuidados dados diretamente pela mãe pareciam resultar em um indivíduo mais forte, robusto e melhor desenvolvido. Passaram, por isto, a assumir essas tarefas, amamentando e cuidando pessoalmente dos filhos, a fim de assegurar sua sobrevivência (PAULO, 2007, p. 45).

As mães entenderam a relevância de seu papel não somente para a saúde física do bebê, mas também para a psicológica e moral. Cabe ressaltar que o exercício da função materna, muitas vezes, não era desempenhado pela mãe biológica, e sim por mães substitutas, mães de afeto. Igualmente oportuno destacar que não se trata do papel da mãe em si, mas da função materna, da presença de uma figura feminina, algo importante para o desenvolvimento sadio de uma criança.

Fica evidente que se encontra em questão a presença de um adulto que se torna responsável pela constituição do menor, e é por isso que, quando se fala em família, não se pode reduzi-la a laços sanguíneos, mas se deve buscar a relação que se estabelece entre esses indivíduos. Sendo assim, as funções – materna e paterna – são muito amplas, referindo-se

aos cuidados que os pais têm com seus filhos, desde a higiene, a alimentação, até a imposição de limites.

Há situações em que o papel materno pode ser desempenhado por uma outra mulher, “adotada” pelo pai biológico como a “nova mãe”, a quem caberá assumir as “funções da maternidade”. É nesse contexto que surge a imagem folclórica das “madrastas”, que representam uma figura bastante negativa no imaginário social. Essa “representação social de ‘mãe’ exerce, na maior parte das vezes, uma enorme pressão, e se torna um grande tormento. Alguém munida de uma perfeição idealizada a qual nunca se atingirá, por mais que se esforce e se dedique a uma criança” (PAULO, 2007, p. 45).

Tais mulheres, ao aceitarem desempenhar o papel de mãe, devem levar em conta, no momento de sua decisão, além do amor que sentem pelo novo companheiro, o afeto e a disponibilidade que pretendem exercer nos filhos dele. Afinal, ao tomarem para si a missão de ser mãe de coração daquelas crianças, aceitam conjuntamente a função de educadoras, acolhedoras e protetoras.

Entretanto, o conceito que ainda se tenta impor às mulheres de que, no ato de seu nascimento, todas, indistintamente, são imbuídas por um instinto materno, sendo “geradas para gerar”, começa a ser discutido. Afinal, muitas mulheres desobrigam-se da função materna, a fim de seguir uma carreira bem-sucedida, ou, simplesmente, por não sentirem o desejo de desempenhá-la (PAULO, 2007, p. 45).

A decisão e o ato de ser mãe devem ser conscientes, e, assim, fala-se de ato volitivo desempenhado e desejado por adultos, capazes de cumprir tal função de maneira satisfatória para o desenvolvimento dos menores. Afinal, “toda pessoa, especialmente a pessoa humana em formação, tem direito à paternidade e à maternidade” (LOBO. 2009. p. 460), considerando que os laços familiares podem ser tecidos de maneira muito frágil, quando não são alicerçados no afeto ou carinho, podendo causar sofrimento, demonstrar desamor e preferências (SOUZA, 2009, 46).

Imprescindível sopesar que deverá ser considerada a dimensão simbólica das funções materna e paterna, tendo em vista que ambas correspondem a algo muito mais importante do que a própria figura de pais reais, que não estão necessariamente ligadas ao pai ou à mãe. Esses personagens separam-se de suas funções (KAUPFER, 2002, p. 119).

O ato de ser pai ou mãe não fica restrito à tarefa de gerar, posto que envolve a magnitude de amar, servir e se doar. Assim, há algo que transcende o nascimento fisiológico; existe ali um nascimento emocional, razão pela qual a paternidade/maternidade pode se definir e se revelar independente de vínculos biológicos (VILLELA, 1980, p. 49).

Conseqüentemente, as funções materna e paterna vão muito além das questões genéticas; a construção de uma ligação efetiva está mais vinculada ao afeto, ao cuidado, à constância na vida do filho, do que propriamente ao ato de gerar ou de simplesmente doar o material genético. Desse modo, percebe-se a extrema necessidade que o exercício dessas funções representa no processo de desenvolvimento do menor, o qual não pode ser privado de uma convivência afetiva, independentemente de haver ou não vínculo biológico.

Nas famílias patriarcais, com as funções paterna e materna extremamente divididas, vivendo sob o véu do preconceito e da falta de amor, abordar o assunto do cuidado, requisitar que ele fosse tomado como um elemento fundamental para o bem-estar da família, era algo impensável. Anos mais tarde, com o aprimoramento das leis, o cuidado inicia um lento, mas eficaz, processo de inserção na esfera familiar. A partir de então, aliado à afetividade, o ato de cuidar passa a ter importância para os seus membros, como garantia de um desenvolvimento sadio ajudando na ornamentação dessa nova casa, desse novo ser.

O que antes era visto com olhos desconfiados, agora passa a ter valor desde a primeira infância. O cuidado surge e passa a acompanhar o desenvolvimento dos membros da família, adquirindo valor, até porque

todo o ser humano precisa ser cuidado para viver e sobreviver. Desde o seu primeiro momento de existência, ele se vê enredado pelo cuidado [...]. O be-

bê precisa ser cuidado e a mãe deseja cuidar. O cuidado se apresenta como um caminho de duas mãos: há o cuidar e o ser cuidado. Há uma tendência natural de cuidar e de ser cuidado (BOFF, 2008, p. 07).

Tal ato de cuidar é o momento de atentar de forma especial para a prevenção, “terreno propício para toda a inquietude que quer desassossegurar velhos dogmas, dentro e fora das relações familiares. Amparo e proteção que não se esgotam em deveres alimentares, embora, por certo, compreendam tais obrigações” (ARANHA, 2005, p. 124).

De todo o modo, sabe-se que sem o cuidado prévio a criança não se desenvolve, a inteligência não se estimula e a liberdade não é posta em prática. O cuidado é uma prática inerente ao ser humano, que se não exercitado deixa de ter valor e, assim, deixa de ser humano. “Daí poder dizer-se que o cuidado pertence à essência humana. Sem ele o humano não teria aparecido” (BOFF, 2008, p. 07).

O ser humano demonstra, em suas atitudes, a vontade e a preocupação de cuidar de seus familiares. Os pais, por meio da educação, da proteção, do afeto, do respeito, da promoção da dignidade de seus filhos, estão pondo em prática a forma mais pura de cuidado, o qual é demonstrado de maneiras diferentes pelo pai (homem) e pela mãe (mulher). Na mulher, o cuidado é uma atitude de solicitude, preocupação, afeição e amor. “Trata-se de um gesto amoroso para com o outro. É a mão estendida buscando outra mão ou a mão que se abre para a carícia essencial” (BOFF, 2008, p. 07). Já no homem, o mesmo cuidado tem um significado distinto, representando a “preocupação e inquietação pelo outro, pois quem cuida se sente envolvido afetivamente com ele e carrega responsabilidade por ele” (BOFF, 2008, p. 07).

É fato a diferença de pensamentos e vontades dos seres humanos, o que se torna ainda mais peculiar quando se trata de sexos opostos. Todavia, a despeito das diferenças, o que se deve levar em conta é o fim a que se destina tal cuidado: a promoção do bem-estar de seus familiares.

Ainda em relação ao afeto, no âmbito pessoal,

[...] parte de uma constatação válida para todos os seres: todos buscam seu bem porque neles age uma energia interna que sempre procura sua plena expressão e realização que é exatamente o bem buscado. O ser humano, animal racional, da mesma forma busca o seu bem. Para consegui-lo precisa equacionar um conflito de base, entre afetos (o reino do Pathos e do Eros) e a razão (reino do Logos e do Ethos) (BOFF, 2008, p. 07).

Porém, sabe-se que “a razão é a rainha e tem por tarefa disciplinar afetos. Mas não de qualquer jeito. O controle não pode ser demais, senão eles se rebelam, nem de menos senão eles predominam. Deve ser feito na justa medida que é o ótimo relativo” (BOFF, 2008, p. 07).

Tal controle deve existir para que não haja excessos. O cuidado deve ser na medida, nem abundante, nem precário. Afinal, quando há cuidado demasiado, corre-se o risco de criar adultos inseguros, ansiosos; de outra parte, quando o cuidado é escasso, há o de se promover nos filhos a libertinagem, a falta de limites, a dificuldade de ouvir não. Entretanto, quando o cuidado é distribuído em medidas certas, ao longo do desenvolvimento da criança, constata-se um desenvolvimento saudável.

O cuidado, com o passar dos anos, realça-se não só na relação dos pais para com os filhos, mas na outra mão de igual forma. Assim, “formalizando uma ética do cuidado diríamos: há um dado de base que é a inclinação natural de cuidar e o desejo de ser cuidado” (BOFF, 2008, p. 07).

Assim, entende-se que a inserção do cuidado no seio familiar é ato de suma importância. Porque “cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro” (BOFF, 2008, p. 07).

O cuidado recíproco deve ser tido como um sentimento de grande valor, tanto no sujeito que decide cuidar, quanto no que aceita ser cuidado, assumindo de maneira consciente o “propósito da vontade de querer cuidar e que aceita ser cuidado. Isto implica um empenho de criar e man-

ter as condições [...] do cuidado, para que seja predominante, possa se desenvolver e florescer” (BOFF, 2008, p. 08).

Tal fato, além de ser uma constante preocupação da família, passa a tomar moldes na esfera jurídica, quando há

a criação e incorporação da doutrina da *proteção integral* e do *melhor interesse da criança* pelo sistema brasileiro através da ratificação da Convenção Internacional sobre o Direito da Criança (Decreto-Lei nº 99.710/1990) e através da própria Constituição Federal (art. 227) [...].(BOFF, 1999, p. 33).

Ainda, a solidariedade e o cuidado com o outro ganham expressão jurídica, por exemplo, na superação do critério que fixava a filiação legítima. O que antes ocupava um lugar de não receber direito mereceu cuidado, inserindo-o na condição de filho. Houve, ademais, a superação da hierarquia entre marido e mulher. De igual modo, também se pode mencionar o princípio do melhor interesse da criança, no qual corroboraram a preocupação e o cuidado com a pessoa em peculiar condição de desenvolvimento (ARANHA, 2000, p. 128).

Fatos antes discriminados passam a receber maior atenção da sociedade e da família. Inicia-se a percepção de que conviver em um ambiente familiar, desfrutar de seu cuidado, de seu carinho, de sua preocupação, de seu apoio, em todos os momentos, é uma experiência única para a formação do ser humano, e que a falta de tal convivência implicará sérios traumas mais adiante.

Porém, nem sempre a família que deveria ser a base sólida e formadora de uma sociedade, desempenha sua função de maneira exemplar. Muitas vezes, por falta de amor e de comprometimento, elas deixam a desejar, cabendo ao Estado intervir para garantir o direito desses sujeitos em formação, porque “quando a adversidade se instaura é que se denota a necessidade de tutela pública em prol do princípio da prevalência da família, protegendo e, em alguns casos, substituindo o dever ético entre seus membros” (ARANHA, 2000, p. 129).

Surtem, também, na adversidade, as mais variadas formas de família, todas elas fundadas na socioafetividade, merecedoras de proteções jurídicas:

muitas vezes encontram-se excluídas ou mesmo dificultadas aos filhos e pais socioafetivos, as famílias simultâneas, solidárias e recompostas bem como as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Por tal motivo, o Direito de Família contemporâneo pugna por uma concepção de família não excludente, a qual reconheça a alteridade da “vida como ela é”. Assim sendo, é relevante observar que o sistema jurídico deve efetivar a tutela a criança e adolescentes, reconhecendo e contemplando espaços familiares mais amplos do que aqueles expressamente previstos no texto legal, já que cuidar é mais relevante do que conceituar juridicamente relações abstratas (ARANHA, 2000, p. 133).

Independentemente de sua formação, a família merece receber e compreender o papel que o cuidado desempenha, tendo valor importantíssimo para o seu desenvolvimento. Tal fato merece atenção especial do direito, que é amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos princípios norteadores do direito de família, reconhecendo a proteção da família no seu conceito amplo. Salienta-se que a solidificação da relação com crianças e adolescentes deve ser tomada como valor jurídico, “diante da percepção de que o cuidado não se restringe apenas às questões relativas a moradia, alimentação, saúde, dentre outras de subsistência básica” (ARANHA, 2000, p. 133).

Ainda, o que deve ser entendido pela família é a sua própria função de cuidadora, garantindo as suas crianças e adolescentes condições dignas de desenvolvimento físico e emocional, permitindo-lhes, de igual modo, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, o respeito, a confiança, a cumplicidade, o amor, de forma a desenvolver condições de estabilidade emocional (ARANHA, 2000, p. 135).

Nessa perspectiva, deve permanecer nas crianças o entendimento de que fazem parte de uma família, e, principalmente, de que desempe-

nam papel importante dentro dela, compreendendo, além do mais, que são sujeitos fundamentais na consolidação e na fortificação de laços entre seus membros e desses com a sociedade. Enfim, é importante que elas entendam a “dimensão da sua parcela de responsabilidade e necessária contribuição para benefício comum, ampliando-se esse sentido para sua conexão com a sociedade como um todo” (ARANHA, 2000, p. 138).

Ainda, necessita-se observar que

não deve ser negligenciada a importância dos reflexos positivos decorrentes de ser parte integrante de uma família. Nesse sentido, a entidade familiar, concebida como agente possibilitador de estabilidade e cuidado emocional, independentemente de ser organizada no modelo tradicional, na concepção alargada, ou sob forma de entidades de acolhimento, é destinatária de prevalência para cuidar de suas crianças, adolescentes e idosos, colocando-os sob a proteção de perigo de dano eventual ou eminente (ARANHA, 2000, p. 128).

Considerações finais

Diante disso, o que resta evidente é o dever não só da família, mas também do Estado em garantir o desenvolvimento salutar de crianças e adolescentes em ambientes que lhes promovam a dignidade, que lhes proporcione o afeto, a convivência familiar, o respeito e a saúde.

Quando um adulto se compromete com o cuidado de uma criança, está assumindo a responsabilidade de zelar por sua alimentação, higiene, sono e todas as necessidades próprias da infância. Tais cuidados referem-se à satisfação das necessidades autoconservativas de um corpo biológico que abrigará uma vida psíquica. Quando, então, se pensa o vínculo socioafetivo como o melhor para a criança, entende-se que o adulto, motivado pelo desejo por esse filho e direcionando sua afetividade a ele, ao atender as demandas de ordem orgânica, estará fazendo um movimento muito maior do que possa parecer: o adulto inaugura o aparelho psíquico desse sujeito em vias de constituição, provocando nele sentimentos e vivências desconhecidas até então e, ao mesmo tempo, organiza e dá sentido a esses elementos. Entende-se que essas primeiras marcas são determi-

nantes da estrutura do sujeito, que, tendo a família como o primeiro grupo com o qual convive, ensaia com ela a sua futura vida em sociedade (BLEICHMAR, 1994, p. 31).

Para finalizar, retoma-se a analogia feita entre a casa e a constituição do ser humano, porém, sendo aquela agora comparada à instituição familiar. Inicialmente, foi necessário derrubar as paredes do preconceito, onde havia espaço somente para os laços consanguíneos e o não reconhecimento do afeto. Uma vez feito esse movimento, novos alicerces se edificaram sobre o entulho do antigo conceito de família, possibilitando a construção de uma casa fundada essencialmente no afeto, na promoção da dignidade dos indivíduos, no respeito mútuo, no melhor interesse do menor, princípios que vieram para ornamentar essa nova visão da família.

Referências

- ARANHA, Adriana Antunes Maciel et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BLEICHMAR, Silvia. **Violencia social, violencia escolar: de lapuesta de limites a la construcción de legalidades**. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico, 2008.
- BLEICHMAR, Silvia. **A fundação do inconsciente: destinos de pulsão, destinos do sujeito**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.
- BOFF, Leonardo L. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. 8 ed. São Paulo: Vozes, 1999.
- BOFF, Leonardo L. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 05 ago. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.

CANFIELD, Jack; HANSEN, Mark Victor. **O que significa ser adotado: histórias para aquecer o coração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

KUPFER, Maria Cristina. **Pais: melhor não tê-los?**. ROSEMBERG, Ana Maria Sigal de. O lugar dos pais na psicanálise de crianças. São Paulo: Escuta, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. **O novo CCB e a vacatio legis.** Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2002.p. 329-351.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. **Afeto e estruturas familiares.** IBDFam. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUFT, Lya. **Perdas e ganhos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MARTINHO, Helena. **Infância em família: um compromisso de todos.** Portal do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id137.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2011..

PAULO, Beatrice Marinho. **Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: Magister; IBDFam, 2007.

ROSSOT, Rafael Bucco. **O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. 9. ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2009.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense, vol. 271, jul./set. 1980.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Mulheres refugiadas: duplamente invisíveis na busca por proteção

*Carla Lerin*¹

Introdução

Em um contexto global, vê-se que a migração e a busca por refúgio e proteção crescem em grande escala. Neste contexto, mulheres e meninas, que buscam por refúgio, encontram muitas dificuldades na busca pelos direitos humanos.

Neste viés, tratar de mulheres refugiadas não é somente tratar de pessoas cujo gênero acarreta certa vulnerabilidade, mas é para, além disso, pois além da condição de mulher há o fardo de serem refugiadas em um país desconhecido. Dessa forma, com pouca ou nenhuma proteção garantida pelos Estados que às acolhem, sofrem de forma ultrajante.

Diante destas conjunturas, cabe perquirir acerca da dupla invisibilidade das mulheres refugiadas e estudar os mecanismos internacionais de proteção legal, jurídica e social conferidos a elas. Além disso, pesquisar o gênero como fator determinante de dominação e complicador na busca por proteção, observando as políticas internacionais de inclusão das mulheres refugiadas.

De fato, almeja-se analisar uma realidade que vai além do que os olhos podem ver. Ao tratar desta realidade busca-se, talvez por demasiado entusiasmo, mostrar que o preconceito em relação ao gênero aumenta

¹ carla_lerin@hotmail.com.

a vulnerabilidade proporcionando as mulheres já vulneráveis por sua condição de refugiadas uma vida repleta de abusos, escuridão e sofrimento. Por certo, além desvendar estas condições pretende-se encontrar possíveis soluções para estes casos por meio de análises de acordos internacionais e políticas conduzidas por organismos internacionais.

Neste viés o trabalho busca apresentar, utilizando-se do método dedutivo de abordagem e pela técnica de pesquisa bibliográfica que os direitos das mulheres e meninas em situação de refúgio passaram por grandes dificuldades na efetivação de seus direitos, e que isto às afeta de forma desproporcional. Contudo, será abordado a respeito da dupla invisibilidade das mulheres refugiadas, ressaltando a influência do gênero na busca por proteção, a violência e segregação a que são submetidas e as políticas internacionais de inclusão fundamentadas em gênero.

I - Do gênero como complicador na busca por proteção

Por muitos anos a migração foi a associada ao indivíduo masculino que migrava forçadamente ou em busca de melhores condições. Ao passo que a mulher era simplesmente a acompanhante da figura masculina, esta não era considerada autora de migrações.

Entretanto, com o passar do tempo viu-se que mulheres migram, trabalham, movimentam a economia e sofrem demasiadamente na busca por proteção. Isto significa dizer que a desigualdade de gênero ainda impeça impetuosamente na sociedade. Portanto, é ainda pior sobre os que necessitam de refúgio. De fato, durante a viagem em busca de direitos, mulheres sofrem violência de gênero e violência sexual de maneira banal, como se isto fosse a regra para, posteriormente, a liberdade ser exercida.

Atualmente o fluxo de mulheres que migram forçadamente, tem aumentado consideravelmente, sendo que estas visam interromper o sofrimento causado pelas mais variadas formas de opressão, exploração e negação aos direitos humanos aos quais eram submetidas nos países de origem. Assim, esta situação comumente é criada a partir de conflitos

internos agravados, em muitos países, pela organização patriarcal, a qual não raras vezes considera a mulher como uma simples propriedade (LISBOA, 2006, p.152).

Neste contexto, no processo de migração como um todo, mulheres são historicamente invisibilizadas. Pois, os primeiros estudos que tratavam sobre fluxos migratórios não possuíam uma perspectiva de gênero e os que possuíam ainda eram limitados. Sendo assim, estes estudos acabaram por contribuir ao longo da história para uma masculinização das migrações passando a influenciar na inobservância das especificidades da mulher que migra (MARINUCCI, 2007, p.11).

Por consequência desta invisibilidade, a figura do homem sempre foi a protagonista dos processos migratórios. Apesar disso, o número de mulheres migrantes era semelhante ao número de homens desde os anos de 1930. Entretanto, nos anos de 1960, estudos feministas começaram a tomar forma e força na busca da inclusão da mulher como indivíduo importante do processo migratório (QUEIROZ, 2015, p.35).

Nesse sentido, nos anos de 1984, surgiu o primeiro grande estudo sobre a feminização das migrações, realizado por Mirjana Morokvasic e intitulado "*Bird sof passage are also women*", problematizava a participação das mulheres nos processos de migração internos e internacionais (CÁRITAS BRASILEIRA, 2018, não paginado). Dessa forma, a autora em destaque, aborda em sua obra que na década de 1980 haviam 3 milhões de mulheres residindo na Europa, as quais, haviam nascido em outros países, sendo que estas trabalhavam e movimentavam a economia tanto quanto os homens (MOROKIVASIC, 1984, p. 887).

Em seguimento a estas raízes históricas se funda também um tipo de migração forçada que tem por objetivo a busca de refúgio. Sendo assim, há muitas refugiadas que viajam sozinhas em busca de proteção. Porém, ao viajarem sozinhas estas correm especial risco em razão de sua condição de mulher, haja vista, serem alvos mais fáceis de perseguição, abusos e extorsões (ACNUR, 2018, [s.p]).

Neste sentido, cabe abordar um depoimento real, capaz de abranger em poucas palavras, a situação de invisibilidade e vulnerabilidade dos refugiados e em especial das mulheres e meninas refugiadas. Conforme Kamis, uma menina de 9 anos de idade, que no ano de 2017 estava detida na Líbia,

‘[...] Os homens que nos empurraram no barco nos disseram para olhar as estrelas. O barco estava no meio do mar e todo mundo chorava. O vento estava movendo nosso barco então todos estavam gritando. Todo mundo estava chorando. Quando vimos um pequeno navio, gritamos: "Por favor, venha e resgate-nos". Eles nos resgataram e nos levaram para a terra firme. Depois, fomos transferidos para o centro de detenção de Sabratha, onde permanecemos por cinco meses. Não havia comida nem água. Em Sabratha, eles costumavam nos bater todos os dias. [...]. Uma bebezinha estava doente, mas não havia médico no local para cuidar dela. Aquele lugar era muito triste. Não havia nada lá. [...]. Eles batiam em bebês, crianças e adultos. Uma mulher naquele lugar estava grávida. Ela queria parir o bebê. Quando a criança nasceu, não havia água quente. Em vez disso, eles usaram água salgada para cuidar do bebê. [...]’²⁴ (UNICEF, 2017, p.09, tradução nossa).

Posto isto, vê-se que o processo de refúgio desde o seu início até o acolhimento final, tem sofrido com sua inefetividade e tem atingido de forma categórica as refugiadas mulheres e meninas. Assim, um dos fatores que influenciam esta disparidade é a falta de políticas que busquem integrar e garantir os direitos fundamentais dos refugiados e refugiadas. Dado que, atualmente quem está em situação de refúgio sofre com o desprezo, racismo, desrespeito com suas crenças e religiões, xenofobia e ainda resiste à precariedade das condições em que vive (CARDIN; SILVA, 2017, p. 14).

Sendo assim, de acordo Flávia Piovesan (2012, p. 73) “Torna-se, [...] insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em

²⁴ [...] The men who pushed us on the boat told us to look at the stars. The boat was in the middle of the sea and everybody was crying. The wind was moving our boat so everybody was shouting. Everybody was crying. When we saw a small ship, we shouted: ‘Please come and rescue us.’ They rescued us and took us to dry land. Then, we were moved to Sabratha detention centre where we stayed for five months. There was no food and no water. In Sabratha, they used to beat us every day. [...] A little baby was sick but there was no doctor on-site to care for her. That place was very sad. There’s nothing there. [...] They beat babies, children and adults. One woman in that place was pregnant. She wanted to deliver the baby. When the child was born, there was no hot water. Instead, they used salt water to take care of the baby. [...]” (UNICEF, 2017, p.09).

sua peculiaridade e particularidade”. Nesta perspectiva é que se fundamentam os estudos da migração voltados ao gênero.

Portanto, sabe-se que no decorrer da história as mulheres de maneira geral passaram por prejulgamentos, segregações, enfrentaram a falta de oportunidades, foram eliminadas da vida social e política. Porém, correntemente, isto ainda é enfrentado na atualidade devido à escassez de políticas que busquem compor um equilíbrio de condições entre mulheres e homens e efetivar os direitos humanos (CARDIN; SILVA, 2017, p. 18).

Neste sentido, Norberto Bobbio (2004, p.12) afirma “Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos;”. Em consequência disso, mulheres com o peso de serem refugiadas, sofrem com uma dupla vulnerabilidade, exacerbada durante a busca por segurança, sofrendo com perseguições e abusos sexuais (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 230-231).

Entretanto, ao abordar a perspectiva de gênero, observa-se que historicamente e em diferentes sociedades, criaram-se papéis sociais aos quais as mulheres deveriam enquadrar-se, negligenciando assim seus direitos fundamentais. Nesta perspectiva, um homem sempre deveria responsabilizar-se pela mulher, sendo este seu pai ou marido, e isto permitia à sociedade isentar-se de qualquer obrigação em relação a ela (BEAUVOIR, 1967, p.167).

Somando-se a isto, surge a busca por refúgio, constituindo o resultado de sucessivas violações de direitos humanos, que por seu turno, acarretam ainda mais violações de direitos imprescindíveis (PIOVESAN, 2018, p.307). E o que é pior, a desordem instalada nos seus países de origem, normalmente obtida por meio de armas, impulsiona o deslocamento de pessoas, sobretudo de mulheres para as quais o risco da busca por proteção é ainda maior e tem como resposta da sociedade mundial a mesma isenção, sofrida pela mulher ao longo da história (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 224).

Em consequência disso tudo, cabe ressaltar o entendimento de Norberto Bobbio (2004, p.17). O qual, por sua vez afirma que o problema em relação aos direitos humanos está em garanti-los já que depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem estes já estão devidamente fundamentados.

[...] Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraído dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria, do absurdo contraste entre o excesso de potência que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de impotência que condena grandes massas humanas à fome (BOBBIO, 2004, p.25).

Sendo assim, o problema nunca esteve na positivação das normas universais dos direitos fundamentais e sim na forma como a sociedade reage a elas. Entretanto, os direitos humanos são ainda são o melhor instrumento para o alcance da dignidade humana, devendo ser observadas as minorias vulneráveis de forma a reconhecer cada indivíduo em sua singularidade, promovendo o direito à igualdade e respeito a diversidade (PIOVESAN, 2012, p. 71-73).

Em consequência disso tudo, as mulheres refugiadas encontram dificuldades na busca por proteção, principalmente as que viajam desacompanhadas de um homem, o que aduz a um reflexo histórico. Assim, forma-se o chamado “terrorismo sexual”, que pode ser uma das armas mais eficientes de controle de homens e mulheres (JENSEN, 2019, não paginado).

Neste viés, segundo a ONU (2018, não paginado) o terrorismo em seu sentido mais amplo já tornou-se uma ameaça que persiste e abrange progressivamente o mundo todo. Logo, este tem uma intrínseca ligação com o as relações de gênero, haja vista, ser utilizado como instrumento de violação de “direitos de mulheres e meninas através da violência sexual, sequestro, casamento forçado e por impedir a livre movimentação e acesso à educação”, o que torna-se ainda mais fácil quando se tem mulheres e meninas refugiadas.

Nestes cenários de conflito, sentimentos de fraqueza e decepção surgem em grande escala, e as condutas históricas voltam a tomar for-

ma, quando o homem é associado à violência e a mulher à vulnerabilidade a violência de gênero aumenta e leva a uma violação sucessiva de direitos humanos. Assim, causando desigualdade, discriminação e desvalorização da pessoa agredida (JENSEN, 2019, [s.p]).

Vale ressaltar, que o termo *violência de gênero* possui vários significados que se desenvolvem de acordo com cada situação fática, mas que ocorre predominantemente sobre as mulheres em razão de serem mulheres. Portanto, podem ser citadas a título de exemplo as “violências físicas, sexuais, psicológicas, patrimoniais ou morais” que ocorrem “tanto no âmbito privado-familiar como nos espaços de trabalho e públicos”, o que demonstra como a organização do poder exercida na sociedade incide sobre as mulheres ao longo da história (BANDEIRA, 2014, [s.p]).

De fato, nos campos de refúgio existe uma divisão de gênero determinada pela organização econômica e demográfica. Devido a esta estrutura não há organização comunitária, e as relações dentro destes campos se enfraquecem a cada novo indivíduo que chega. Ademais, os montantes que a ONU recebe, são essencialmente produto de doações e isto complica os investimentos em relação ao gênero. Ainda, os programas de voltados ao gênero que são postos em andamento, são feitos exclusivamente pelo ACNUR, não tendo, na elaboração e na prática, uma participação efetiva das refugiadas (JENSEN, 2019, [s.p]).

A partir desta compreensão de como se dão as relações de gênero e a busca pelo refúgio, cabe ressaltar o entendimento de Hannah Arendt (1989, p. 331) a qual preconiza que “o homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade” (ARENDR, 1989, p. 331). Assim sendo, os refugiados e refugiadas já perderam a própria humanidade só por não pertencerem mais a uma nação, a um grupo, e isto tudo unido as desigualdades de gênero constrói uma invisibilidade que remonta fronteiras e épocas (MOULIN, 2011, [s.p]).

Porém, para a mudar tais paradigmas, faz-se necessário excluir o preconceito e incluir as diferentes culturas, pensamentos e pessoas excluídas pela própria sociedade (PIOVESAN, 2018, p.478). Nesta ótica, compreende-se que primeiramente os direitos devem ser preservados de forma a priorizar a participação das mulheres em papéis de liderança em todas as nações (ONU, 2018b, [s.p]).

Além disso, mais visibilidade deve ser dada ao trabalho das mulheres refugiadas, tendo em vista que estas desempenham trabalhos que movimentam a economia, mas que não são reconhecidos por toda a parte, como por exemplo, o trabalho doméstico. Ou, ainda mulheres que trabalham, mesmo que em serviços considerados formais, em ambientes precários e que recebem salários ínfimos, o que faz com que se tornem escravas e compulsoriamente alimentem a desigualdade de gênero (MOROKIVASIC, 1984, p. 888).

Contudo, compreende-se que o paradigma formado pela sociedade que impõe funções determinadas para cada gênero é antiquado e não engloba mais as necessidades do mundo atual, mesmo que ainda repercuta como uma verdade social. Portanto, ao unir os estudos sobre gênero e refúgio, viu-se como a vulnerabilidade pode ser usada como instrumento para decidir o destino de alguém, não deixando espaço para a luta pelos direitos e sim só para a luta pela sobrevivência. Assim sendo, as mulheres refugiadas tornam-se duplamente invisíveis na busca pela proteção, principalmente quando a violência de gênero é usada como fator de dominação e a violência sexual como arma de guerra.

II - Do gênero como fator determinante de dominação: uma análise da violência e segregação nos campos de refúgio

A desigualdade no campo do gênero se torna mais evidente quando a violência é utilizada contra a mulher como forma de dominação. No caso das refugiadas, estas geralmente saíram de seus países por estarem em meio a violência, sendo prejudicadas por sua vulnerabilidade

(SCHWINN; COSTA, 2016, p. 218). Sendo assim, as mulheres refugiadas sofrem por serem duplamente invisíveis, tendo seus direitos como cidadãs, pertencentes, antes de um país a um mundo, obstruídas pelos abusos que sofrem nos campos de refúgio.

De acordo com dados do UNHCR (2016, p.54) no ano de 2016 o percentual de mulheres refugiadas perfazia 49% do total de refugiados no mundo. Conseqüentemente, no Brasil dados da Secretaria Nacional de Justiça (2018, não paginado), revelam que no ano de 2016, dos 10.038 requerimentos de refúgio, 32% foram feitos por mulheres. A partir destes percentuais, estima-se que a cada cinco mulheres refugiadas ou deslocadas em contexto humanitário, uma já sofreu violência sexual nestes locais de abrigo, sendo que este número não corresponde a verdadeira realidade, já que muitos casos não chegam a ser revelados (ONU MULHERES, 2017, [s.p]).

Da mesma forma, um relatório divulgado por meio de agências da ONU (UNHCR UNFPA, WRC, 2016, p. 03) revela que tanto as mulheres como as meninas que se deslocam pela Europa, na condição de refugiadas ou até mesmo migrantes esbarram em graves situações de violência sexual e de gênero. De fato, o relatório destaca que várias delas, são vítimas de estupro para conseguirem abrigo e documentação.

Da mesma forma ocorre nos campos de refúgio. Dentro destes, impera uma situação de exceção, na maioria dos campos os refugiados não podem sair nem mesmo para trabalhar, o que cria uma vida isenta de cidadania, que se inicia ainda nos países de origem, perpassa a viagem e persiste nos campos. Por vezes, a situação dos recém-chegados é tão precária que não há forças para lutar por seus direitos, apenas pela sobrevivência. Nestes casos, quem mais sofre são as mulheres, as crianças e os idosos que devido a situação de dominação que são submetidos na busca da sobrevivência sentem-se desumanos (AGIER, 2011, p. 81-82).

Deste modo, as mulheres refugiadas não sofrem só violência sexual, mas também cultural, social e psicológica, quando a violência é agravada por sua raça, cor, etnia, tendo que usar o corpo e ir contra princípios

para conseguir suprir necessidades básicas, acabando por vezes, na prostituição ou sendo vítimas de tráfico humano. O que sem dúvida é torturante e viola de forma avassaladora os direitos humanos (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 226).

Sendo assim, viver sem cidadania, é apenas sobreviver. Assim, preconiza Hanna Arendt (1989),

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes), bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer (ARENDR, 1989, p. 330).

É neste contexto que vivem os refugiados e refugiadas, sem a proteção do país de origem devido a incessante violação de seus direitos fundamentais e a consequente perda da cidadania. Isto posto, as mulheres e meninas refugiadas, sem cidadania e direitos fundamentais, lutam contra os riscos e abusos na busca por segurança em um mundo onde a violência é usada como arma de guerra (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 224).

Nesta mesma perspectiva, cumpre ressaltar que a vulnerabilidade das mulheres refugiadas aumenta quando estas migram desacompanhadas, grávidas, com bebês recém-nascidos ou ainda quando são idosas ou meninas. Destaca-se que estas, que possuem status de refugiadas, em sua maioria foram forçadas a migrar devido a conflitos internos no país de origem, os quais, produziram um ambiente sem direitos humanos, regado de violência, ameaças, fome e muitas mortes (ONU MULHERES, 2017, [s.p]).

Ademais, na grande parte dos casos a situação presenciada nos países de origem é tão grave que mulheres e meninas recusam-se a denunciar, ou até mesmo de buscar ajuda médica, quando sofrem de violência de gênero ou abusos sexuais, para não adiar suas saídas destes países. Todavia, no decorrer da rota em busca da segurança, estes grupos em especial, correm graves riscos de serem explorados, extorquidos e violentados, incluindo violências sexual por grupos criminosos e até tráfico humano para a indústria do sexo e tráfico de órgãos (UNHCR, UNFPA, WRC, 2016, p. 07).

Diante de tudo isto, um outro aspecto ser analisado, é o direito humano à saúde. Sendo assim, a UNFPA (2015, [s.p]), (sigla em inglês para Fundo de População das Nações Unidas), é responsável pelos cuidados obstétricos das mulheres em situação de ajuda humanitária, sendo que uma análise feita em 38 países (não somente nas áreas afetadas por conflitos) havia um número estimado de 28.451.889 mulheres grávidas no total. Segundo o mesmo relatório os deslocamentos devido as crises agravaram ainda mais a situação de mulheres e meninas, as quais, são desfavorecidas de forma desproporcional.

Outrossim, para ilustrar a gravidade da situação e a inefetividade da aplicação dos direitos humanos, salienta-se que atualmente há uma demanda de 100 milhões de pessoas que precisam de ajuda humanitária, sendo que um quarto desta demanda é preenchida por mulheres e meninas com idades ente 15 e 49 anos, as quais são vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis, gravidez indesejada e violência de sexual e de gênero. De fato, estas mulheres e meninas, possuem encargos inimagináveis, que pioram em conjunto com as crises, guerras e desastres (UNFPA, 2015, [s.p]).

Dessa forma, estes programas que visam saúde a sexual das vítimas são de suma importância, entretanto, ainda é falho o auxílio prestado às vítimas que sobreviveram à violência de gênero como um todo, uma vez que, pouco é investido para tratar especificamente deste assunto. Esta falta de investimento, parte muitas vezes de autoridades governamentais

e agentes humanitários que não consideram a violência de gênero como algo a ser tratado prioritariamente, visto que, há uma carência de dados que comprovem a alta incidência dessa violência entre as refugiadas, já que estas evitam relatar o que sofreram, de forma a procurar ajuda somente em casos extremos e visíveis de danos à saúde (UNHCR, UNFPA, WRC, 2016, p. 07).

Não obstante, a violência de gênero vai além da viagem e dos campos de refúgio. Visto que, devido as formas repressivas de contenção do fluxo migratório, migrantes, refugiados e refugiadas obrigam-se a seguir caminhos perigosos e incomuns, o que por consequência é arriscado, podendo leva-los à dependência de traficantes e abusadores. Neste sentido, dados da UNODC revelam que 71% das pessoas traficadas no mundo são mulheres e meninas, que por sua vez, acabam sendo vítimas de escravidão sexual ou casamentos forçados (CSEM, 2017, p. 03).

De fato, segundo o diretor-executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) o fator vulnerabilidade influencia intrinsecamente nesta forma de exploração, haja vista, a fragilidade de mulheres e crianças migrantes e refugiadas, as quais, estão em terras desconhecidas e muitas vezes a viajar sozinhas. Isto constitui, núcleos fáceis para quem oferece ajuda visando a exploração sexual, tráfico, escravidão e remoção de órgãos (ONU BR, 2016, [s.p]).

Além disso tudo, a política de migração atual, nega aos refugiados e refugiadas o acesso à justiça, assistência jurídica e um devido processo. Como por exemplo na Líbia, onde muitas mulheres são detidas em centro de detenção sem passar por qualquer processo, sofrendo com a desnutrição e a falta de saneamento e cuidados com a saúde. Além disso, muitas mulheres e crianças passam longos períodos trabalhando na Líbia para conseguir custear a viagem em busca de proteção na Europa (UNICEF, 2017, p.04).

Nesse sentido, ao estarem sozinhas, sem pessoas conhecidas por perto, sem dominar o idioma dos países para os quais migram e sem o conhecimento de onde buscar ajuda, facilita a manipulação das mulheres

e crianças refugiadas. Assim, o próprio campo de refúgio, lugar onde deveria ser um abrigo seguro, abriga também o medo e a convivência com a violência que parte desde de parceiros, outros refugiados, vigilantes que detém poder ou até mesmo voluntários, criando um sistema de opressão e silêncio sustentada pela desigualdade de gênero (CARDIN; SILVA, 2017, p. 16).

Neste sentido, ressalta-se o depoimento de Justin Forsyth, Diretor Executivo Adjunto do UNICEF, o qual considera que

‘Os contrabandistas existem porque fornecem um serviço que pessoas desesperadas não podem obter legalmente. Eles se não se preocupam com nada além do dinheiro sujo que extraem de dezenas de milhares de mulheres e crianças e não pensam sobre enviar crianças para a morte cruzando o Saara ou o Mar Mediterrâneo.’³ (UNICEF, 2017, p.10, tradução nossa).

Em consequência disso tudo, percebe-se que predominantemente esta rede de tráfico e prostituição tem como destinatário (cliente) o homem. Esta ideia no entanto, reflete nas estruturas sociais de dominação que recai sobre as mulheres e meninas tornando-as objeto destinado a exploração. De fato, esta violência de gênero remonta a história social e cultural do patriarcado, elegendo mulheres e meninas a papéis de inferioridade na sociedade (RODRÍGUEZ; FLORES. 2007. p. 102).

Em suma, não se busca vitimar a figura feminina e sim mostrar a necessidade de se observar as especificidades da migração, de forma a entender como se dão as relações de gênero no decorrer da busca pelo refúgio e como o poder é utilizado como uma verdade para justificar a dominação das refugiadas por meio da violência de gênero. Portanto, faz-se essencial evidenciar as políticas públicas e legislações, mesmo que escassas, que se aplicam a partir do ponto de vista do gênero para inclusão e efetivação da proteção e erradicação da violência entre as minorias, destacando-se neste caso, as mulheres refugiadas.

³⁰The smugglers exist because they supply a service that desperate people can't legally obtain. They care about nothing other than the blood money they are extracting from tens of thousands of women and children and think nothing of sending children to their deaths crossing the Sahara or the Mediterranean Sea." (UNICEF, 2017, p.10).

III - Das políticas internacionais de inclusão fundamentadas em gênero

Inicialmente, conforme visto, os estudos iniciais sobre migração tinham o homem como figura principal, seguindo esta mesma perspectiva, foi escrita a Convenção dos Refugiados de 1951, a qual, possuía uma visão estritamente masculina. Sendo que isto gerou inúmeros debates e movimentos feministas, até que finalmente no ano de 1979 foi aprovada a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) (JENSEN, 2019, [s.p]).

Neste sentido, a CEDAW possui papel fundamental na garantia de direitos humanos às mulheres refugiadas, na medida em que condena a violência exercida sobre as mulheres. Além disso, esta convenção ressalta as obrigações de cada Estado signatário deverá ter para combater a violência. Porém, ocorre que nem sempre as convenções têm suas concepções efetivadas no direito interno (LUIS et al., 2017, [s.p]).

Consequentemente, no decorrer da luta feminista, o ACNUR começou a adotar políticas com diretrizes baseadas nas mulheres refugiadas. Entretanto, dez anos depois, a WCRWC (sigla em inglês para Comissão das Mulheres para Mulheres e Crianças Refugiadas) avaliou os impactos destas políticas sobre as refugiadas e entendeu que estas não eram capazes de atender as verdadeiras necessidades de mulheres e meninas em situação de refúgio (JENSEN, 2019, [s.p]).

Apesar destes entraves, a CEDAW por meio da Recomendação Geral n.º 32, que versa sobre as questões de gênero do estatuto dos refugiados, asilo, nacionalidade e apatridia das mulheres, declina sobre a responsabilidade dos Estados em garantir a proteção destas mulheres quando estas estiverem no território dos Estados-Partes ou quando não se encontrem nos territórios, mas estiverem sob a jurisdição daquele Estado. Fazendo assim, com que sejam combatidas as violações de seus direitos, mesmo

que estas sejam cometidas por particulares ou agentes não Estatais (LUIS et al., 2017, [s.p]).

Ademais, no ano de 1991 o ACNUR lançou o Guia para a proteção das mulheres refugiadas, no qual, elencava as necessidades específicas das refugiadas e as formas de solução que poderiam ser auferidas para o estancamento das violações de direitos fundamentais. Ainda, destacava alguns questionamentos que deveriam ser feitos para individualizar as necessidades de acordo com o perfil da mulher, e a partir disso, a coletividade se beneficiaria (ACNUR, 1991, p. 01-51).

Outrossim, cumpre destacar a resolução 54/166 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre “Proteção dos Migrantes”. Pela qual, ficou expressa a preocupação da ONU em razão manifestações de violência, xenofobia, racismo e todas as outras formas de discriminação sofridas pelos migrantes em geral e em especial pelas mulheres e crianças.

Sendo assim, no ano de 2001 o ACNUR responsabilizou-se por atingir cinco objetivos, que seriam aplicados diretamente nos campos de refúgio, visando auxiliar as mulheres e meninas refugiadas (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 227). Estes objetivos consistiam em:

1. Desenvolver estratégias integradas em resposta à violência contra mulheres refugiadas, mesmo em situações de violência doméstica. [...]. Além disso, parcerias serão estabelecidas com ONGs, governos, parceiros colaboradores na implementação e comunidades de refugiados, para que essas estratégias resultem mais duráveis.
2. As mulheres refugiadas serão registradas individualmente e receberão a documentação relevante para garantir sua segurança individual, liberdade de movimento e acesso aos serviços básicos.
3. 50% de todos os representantes que compõem os comitês de coordenação e qualquer outra forma de representação dos refugiados perante o ACNUR serão mulheres, em ambientes urbanos e rurais, e nos campos, [...].
4. A participação direta e indireta das mulheres refugiadas na administração dos processos de distribuição de alimentos e itens não comestíveis garantirá,[...], que estas sejam diretamente distribuídas e controladas pelas mulheres adultas membros dos domicílios.
5. A entrega de artigos sanitários para todas as mulheres e meninas dentro da competência

do ACNUR deve ser uma prática padrão nos programas de assistência do ACNUR⁴. (ACNUR, 2001, p.01, tradução nossa).

Assim, dez anos depois, em 2011, o ACNUR verificou a implementação destes objetivos e constatou que 93% das refugiadas que vivem nos campos são registradas e 51% destas possuem a documentação e as que vivem fora dos campos, nas zonas urbanas, 91% possuem registro e 82% detêm a documentação. Quanto a violência sexual baseada no gênero, 83% por cento dos casos denunciados foram encaminhados para assistência. Ademais, na maior parte dos campos metade dos responsáveis pela distribuição de alimento são mulheres e mais da metade das mulheres e meninas recebem a assistência sanitária, além de que, em um terço dos campos de refúgio os comitês de gestão têm participação equitativa de homens e mulheres (ACNUR, 2011, [s.p]).

Em consequência disso, atualmente o ACNUR reafirmou seu objetivo em alcançar a integração dos refugiados com a comunidade acolhedora de forma solidária e sustentável, buscando promover o empoderamento e possibilitando o acesso eficaz aos instrumentos de subsistência. Além disso, sustentou que todas as refugiadas devem viver livres de todo o tipo de violência, estar em igualdade com os demais, além de ter acesso a trabalhos dignos, independentemente de sua nacionalidade (ACNUR BR, 2017, [s.p]).

Além disso tudo, faz-se necessário destacar também a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2005, p.55) no caso das Crianças Yean e Bosico VS. República Dominicana. A qual, considerou que o Estado deve prestar maior atenção às especificidades e aos

⁴"Desarrollar estrategias integradas en respuesta a la violencia contra las mujeres refugiadas, incluso en situaciones de violencia doméstica. [...]. Además, se establecerán asociaciones con ONG, gobiernos, socios colaboradores en la implementación y comunidades de refugiados para que estas estrategias resulten más duraderas. 2. Las mujeres refugiadas serán inscritas de manera individual y recibirán la documentación pertinente para garantizar su seguridad individual, libertad de circulación y acceso a los servicios de primera necesidad. 3. El 50% de todos los representantes que conformen los comités de coordinación y cualquier otra forma de representación de los refugiados ante el ACNUR serán mujeres, ya sea en entornos urbanos y rurales, y en los campamentos, [...]. 4. La participación directa e indirecta de las mujeres refugiadas en la administración de los procesos de distribución de alimentos y de artículos no comestibles garantizará, hasta donde sea posible, que estos sean distribuidos y controlados directamente por las mujeres adultas miembros de los hogares. 5. La entrega de artículos sanitarios para todas las mujeres y las jóvenes dentro de la competencia del ACNUR debe ser una práctica estandarizada en los programas de asistencia del ACNUR." (ACNUR, 2001, p.01)

direitos das crianças e mulheres em situação de vulnerabilidade, como no caso das migrantes e refugiadas.

Para tanto, os Estados devem observar o princípio da cooperação internacional. Possibilitando assim, que as refugiadas e refugiados sejam acolhidos de forma a serem tratados como cidadãos sendo postos em segurança. Porém, este por si só não é suficiente, apesar de cada Estado ser soberano em suas decisões, este deve observar também o princípio da solidariedade unindo-o a políticas públicas e leis do direito interno (SOUZA; PINHEIRO, 2015, p. 429).

Nesta perspectiva, em dezembro de 2018, 164 países adotaram o Pacto global para as migrações, o qual visa, por meio da boa-fé e cooperação dos Estados, garantir uma mobilidade entre fronteiras ordenada e regular, que auxiliaria especialmente os vulneráveis. Porém, o pacto não possui vinculação legal com os países signatários, consistindo somente em diretrizes e objetivos que não ferem a soberania Estatal, uma vez que objetiva uma cooperação internacional baseada na boa-fé (ONU, 2018a, [s.p]).

Desta maneira, percebe-se que os mecanismos internacionais são insuficientes, para evitar violações a direitos humanos que comumente envolvem conflitos de gênero agravados pela raça, cor, etnia ou abusos de poder. No entanto, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) busca reagir contra a violência de gênero, que prejudica a vida de meninas e mulheres refugiadas que sofrem através de abusos sexuais, torturas e até tráfico humano para a prostituição (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 225).

Assim, para reagir a tais situações foram adotadas formas de “prevenção, preparação e empoderamento” a serem implementadas diretamente nas comunidades em que estão abrigados os refugiados e refugiadas. Assim, a formação de resiliência para suportar as mais diversas situações a que são submetidas, pode fazer com que a resposta para tais violações seja mais rápida e impeça os efeitos negativos que podem tomar conta da saúde psicológica, sexual e reprodutiva de meninas e mulheres (UNFPA, 2015, [s.p]).

Além disso, o ACNUR oferece respostas emergenciais em situação que precisam de solução imediata com o deslocamento de pessoas capacitadas para prestar os mais diversos tipos de assistência. Adicionado a isto, também possibilita a repatriação voluntária, integração local e reassentamento e incentiva o incremento de políticas públicas capazes de atender refugiadas e refugiados (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 228).

Entretanto, para que a resiliência seja construída necessita-se de um desenvolvimento igualitário que vise a efetivação dos direitos humanos. Portanto, tudo deve ser pensado a logo prazo, para que o alcance se dê a todos que estão em situação de vulnerabilidade de forma a contribuir para o alcance de direitos fundamentais, como os direitos reprodutivos, que intrinsecamente contribuem para empoderar as mulheres e através disso, resistir as dificuldades e vencer de forma rápida a situação precária a que são submetidas (UNFPA, 2015, [s.p]).

Em suma, as refugiadas e os refugiados são comumente esquecidos pelos órgãos estatais, pois, a maioria dos Estados possuem políticas de migração restritivas. Ademais, são poucas as convenções internacionais que observam as especificidades das mulheres e meninas requerentes de abrigo e os direitos humanos continuam a ser sacrificados dia após dia nos campos de refúgio, apesar do todo o esforço do ACNUR. Portanto, deve-se continuar a pensar no âmbito internacional e nacional, em políticas que visem a proteção destas mulheres e meninas de maneira a garantir o mínimo de dignidade e cidadania visando atenuar a situação de abandono e indiferença, causados pela dupla invisibilidade.

Considerações Finais

Contudo, conclui-se que é de extrema gravidade a situação de vulnerabilidade à que as mulheres e meninas refugiadas são submetidas e que as estas são duplamente invisíveis na busca por sua proteção. Esta dupla invisibilidade é causada por serem mulheres e simultaneamente estarem em situação de refúgio. Estes dois fatores unidos causam uma

extrema complicação para as mulheres refugiadas que buscam por direitos e uma vida livre.

Sendo assim, anos foram necessários para que as mulheres fossem reconhecidas como parte importante do processo migratório. Mesmo atualmente, os padrões de gênero ainda respaldam na vida das mulheres às vulnerabilizando, este fator unido ao refúgio torna as refugiadas incapazes que alcancem uma proteção específica e efetiva, principalmente quando a violência de gênero é utilizada como arma.

De fato, a violência de gênero cerca as refugiadas desde seus países de origem, às acompanha durante a viagem e não desaparece nos campos de refúgio. Esta violência, toma forma como física, sexual e psicológica e é utilizada como principal instrumento de dominação, impedindo até mesmo o acesso destas mulheres a sistemas e programas de saúde e proteção, já que às impossibilita de falar devido ao medo que sentem e a repressão a que são submetidas.

Consequentemente, existem políticas e legislações voltadas ao gênero, mas estas não se fazem efetivas por vários fatores já que muitas mulheres não conseguem se fazer ouvir e são reprimidas por este sistema. Além disso, estes programas são muito escassos e não englobam as refugiadas da maneira como seria preciso, enfraquecendo a eficacidade dos mesmos.

Contudo, a desigualdade de gênero aumenta, milhares de mulheres em situação de refúgio sofrem demasiadamente, porquanto lutam pela sobrevivência sem amparo dos direitos humanos. Ademais, são esquecidas pelos órgãos estatais e negligenciadas pelas convenções internacionais, que não observam suas especificidades.

Portanto, o debate sobre o tema é imprescindível posto que a igualdade de gênero deve se tornar um novo paradigma a ser seguido, de forma a criar uma nova verdade social. E com isto, adotar em âmbito internacional e nacional, políticas que garantam dignidade, cidadania e que atenuem a situação de abandono e indiferença, causados pela dupla invisibilidade alcançando de maneira concreta as mulheres refugiadas.

Referências

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Relatório do ACNUR revela mudanças no movimento migratório na Europa**, 2018. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2018/04/11/relatorio-do-acnur-revela-mudancas-do-movimento-migratorio-na-europa/>> Acesso em: 11 mai. 2019.

ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas. **Guia para la proteccion de mujeres refugiadas**. Genebra - Suíça, 1991. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0248.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0248>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas. **Los Cinco Compromisos del ACNUR con las Mujeres Refugiadas**. Genebra - Suíça, 2001. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/2150.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Os 5 compromissos do ACNUR com mulheres refugiadas**. 2011. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/dmr-20110/05-5-compromissos-do-acnur-com-mulheres-refugiadas/>>. Acesso em 18 mai. 2019.

ACNUR, BRASIL, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **ACNUR reafirma seu compromisso em proteger e empoderar mulheres e meninas refugiadas**, 2017. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2017/03/08/acnur-reafirma-seu-compromisso-em-protoger-e-empoderar-mulheres-e-meninas-refugiadas/>> Acesso em: 18 mai. 2019.

AGIER, Michel. **Managing the Undesirables: Refugee Camps and Humanitarian Government**. Polity, 2011.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BANDEIRA, Lourdes Maria. **Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação**. Sociedade e Estado. Brasília, v. 29, n. 2, p. 449-469, Agosto, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So10269922014000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 mai 2019.

- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo II: a experiência vivida**. 2. ed. São Paulo: Difusão européia do livro, 1967.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. SILVA, Flávia Francielle. Das mulheres refugiadas: a falta de iniciativas políticas voltadas para o gênero como fator de vulnerabilidade e invisibilidade social. In. **Encontro Nacional Do Conpedi Brasília – DF**, 26, 2017, Brasília, DF, Anais. Brasília, Distrito Federal: ISBN: 978-85-5505-433-4, 2017. p. 5-23. 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/c927z987/skp4dsQ8M1Pn39AK.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2018.
- CÁRITAS BRASILEIRA, Organismo da CNBB. **Feminização das Migrações na perspectiva da Campanha Compartilhe a Viagem**. 2018. Disponível em: <<http://caritas.org.br/artigo-feminizacao-das-migracoes-na-perspectiva-da-campanha-compartilhe-a-viagem/38154>> Acesso em: 10 mai. 2019.
- CIDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso das crianças Yean e Bosico VS. República Dominicana**, 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/d147e8e6485dbe1fedded517fe67972f.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2019.
- CSEM, Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios. **Mulheres migrantes e refugiadas: riscos e proteção no contexto da violência de gênero**, 2017. 46 p. Resenha de: CSEM, Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios. Migrações na Atualidade. www.csem.org.br, ano 28, n. 106, mar. 2017. Disponível em: <https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Resenha_n_106_-_Mar%C3%A7o_2017.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.
- JENSEN, Mie. **Gender-Based Violence in Refugee Camps: Understanding and Addressing the Role of Gender in the Experiences of Refugees**. Inquiries Journal, v.11, n.02, 2019. Disponível em: <<http://www.inquiriesjournal.com/articles/1757/gender-based-violence-in-refugee-camps-understanding-and-addressing-the-role-of-gender-in-the-experiences-of-refugees>>. Acesso em: 14 mai. 2019.
- LISBOA, Teresa Kleba. **Gênero e Migrações: trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas**. REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Ano XIV, n. 26 e 27, 2006. Disponível em: <<http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/39/31>>. Acesso em 01 mai. 2019.

LUIS, Alexandra Alves et al. **Mulheres refugiadas em trânsito entre discriminações múltiplas: Uma síntese das vozes. Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher**, Lisboa, n. 37, p. 127-132, jun. 2017 . Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So874-68852017000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 abr. 2018.

MARINUCCI, Roberto. **Feminization Of Migration?**. Revista Interdisciplinar da mobilidade humana: “Feminização das migrações”, ano 15, v. 15, n.29, p, 87-108, 2007. Disponível em: < <http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/55/47>> Acesso em: 03 mai. 2019.

MOROKIVASIC, Mirjana. **Birds of Passage are also women. Internacional Migration Review**. vol.18, n. 4, 1984.

MOULIN, Carolina. **Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto**. Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 26, n. 76, p. 145-155, Junho 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-69092011000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 mai. 2019.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Mais de 160 países adotam Pacto Global para a Migração**, 2018a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-160-paises-adotam-pacto-global-para-a-migracao/>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Unindo o mundo contra o terrorismo**, 2018b. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/artigo-unindo-o-mundo-terrorismo/>>. Acesso em: 10 mai. 2019

ONU MULHERES. **Uma em cada cinco refugiadas são vítimas de violência sexual no mundo**, 2017. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/uma-em-cada-cinco-refugiadas-sao-vitimas-de-violencia-sexual-no-mundo/>>. Acesso em: 01 mai 2019.

ONU BR. Organização das Nações Unidas, Brasil. **Avanços e Desafios da Proteção aos Refugiados no Brasil**. Brasília, 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/01/UN-Position-Paper-Protection-of-Refugees.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018.

QUEIROZ, Claudia de Oliveira Carvalho. **A feminização da migração: trabalho doméstico, emancipação e redes sociais na fronteira Brasil-Guiana**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2015. Disponível em: <<http://pos-graduacao.uepb.edu.br/ppgri/files/2012/02/Claudia.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

SCHWINN, Simone Andrea; DA COSTA, Marli Marlene Moraes. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Revista Signos. Lajeado, ano 37, n. 2, p. 216-234, 2016. ISSN 1983-0378 DOI: <http://dx.doi.org/10.22410/issn.1983-0378.v37i2a2016.1100> <http://www.univates.br/revistas>. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100/1071>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

SNJ, Secretaria Nacional de Justiça. **Refúgio em Números**. 3 ed. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf> Acesso em: 09 nov. 2018.

SOUZA, Ana Paula Marques. PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **O princípio da solidariedade e da cooperação internacional sob o enfoque dos refugiados e deslocados ambientais**. In. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. 25, 2015, Belo Horizonte, MG. Anais... Belo Horizonte, Minas Gerais: ISBN: 978-85-5505-101-2. p. 413-431. 2015. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco/3LdV5UgsKEtIYCx.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2018.

UN, United Nations. **Resolution of General Assembly**, 2000, A/RES/54/166. Disponível em: <https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/54/A_RES_54_166_en.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

UNFPA, United Nations Population Fund, 2015. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/sumario_swop2015.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2019.

UNHCR. United Nations High Commissioner for Refugees. **Global trends, forced displacement in 2016**. Banco de dados. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf#_ga=2.203446032.1433617302.1526495126-670865846.1522778840> Acesso em: 09 abr. 2018.

UNHCR. United Nations Refugee Agency; UNFPA, United Nations Population Fund; WRC, **Women's Refugee Commission. Initial assessment report: protection risks and responses for women and girls in the European refugee and migrant crisis. Greece and the former Yugoslav Republic of Macedonia**, 2016. Disponível em: https://www.unhcr.org/569f8f419.html#_ga=1.121411469.469997879.1453981260>. Acesso em: 01 mai. 2019.

UNICEF, United Nations Children's Fund. **Deadly Journey for Children: The Central Mediterranean Migrant Route**. 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/publications/files/EN_UNICEF_Central_Mediterranean_Migration.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção internacional dos Direitos Humanos das Mulheres**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57. ed. especial, p. 70-89, jan.- mar. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**.11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRÍGUEZ, Gabriela; FLORES, Gabriel; **Migraciones internacionales y explotación sexual comercial**. Revista Interdisciplinar da mobilidade humana: “Feminização das migrações”, ano 15, v. 15, n.29, p, 87-108, 2007. Disponível em: <<http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/59/51>> Acesso em: 03 mai. 2019.

A efetividade do Princípio da Preservação da Empresa nas dissoluções parciais de Sociedades LTDA's

*Humberto Moroni Silva*¹

*Tatiana Mezzomo Casteli*²

Introdução

Este artigo busca analisar o princípio da preservação da empresa nas dissoluções parciais das sociedades limitadas, com ligação em sua função social e a limitação dos interesses privados.

Sabe-se da importância da atividade empresária para a economia, e toda sua função econômica, porém neste estudo não buscaremos o âmbito privado decorrente destas atividades, mas sua função social, na criação de um pensamento protetivo pela continuidade empresarial, e a necessidade de criação, por vezes, de normas que visam sua proteção.

Valendo-se deste ponto referencial, analisaremos os critérios importantes na dissolução parcial das sociedades limitadas, em relação as perspectivas legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim primeiramente será abordado o princípio da preservação da empresa, demonstrar sua importância econômica e social. Posteriormente trataremos da própria dissolução parcial da sociedade limitada, sua resolução em relação a um sócio, dissolução total e o procedimento a ser adotado.

¹ Aluno da Faculdade de Direito Campus Casca. humberto@acao.cnt.br

² Professora da Faculdade de Direito- UPF. Mestranda do PPG Direito - UPF. Especialista em Direito Público - IMED. Especialista em Direito Tributário Empresarial - IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Assessora Jurídica do Município de São Domingos do Sul. Advogada. E-mail: tatiana.casteli@hotmail.com

I - Preservação da empresa

A preservação da empresa como princípio nos demonstra a relevância da sua continuação, da importância da manutenção de sua continuidade, como produtora de riquezas e pela circulação de bens ou serviços, devendo ser preservada por todo seu contexto social e não somente internamente com seus investidores.

Neste sentido social, devemos contextualizar sua importância, porque não é somente pela geração de empregos, que é muito importante nos dias atuais, mas também pelo desenvolvimento de novas tecnologias, novas pesquisas, desenvolvimento regional, contribuindo com setores que atuam indiretamente interligados, parceiros, fornecedores, clientes, dentre outros. Podemos compreender assim todos os aspectos negativos de sua extinção, longe de atingir somente aos sócios.

Nesta visão da preservação, a relevância da empresa para a sociedade CHAGAS (2014, p. 55) destaca que o desenvolvimento da sociedade deve-se em grande parte as empresas, seja na geração de empregos, no desenvolvimento tecnológico ou no desenvolvimento econômico do Estado.

Seguindo esta ótica de preservação da empresa podemos citar dispositivos legais que manifestam essa importância, como exemplo o Código Civil de 2002, que permitiu a continuidade da atividade empresarial mesmo em caso de sucessão hereditária por incapaz, ou a Lei de Recuperação de Empresas e de Falências, com o claro intuito destas manterem sua preservação, devendo desta forma, quaisquer conflitos envolvendo a legislação empresarial podendo ser superados aplicando este pensamento princípio-lógico da preservação.

Se analisada a recuperação, confessadamente percebemos que a proteção gerada é o foco no empreendimento e não o empresário e mesmo com sua falência pode-se assegurar sua continuidade caso houver a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco (art. 140, I, da Lei n.º 11.101/2005).

A extinção sendo a última possibilidade não deve ser interpretada para garantir atividades ilegítimas, até mesmo se economicamente relevantes, devendo esta análise obrigatoriamente ser levado ao caso concreto, contextualizando todas as circunstâncias que o empreendimento está inserido.

Nesta linha de pensamento, CHAGAS (2017, p. 55) leciona que isto significa resguardar os mercados, ou seja preservar sua atividade na cidade, estado e o país que está inserido.

II - A Dissolução Parcial da Sociedade Limitada

As sociedades empresárias possuem uma “vida”, que se inicia com sua constituição, posteriormente possuem um lapso temporal indeterminado, podendo variar dependendo das situações que se deparam e finalmente tem seu término com a sua extinção.

Porém muitas vezes, para prover a continuidade da sociedade empresária limitada, há uma dissolução parcial desta sociedade, que garante sua perpetuação para além deste fato como consequência a apuração dos haveres devido.

Cabe aqui a observação, que somente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 é que foi positivado o procedimento da dissolução da sociedade.

2.1 Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio

Agora será abordado especificamente o instituto da dissolução parcial, objetivo do projeto, também uma breve diferença entra a liquidação da sociedade (liquidação total) e a parcial, percebendo a nuance entre ambos. Cabe lembrar que nas sociedades, um dos requisitos para sua formação, é a vontade entre os sócios, aqui essencial em muitos casos para aplicação da dissolução parcial, ou seja, quando um ou mais sócios, manifestam a vontade em não continuar mais na sociedade, surgindo assim então o direito de retirada.

2.2 Dissolução total e parcial de sociedade limitada

A dissolução de sociedade nada mais é que a extinção da vontade firmada pelos sócios em seu ato constitutivo, ou seja, quando os interesses ou vontades entre os sócios não são mais comuns, exercendo assim seu direito de retirada com o recebimento do valor de seus haveres proporcionalmente a sua participação social.

Não encontramos um conceito uniforme, mas alguns pontos convergem para um mesmo entendimento, como percebe-se adiante. Para HOOG (2014, p.30) o conceito de dissolução total de sociedades é o seguinte: “A dissolução é o ato de dissolver a sociedade empresarial, pondo o termo ao patrimônio, que tem como consequência a liquidação da sociedade empresarial, se for uma dissolução total”.

Já para a dissolução parcial de sociedade, HOOG prefere tratar chamando de resolução de sociedade e assim conceitua:

A resolução da sociedade em relação a um ou mais sócios é uma decisão, deliberação, ou a capacidade de resolver o direito de um sócio, minoritário ou majoritário, em relação ao conjunto da sociedade, pela apuração dos seus haveres; a antiga dissolução parcial de sociedade. O propósito de resolver uma situação relativa a um ou mais sócios, como regras gerais está sendo tratado no Código Civil de 2002, nos arts. 1.030, sócios majoritários, e 1.085, sócios minoritários. Capacidade de resolver, liquidar, pagar, pôr termo ao valor dos haveres do sócio que se despede voluntaria ou compulsoriamente (2014, p. 29).

O conceito de dissolução para COELHO (2014, p. 486) é “...o conjunto de atos necessários à sua eliminação, como sujeito de direito. A partir da dissolução, compreendida nesse primeiro sentido, a sociedade empresária não mais titulariza direitos, nem é devedora de prestação.” Referindo-se assim ao sentido *estricto*, do ato judicial ou extrajudicial que extingue a pessoa jurídica.

Para TOMAZETTE (2014, p. 391) a dissolução de sociedades é abordada em dois aspectos, *lato sensu* e *stricto sensu* como segue: “A dissolução *lato sensu* é um processo de encerramento da sociedade que objetiva a extinção da pessoa jurídica, abrangendo três fases distintas: a dissolução *stricto sensu*, a liquidação e a extinção.” E o aspecto *stricto sensu* como sendo “o processo de encerramento da sociedade deve ter um marco inicial, isto é, deve ocorrer um fato para desencadear todo o processo. Esse fato é o que denominamos dissolução *stricto sensu*, que pode ser entendida como a causa do encerramento da sociedade”.

Assim, TOMAZETTE entende que existe dois sentidos, o primeiro *lato sensu*, que defina o procedimento necessário para o encerramento da sociedade, dividindo em 3 (três) fases, a primeira pela manifestação da vontade de um ou mais sócios em retirar da sociedade, segundo a liquidação, ou seja, a apuração dos haveres daqueles que estão deixando a sociedade e terceira e última, a extinção da sociedade. Em outro sentido, *stricto sensu*, é somente o entendimento quanto a manifestação de vontade dos sócios para a dissolução, o marco inicial da extinção societária (TOMAZETTE, 2014, p. 391-392).

Com estas explanações sobre a dissolução parcial, deve-se ter claro as hipóteses possíveis para sua ocorrência, como vontade unilateral (disidência ou quebra do *affectio*, decesso de sócio (desligamento involuntário por morte), pela falência de um dos sócios, pela liquidação das quotas por execução, expulsão ou exclusão do sócio majoritário, expulsão ou exclusão do sócio minoritário dentre outros. No Código Civil a dissolução em seu art. 1.028³, trata da resolução em relação a um sócio, juntamente com os art. 1.029⁴ e 1.030⁵.

3 Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

4 Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Posteriormente, no art. 1.031 do Código Civil, quando a sociedade se resolver em relação a um sócio, demonstra a importância do contrato social, pois primeiramente se observa o disposto no acordado pelo contrato, caso este silente, o montante a ser realizado deverá ser liquidado com base na situação patrimonial da sociedade, levando em consideração com base a data da resolução e confeccionado um balanço especialmente para este propósito. Desta retirada, o capital social deverá sofrer redução proporcional as quotas, ou mantido o valor, caso os sócios suprirem o valor desta quotas do sócio retirante.

Também o art. 1.031⁶ do Código Civil em seu parágrafo §2º, em caso do contrato social não determinar outra forma, o pagamento deverá ocorrer no prazo de 90 (noventa) dias.

Neste ponto, a dissolução parcial, é que encontra-se talvez o maior impulso nas lides judiciais. Após esta manifestação de vontade, ou pelas outras hipóteses elencadas acima, encontramos o maior embate entre os sócios, que é o *quantum* a receber pelas quotas este sócio que se retira da sociedade.

Esse direito e reembolso de sua quota parte, é o que ocasiona as demandas judiciais, pois o sócio, ou vários, que continuam querem desbolsar o mínimo possível e por outro lado, o sócio retirante, busca seus haveres pelo maior valor possível, iniciando por este motivo na esfera judicial.

Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

5 Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

6 Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 10 O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 20 A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário

2.3 Procedimento para a dissolução parcial da sociedade

No Código de Processo Civil de 2015, ocorreu a regulamentação do procedimento da dissolução parcial de sociedade, do art. 599 ao art. 609. Percebe-se que é uma novidade, pois até então não havia previsão legal. Neste contexto, a preservação da sociedade foi inserida estes procedimentos, pois já incluída também no Código Civil de 2002 em seu art. 1.033, inciso IV, para salvaguardar um dos mais importantes princípios, o princípio da preservação das empresas.

Sobre este princípio, COELHO faz a seguinte referência:

O princípio da preservação da empresa, esculpido na doutrina e na jurisprudência principalmente a partir dos anos 1960, recomenda a dissolução parcial da sociedade limitada, como forma de resolver conflitos entre os sócios, sem comprometer o desenvolvimento da atividade econômica nem sacrificar empregos, reduzir o abastecimento do mercado de consumo ou prejudicar pessoas direta ou indiretamente beneficiadas com a empresa (2014, p. 497).

Visto isso, o Código de Processo Civil de 2015 delimitou o objeto das ações de dissolução parcial de sociedade em seu art. 599, I a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, II a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, III somente a resolução ou a apuração de haveres. Também teríamos a possibilidade no caso do art. 206, inciso II, alínea “b” da Lei 6.404/1976, mas dispensável para este estudo.

Desta leitura, pode-se verificar que tanto a rescisão ou resolução do contrato de sociedade, como a definição matemática financeira o *quantum* ao sócio retirante/excluído/falecido sendo o objeto da ação.

No artigo seguinte (art. 600) refere-se a legitimidade ativa, note-se que a legitimidade ativa neste artigo, demonstra tanto interessados diretos (sócios/sociedade), como possíveis (prováveis) interessados, ou seja, indiretos que não pertencem ao ato constitutivo (contrato social).

Posteriormente no art. 601 descreve no que se refere a citação, dizendo que todos os sócios e inclusive as sociedades devam ser citados. Dispensado a citação da sociedade se todos os sócios o forem.

Seguindo até o artigo 605, tem-se a data-base para a resolução da sociedade, sendo pela manifestação da vontade expressa ou por força maior que enseja a dissolução (óbito). As hipóteses então são assim expressas: I - no caso de falecimento do sócio, a do óbito; II - na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante; III - no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente; IV - na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e V - na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado.

Anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, havia uma certa insegurança jurídica quanto a data-base e criava embaraços a continuidades da sociedade. Sobre este tema, no passado, a data-base, seguia disposição divergente conforme vemos neste julgamento de agravo de instrumento Nº 70072960198/RS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APURAÇÃO DE HAVERES. DATA BASE.

1. **A data da audiência em que homologada a dissolução parcial** da sociedade e julgado extinto o feito, convertendo o processo de conhecimento em liquidação de sentença, **deve ser considerada para a apuração dos haveres.**

2. Hipótese em que houve acordo entre as partes, sendo que, na ausência de indicação específica, a retirada do sócio da empresa se dá com a própria dissolução parcial da sociedade. Decisão homologatória não impugnada no momento oportuno.

RECURSO DESPROVIDO.

E neste aqui o legislador definiu a data da audiência que homologa a dissolução parcial de sociedade como a data-base para apuração dos

haveres, analisando a decisão em primeira instância, referido no próprio agravo de instrumento N^o 70072960198/RS:

É O RELATÓRIO. EXAMINO. Compulsando com acuidade os presentes autos, verifico que a fase de liquidação de sentença ainda não está apta a ser regularmente decidida. O expert nomeado para a realização da perícia contábil apresentou dois laudos periciais (fls. 168/187 e 291/305), o segundo expressamente em substituição ao primeiro. Nenhum dos dois é apto à análise dos haveres devidos à sócia retirante. Com efeito, o primeiro laudo apresentado pelo perito contemplou valores devidos à sócia retirante (fls. 186/187), mas não considerou de forma adequada a data de dissolução da sociedade. Note-se que, sobre esse ponto e em atenção à petição juntada às fls. 358/361, a decisão proferida às fls. 126/126v^o nada referiu, sendo corolário lógico desse silêncio que a data da dissolução parcial da sociedade é a data da própria decisão, ou seja, 17 de Março de 2016.

Havia a dificuldade neste caso de se chegar aos haveres do sócio retirante, quantas vezes necessárias a elaboração do laudo pericial contábil, tornando para a sociedade um trajeto muitas vezes oneroso demais, acabando em muitos casos a própria dissolução da sociedade, por não possuir mais recursos para sobreviver.

Sobre a dificuldade envolvendo este tema e sua importância, GONÇALVES NETO assim trata do assunto da notificação (data-base para apuração dos haveres):

Melhor é regular o assunto no contrato social, visto que é comum surgirem dificuldades na entrega, mesmo que ela se faça pelo registro de títulos e documentos. De fato, uma sociedade com muitos sócios, ou com sócios residindo em diferentes regiões ou até no exterior, dificulta, senão tornar impraticável tal comunicação. Por isso, é da maior conveniência que o contrato social preveja o modo de notificar os sócios. Nesse desiderato, penso ser lícito estatuir, por exemplo, (i) que os sócios sejam notificados da retirada por meio de comunicação dirigida aos seus endereços, fornecidos à sociedade, presumindo-se conhecimento com o comprovante de entrega da correspondência no local, ou (ii) que a notificação deles seja feita na pessoa jurídica da sociedade. Esta última solução, aliás, é a mais adequada, já que a sociedade existe, precisamente, para se interpor entre eles e os substituir nas

suas relações individuais para com todos (para com o conjunto dos outros) e para com terceiros. Aliás, o correto seria mesmo a lei ter exigido a comunicação da sociedade e não dos sócios, porque é a sociedade (como ente capaz de direito e obrigações distinto da pessoa de seus sócios) que deve responder, e não seus sócios, pelo pagamento dos haveres do retirante e é em relação a ela que o vínculo societário é rompido. O direito de retirada, de fato, é um direito que se exerce *contra a sociedade*. Não fosse a previsão legal, o sócio deveria “afrontar a sociedade para informa-la que dela se está retirando e para reclamar a apuração de seus haveres sociais” (2014. P. 280).

Evidencia-se que agora o Código de Processo Civil de 2015 contribui muito para a minoração da insegurança jurídica quanto a data-base, pois em seu artigo 605⁷, disciplina de forma expressa acerca do assunto.

Passando para o art. 606⁸ do Código de Processo Civil, que estabelece critérios de apuração de haveres na ausência de previsão legal no ato constitutivo.

Novamente há inovação pelo legislador pois determina opção de procedimentos quanto apuração de haveres em critérios objetivos, garantindo uma solução para o conflito caso não haja previsão legal no ato constitutivo, pois define nestes casos inclusive a forma da realização da apuração dos haveres do sócio, pois nos casos em que não os sócios não previram durante a constituição da sociedade, agora se houver uma dissolução parcial poderá ser utilizado este dispositivo legal, novamente aqui a legislação busca trazer a segurança jurídica quanto a este ponto.

7 Art. 605. A data da resolução da sociedade será:

I - no caso de falecimento do sócio, a do óbito;

II - na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante;

III - no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente;

IV - na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e

V - na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado.

8 Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

Conforme anteriormente no julgamento também do STJ do Resp nº 1.335.619-SP, que determina a apuração dos haveres pelo método de fluxo de caixa, assim entende Hoog sobre o tema:

O produto contábil fluxo de caixa descontado é uma tecnologia científica contábil que tem por objeto a movimentação do caixa, e, por objetivo, a mensuração monetária do saldo de caixa pelo sistema denominado regime de caixa em um longo período, normalmente de cinco a seis anos. Demonstra esta tecnologia o saldo final de caixa a valor presente por uma taxa de desconto igual ao dobro da taxa de remuneração do capital investido, taxa média ponderada de juros entre o capital próprio e o de terceiros, conhecido como taxa de atratividade. Tem por função “*ser um instrumento de gestão*”, revelar pelo demonstrativo a situação projetada do caixa, que procura avaliar, assim, apenas o negócio retorno do capital e o valor estimado da perpetuidade do negócio, o resultado, futuro, entendendo-se este negócio como o objeto social de uma sociedade, “empresa”, uma ou mais atividades (ver art. 2º da Lei 6.404/76). Portanto, não avalia o aviamento, o estabelecimento (Lei 10.406/02, art. 1.142), nem o ativo total onde estão inseridos eventuais bens estranhos ao negócio. Nem a sociedade empresária esta entendida como célula social. Avalia, sim, o negócio, ou seja, a empresa, em termos de base zero, está utilizada aqui como um referente por analogia, pois se trata da avaliação do potencial de uma carteira de clientes (2007. p. 92).

Em termos técnicos demonstra-se os motivos que não devem ser avaliados por este método, simplificando, esta forma não representa o valor real da sociedade como um todo, mas somente seu potencial de gerar recursos financeiros decorrentes de sua atividade.

Em seu último artigo (art. 609) sobre o procedimento nas ações de dissoluções parciais, o Código de Processo Civil prevê o seguinte:

Art. 609. Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 20 do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Aqui refere-se a forma de pagamento devido pela sociedade ao sócio falecido, retirante ou excluído, consoante ao Código Civil, ou seja, deverá

o pagamento ser efetuado em dinheiro em até 90 (noventa) dias após a liquidação, logicamente caso omissis o contrato social sobre o tema.

Quanto aos procedimentos processuais adotado no Código de Processo Civil seriam estes, embora poucos, são de grande valia para as questões de dissolução parcial de sociedades, até porque novidades, trazendo aqui o legislador critérios objetivos sobre o tema, buscando maior segurança jurídica nas demandas desta natureza.

2.4 Divergências entre doutrina e jurisprudência

O Direito possui em cada ramo seu, particularidades estruturais e lógicas, assim cada qual ramo do direito tem na elaboração e aplicação de suas normas peculiaridades intrínsecas, foi visam adequações aos fatos sociais reservadas de cada ramo. Desta forma, cada ramo do saber jurídico possui institutos, muitas vezes, somente aplicado naquele, por este motivo aqui neste estudo, o direito societário e seus institutos são trazidos para comparar a doutrina, jurisprudência e a norma legal positivada, levando fazer uma reflexão ao que foi exposto quanto ao tema.

Assim quando se trata do direito societário mais especificadamente o direito empresarial, este último, busca analisar o direito aplicado objetivando em manter e garantir a estabilidade nas relações mercantis, assim quando se depara com uma legislação deste ramo do conhecimento jurídico, devemos utilizar um raciocínio sobre esta ótica (APOLINÁRIO, 2016, p.27).

Neste viés, sobre direito empresarial, mais especificadamente na dissolução parcial da sociedade em relação a um sócio, o fator temporal é primordial, pois ele é quem define a estabilidade nas relações mercantis quando a sociedade está envolvida com este tipo de litígio judicial. Diferentemente como ocorre no direito civil, que possui o tempo um sentido que ao alcançar o seu objetivo previamente estabelecido, extingue sua relação, aqui, o tempo agirá também contra o fluxo constante de mudanças e remodelação das atividades fins da sociedade, inerentes ao processo

de evolução, prejudicando a perpetuidade inerente muitas vezes as sociedades constituídas, por serem constituídas por tempo indeterminado (APOLINÁRIO, 2016, p.27).

Diante disto, devemos analisar o ponto de vista empresarial, que embora o legislador realizou diversas inovações no Código de Processo Civil, que trouxeram avanços, de outro lado percebe-se que o mesmo não buscou obedecer a lógica fundamental da matéria.

No direito empresarial, a vontade manifestada do sócio é que será o início para a dissolução (*stricto sensu*), onde ocorrerá a extinção, mesmo que parcial da sociedade (*lato sensu*). Assim a apuração e em caso de haver partilha a ser paga ao sócio, decorre deste ato volitivo, para ser iniciado as fases posteriores desta dissolução. (APOLINÁRIO, 2016, p.28).

O objeto da ação que visa a resilição ou resolução do contrato da sociedade (nome correto, pois se trata de um acordo de vontades exteriorizado por um contrato), é sem dúvidas a demonstração desta vontade, sendo imprescindível esta demonstração para poder-se passar para à apuração dos haveres. Qualquer outro fim que não caracterizado o ato volitivo do sócio (dissolução *stricto sensu*), é incompatível objeto da ação de dissolução parcial de sociedade (APOLINÁRIO, 2016, p.28).

O objeto em questão, quando vista no art. 599 do Código de Processo Civil quando há um sócio falecido, excluído ou retirante da sociedade deveria ser somente a apuração dos haveres e não a dissolução parcial da sociedade, como previsto neste diploma legal.

Esta crítica consiste na legitimidade ativa da ação de dissolução parcial de sociedade, pois o espólio, os herdeiros ou sócio excluído não poderiam assim o figurar (APOLINÁRIO, 2016, p.28).

Já a doutrina de GONÇALVES NETO faz uma observação importante, corroborando com tal entendimento acima exposto:

A legitimação ativa, de fato, é exclusiva de quem ostenta a qualidade de sócio. Assim, não se pode pensar na possibilidade de agir contra a sociedade, pleiteando-lhe a dissolução, o cessionário de quotas que não tenha sido aceito no seio social (que ainda não tenha recebidos as respectivas quotas mediante al-

teração contratual), o espólio do sócio falecido ou o cônjuge de sócio que recebeu quotas em partilha de divórcio ou de separação. Esses têm expectativa de se tornar sócios e, portanto, não podem agir como sócios. Sendo-lhes recusado o ingresso na sociedade ou não querendo eles nela ingressar, o direito anterior permitia concluir que lhes seria facultado exigir o levantamento e o pagamento dos respectivos haveres amigável ou judicialmente. Nesse último caso, a ação seria de apuração de haveres e não de dissolução (2014, p. 452).

Para GONÇALVES NETO apenas quem possui a qualidade de sócio pode estar no polo ativo da ação de dissolução de sociedade, para ele, esta condição decorre da participação na celebração do contrato social da sociedade, indiscutivelmente.

Somente ele (o sócio), pode manifestar a vontade de dissolução *stricto sensu*, dando assim o início aos procedimentos de dissolução parcial de sociedade. Logicamente este tipo de ação vai acarretar um impacto patrimonial dos herdeiros, sucessores do sócio falecido de terceiros interessados etc., porém estes, não participaram da formalização contratual inicial, não há a manifestação de vontade destes (APOLINÁRIO, 2016, p.29).

Terceiros ou estranhos ao contrato social não podem ensejar a dissolução da sociedade, mesmo que parcial para buscar o valor patrimonial decorrente da liquidação desta participação societária, mas tão somente o pedido dos haveres que lhes são devidos (APOLINÁRIO, 2016, p.29).

Nesta mesma visão, o estabelecido pelo art. 601 do Código de Processo Civil refere-se que a citação deve ser realizada obrigatoriamente a todos os sócios. GONÇALVES NETO também se posiciona sobre o assunto:

A comunicação aos sócios a respeito da existência de demanda dissolutória contra a sociedade é assunto interno; deve ser feita pela própria sociedade, por meio de seu órgão gestor ou de deliberação colegiada, se houver. Assim, as disposições do art. 656, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil de 1939, ao determinarem a oitiva dos interessados, sem qualquer previsão de citação da pessoa jurídica da sociedade, no meu modo de entender, só podem ser interpretadas, à luz da realidade presente, como impositivas de citação, não

dos sócios, mas da sociedade (única destinatária da demanda), como representante do conjunto daqueles sócios (2014, p. 454).

Nesse aspecto a legitimidade passiva também é questionada, talvez o legislador não atentou na possibilidade de haver inúmeros sócios na relação processual, cada um talvez com um procurador diferente, morando em diversos locais ou até mesmo no exterior. Visualiza-se, nestes casos, a demora processual para praticar certos atos.

Sabe-se que a partir da celebração do contrato, se forma um ente autônomo, em todos os sentidos, independente daqueles que o criaram. Desta forma, os assuntos de seu interesse, seja direitos ou indiretos, deve ser tratado por este ente criado, única e exclusivamente. Neste entendimento, compete na ação de dissolução parcial de sociedade, somente a própria sociedade como polo passivo, não havendo necessidade para a citação de todos os sócios. Talvez aqui o princípio da celeridade processual se assim tivesse externado o diploma legal, teria corroborado para sua efetividade (APOLINÁRIO, 2016, p.30).

Novamente GONÇALVES NETO vem no auxiliar, demonstrando assim sua opinião:

Em reforço do que aqui é sustentado há um argumento prático: a ser obrigatória a participação de todos os sócios na relação processual dissolutória, fica inviabilizada a dissolução em sede de sociedades com muitos sócios (mesmo que sejam simples prestadores de capital e estejam em locais diversos, ignorados ou de difícil acesso, como se dá com os residentes no exterior) e, principalmente, a das sociedades anônimas, tanto abertas como fechadas, cujas regras processuais do Código de 1939 ainda lhes são aplicáveis (Lei 6.404/1976, art. 209 e parágrafo único). Trata-se de orientação absolutamente irreal e insatisfatória, a não ser que se passe a entender, contra todos os princípios de segurança processual, a possibilidade de, nessas hipóteses, ser determinada a citação por edital de todos os sócios ou acionistas, residentes em lugar certo e conhecido (2014, p. 454).

Percebe-se como dito anteriormente, o tempo para os atos processuais, dependendo do caso concreto, pode ser absurdamente elevado,

mesmo se levarmos em consideração que todos sócios possuam cadastro de endereços atualizados.

Nesta hipótese de dissolução de sociedade, o fim da relação societária não se dá simplesmente com a explicitação da vontade, pois deve-se aguardar todo procedimento, que acontece em fases diversas, como já mencionado, primeiramente com a manifestação da vontade somente há o impulso que desencadeia o restante, que para chegar a sua finalidade deve-se passar pela liquidação da participação societária de sua parte, no caso de sócio falecido, excluído ou retirante, apurar seus haveres, caso haja, realizar a extinção de sua participação societária (por resilição ou por resolução), em relação aquele e posteriormente registrar no órgão competente, dando publicidade e eficácia jurídica (APOLINÁRIO, 2016, p.31).

Já quanto à forma, ou seja, os critérios estabelecidos no art. 606 do Código de Processo Civil, possui algumas observações. Vejamos novamente o que refere-se este artigo:

Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

Essa forma genérica, quando não especificado no contrato social de avaliação de bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis a preço de saída e igualmente para o passivo, talvez não se enquadre no caso concreto em diversas demandas, pois na atualidade, a uma grande diversidade de sociedades, em diversos nichos de mercados, complexos planos e modelos de negócios (APOLINÁRIO, 2016, p.33).

Frente a estes complexos fatores, societário, negocial e até mesmo econômico financeiro, torna inviável aplicação deste tratamento a todas sociedades, pois desconsidera muitas de suas particularidades.

No artigo 606 parágrafo único do Código de Processo Civil, foi muito bem posto, quando trata que na realização de perícia técnica, a nomeação recaia em profissional com experiência em avaliação de sociedades, pois este, com a vivência e experiência, consegue utilizar diversas ferramentas técnicas para embasar seu laudo pericial, moldando-se a cada caso concreto, percebendo cada peculiaridade em cada demanda, pois este aprofunda-se no dia a dia da sociedade, suas qualidades e na suas dificuldades, contato este que é impossível ao magistrado, por este motivo a importância da pessoa especialista neste tipo de avaliação, assim muito bem previsto pelo legislador (APOLINÁRIO, 2016, p.33).

Assim o perito nomeado pelo juízo, não deve-se basear somente em critérios contábeis de registros dos ativos ou passivos, mas sim como ponto de partida para o estudo do patrimônio da empresa, e adequar a contabilidade o mais real e atual quanto possível, atendendo as peculiaridades de cada caso, não ficando preso ao que se refere no art. 606 do Código de Processo Civil.

Nesta ótica, o STJ no agravo em recuso especial nº 927.084 – MG:

Destarte, a reforma do acórdão recorrido é inviável, eis que para elidir a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, quanto à exclusão do fundo de comércio da apuração dos haveres do sócio retirante, seria necessário analisar e confrontar provas documentais juntadas aos autos, providência vedada nesta sede especial, a teor da Súmula 07/STJ.

Na decisão como percebe-se, foi excluído o fundo de comércio, contrariando a própria norma contida no art. 606 do Código de Processo Civil, veja, não se pode simplesmente excluir o fundo de comércio, o que pode ocorrer é o mesmo não ter valor significativo ou nenhum, porém deve ser incluído.

Também como mencionado anteriormente temos as seguintes decisões, corroborando para diversos tipos de interpretações jurisprudenciais:

Em Resp. nº 35.702 (STJ), relator Min. Waldemar Zveiter, julgado em 13/12/1992:

Comercial - sociedade constituída por socios diversos - dissolução parcial - critério de apuração dos haveres.

I - na sociedade constituída por socios diversos, retirante um deles, o critério de liquidação dos haveres, segundo a doutrina e a jurisprudência, ha de ser, utilizando-se o balanço de determinação, como se tratasse de dissolução total.

II - precedentes do stj.

III - recurso não conhecido.

Já no Resp nº 1.335.619-SP (STJ), Terceira Turma, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, sendo relator para o acórdão o Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/03/2015:

Direito empresarial. Dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Sócio dissidente. Critérios para apuração de haveres. Balanço de determinação. Fluxo de caixa.

1. Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado.

2. Em caso de dissenso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa.

3. O fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente.

4. Recurso especial desprovido.

Percebe-se a divergência entre as decisões, muitas vezes criando para as partes envolvidas verdadeiras loterias, quando se trata da forma de apuração de haveres, culminando em muitos casos com a inviabilidade do próprio objeto da ação.

Desta feita, no que concerne a dissolução parcial de sociedade, apesar da inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, ficou

divergente frente aos preceitos do direito empresarial, ramo este que deveria servir de orientação para tal dispositivo legal, considerando a matéria ali positivada, pois não garante o texto, o principal atributo do direito societário, garantir a manutenção do circulação mercantil (APOLINÁRIO, 2016, p.34).

Verificou-se que as inovações também desconsideraram a lógica estrutural do direito empresarial, mostrando que merece o texto legal, uma mudança no prisma da dissolução parcial de sociedade, e também por parte da jurisprudência, para que aja coesão entre ambas, tornando assim possível a pacificação social, com a segurança jurídica, por meio da prestação jurisdicional satisfatória.

O trabalho aqui realizado vem trazer discussões acerca da dissolução parcial de sociedade em relação a um sócio, mostrando que ainda há muito que aprimorar, principalmente no que diz respeito aos institutos que cercam tal debate jurídico, cabendo a estudos futuros, traçar tal aprimoramento, dedicando-se as modificações necessárias ao tema.

Considerações Finais

O artigo analisou a dissolução parcial da sociedade limitada, sob a ótica do princípio da preservação da empresa, demonstrando que além de seu objeto social e os interesses particulares dos sócios, também há um viés da função social do empreendimento, seja diretamente como os trabalhadores, fornecedores, Estado e a coletividade em geral, ou indiretamente, como exemplo projetos sociais, desenvolvimento da comunidade local em decorrência da existência da empresa.

Assim percebemos a importância das normas, sejam elas materiais ou processuais quando da dissolução parcial de sociedade, principalmente nas sociedades limitadas, pela preservação da empresa.

Neste aspecto no decorrer do artigo, percebemos a importância da aplicação da vontade dos sócios quanto ao tema na formulação do contrato social e suas consequências quando pela sua não previsibilidade no

acordo de vontades dos sócios, que por vezes necessária a interferência estatal na prestação jurisdicional.

Ressalta-se a importância da comunicação entre o direito positivo, a doutrina referente ao tema e a construção de jurisprudência nas questões referentes a dissolução parcial da sociedade, principalmente em relação ao princípio da preservação da empresa.

Diante de toda discussão proposta no estudo, concluímos que será um desafio a todos operadores dos direitos envolvidos nas demandas de dissolução parcial de sociedades. O estudo não busca criticar a iniciativa do legislador diante da inovação do procedimento incluído no Código de Processo Civil e procurar estabelecer parâmetros mais claros destes procedimentos de dissolução e apuração de haveres, tampouco em falar em retrocesso da legislação, mas justamente ao contrário, incentivar o debate jurídico e acadêmico sobre o tema, buscando aprendizado referente a este importante ramo do direito, chamando a atenção aos aspectos debatidos no estudo, pela relevância que abarca a questão no ramos do direito empresarial e conseqüentemente o cotidiano das sociedades empresarias e todos aqueles que de certa forma contemplam o universo que estão inseridos.

Referências

APOLINÁRIO, Bruno Alves. Direito Empresarial II. **XXV Congresso do CONPEDI - CURITIBA**. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/s724w721/yUNk2VuacA2VvLzw.pdf>>. Acesso em 08. Abril. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de janeiro de 2002.**

BRASIL **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.**

BRASIL **Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.**

BRASIL **Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976.**

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresas**. 15.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Dicionário empresarial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Resolução de sociedade**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6.ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2014.

A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio

*Gabriel Baldissera*¹

*Paulo Henrique Schneider*²

Introdução

O presente artigo tem por objetivo abordar a essência da desconsideração da personalidade jurídica. De início, busca-se contextualizar o que é uma pessoa jurídica, seu registro, a atribuição de uma personalidade jurídica e as consequências dela decorrentes, em especial a autonomia patrimonial. Após será analisado substancialmente o instituto material da desconsideração, desde sua origem, percorrendo sua evolução histórica, para contemplar uma conceituação, e na sequência, analisar as teorias e formas de utilização, tanto a desconsideração tradicional como a desconsideração inversa, externando e explicitando a previsão na legislação pátria, assim como o entendimento jurisprudencial.

I Marcos característicos, históricos e conceituais

Antes de aprofundar no instituto da desconsideração, é imprescindível fazer uma abordagem sobre questões introdutórias.

¹ gabriel-baldissera@hotmail.com

² phschneider@upf.br

Primeiramente, deve-se ter noção do que é uma pessoa jurídica. Como bem tratado por Maria Helena Diniz, “a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações” (2014, p. 270).

Assim, havendo pluralidade de pessoas ou de bens, com uma finalidade específica, a pessoa jurídica ganhará existência através da realização de um ato constitutivo, prescindindo para sua real efetivação que este seja registrado nos órgãos competentes.

O ato constitutivo deve ser levado a registro para que comece, então, a existência legal da pessoa jurídica de direito privado (CC, art. 45). Antes do registro, não passará de mera “sociedade de fato” ou “sociedade não personificada”, equiparada por alguns ao nascituro, que já foi concebido mas que só adquirirá personalidade se nascer com vida. No caso da pessoa jurídica, se o seu ato constitutivo for registrado.

(GONÇALVES, 2014, p. 221).

O art. 45 do Código Civil deixa clara a necessidade do registro para a existência jurídica “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo” (BRASIL, Código Civil, 2002).

Como o enfoque deste estudo são as sociedades empresárias (pessoas jurídicas de direito privado), torna-se importante ressaltar que a sua forma de constituição é pelo chamado contrato social, firmado por duas ou mais pessoas, com o fim de exercer determinada atividade econômica (art. 981 do Código Civil³). Por sua vez, o registro é realizado perante a Junta Comercial, órgão responsável pela abertura e extinção de empresas, bem como por alterações contratuais (GONÇALVES, 2014, p. 220-222).

³ Artigo 981 do Código Civil: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

A partir do devido registro de seu ato constitutivo, a lei passa a lhe conferir personalidade jurídica, conforme dispõe o art. 985 do Código Civil⁴. Para Maria Helena Diniz “a capacidade da pessoa jurídica decorre logicamente da personalidade que a ordem jurídica lhe reconhece por ocasião de seu registro” (2014, p. 317).

Ao adquirirem personalidade jurídica, isto é, capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, as pessoas jurídicas se tornam entes autônomos com personalidade própria, sendo-lhes garantidas juridicamente uma série de atributos que as individualizam e asseguram seu funcionamento (TOMAZETTE, 2014, p. 223).

A personalização das sociedades empresárias gera três consequências bastante precisas, quais são, titularidade negocial, titularidade processual e responsabilidade patrimonial (COELHO, 2014, p. 32). Por sua vez, Marlon Tomazette enumera os seguintes atributos, nome, nacionalidade, domicílio, capacidade contratual, capacidade processual, existência distinta e autonomia patrimonial (2014, p. 233-236).

O ponto chave deste estudo é a responsabilidade patrimonial ou a autonomia patrimonial. Pela personalidade jurídica, tem-se a garantia de que os bens da empresa e dos sócios são se confundem nem se comunicam, ou seja, a sociedade tem bens próprios que responderão pelas suas obrigações, em nada afetando o patrimônio de seus membros.

“Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade” (COELHO, 2014, p. 34).

Assim, pela incomunicabilidade do patrimônio pertencente à sociedade com os patrimônios pessoais dos sócios, traduzido pelo fundamento da autonomia patrimonial, buscou-se estimular o progresso econômico, reduzindo os riscos advindos da atividade empresarial, impulsionando a abertura de milhões de negócios.

⁴ Artigo 985 do Código Civil: “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).”

Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais. No final, o potencial econômico do País não estaria eficientemente otimizado, e as pessoas em geral ficariam prejudicadas, tendo menos acesso a bens e serviços (COELHO, 2014, p. 34).

Desta forma, resta evidente a tamanha importância da separação patrimonial para o desenvolvimento da atividade econômica, pois ao garantir estabilidade no setor empresarial, fomenta-se maiores investimentos, maior circulação de riquezas e geração de mais empregos.

Dessa forma, eficazmente, se almejou de forma efetiva, com boas intenções, tornar possível, estimulante e duradoura a prática comercial.

Assim, através da autonomia patrimonial possibilitou-se uma grande certeza nas relações econômicas, ao proteger bens pessoais de eventuais demandas contra as empresas. Porém, a liberdade de negociações foi de tamanha expressividade e a garantia irredutível que somente o patrimônio pertencente à pessoa jurídica responderia pelos seus encargos, que os administradores acabaram utilizando tal imunidade para comer atos ilícitos, desvirtuando a tão prestigiada separação patrimonial.

Diante disso, o fim precipuamente buscado pela autonomia não foi cumprido corretamente, pelo contrário, foi utilizado para encobrir abuso de personalidade, fraude e desvio da finalidade, tornando o instituto um meio eficaz de injustiças.

Por consequência, foi imprescindível instituir algo que pudesse reverter tais situações, coibir irregularidades e evitar o uso fraudulento do instituto. A partir dessa necessidade, surgiu a denominada desconsideração da personalidade jurídica.

Com a preocupação pela má utilização da pessoa jurídica para fins conflitantes daqueles previstos em lei, a jurisprudência começou adotar soluções que fossem capazes de corrigir e reprimir seu desvirtuamento.

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica teve sua primeira manifestação nos Estados Unidos, na *common law*, no caso *Bank of United States vs. Deveaux*, em 1809, pelo qual o Juiz Marshall levantou o véu da pessoa jurídica e condenou os sócios individualmente (KOURY, 2018, p. 65). “Foi a partir da jurisprudência anglo-saxônica que se desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo na jurisprudência norte-americana” (TOMAZETTE, 2014, p. 242 e 243).

Em 1897, um famoso caso inglês repercutiu mundialmente o tema, conhecido como *Salomon vs. Salomon & Co.* Aaron Salomon era um comerciante na área calçadista, e decidiu, decorridos mais de 30 anos de trabalho, abrir uma *limited company*, transferindo todo seu capital a ela, em troca de ser credor primário (com preferência no pagamento). Aaron tinha 20 mil ações, e mais 6 sócios, cada qual com uma ação, todos membros de sua família (TOMAZETTE, 2014, p. 242).

Nos anos seguintes, o negócio tornou-se inviável, sendo realizada liquidação para encerramento das atividades, momento em que foi constatado que o próprio fundador receberia todos os créditos em função de sua preferência, e os demais credores nada receberiam (MOREIRA, 2018, p. 18).

O caso foi julgado em primeira e segunda instância, bem como pela Corte de Apelação como fraude aos credores, determinando a desconsideração da personalidade da companhia, responsabilizando Salomon pelos débitos. Porém, ao ser analisado pela Casa de Londres, a decisão proferida pela Corte foi revertida, mantendo-se a autonomia patrimonial, sob a justificativa de não ter ocorrido violação à legislação (MOREIRA, 2018, p. 19).

Não obstante a decisão final não ter firmado a tese da desconsideração, este caso foi o marco para prorrogar mundialmente a necessidade de não considerar a personalidade uma regra intangível, abrindo espaço para uma interpretação crítica. Para Rubens Requião “a tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina

do *disregard of legal entity*, onde se formou larga jurisprudência” (2012, p. 458 e 459).

Em termos de doutrina, a contribuição mais significativa adveio da Inglaterra, pelo professor Rolf Serick, da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, ao apresentar sua tese de doutorado, em 1953. Intitulada de “*Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*”, o autor concluiu a teoria e os princípios basilares atinentes a ela. Brevemente, demonstrou que pode o juiz para impedir atos ilícitos desconsiderar a separação dos patrimônios, afastando o princípio da autonomia patrimonial, mantendo a aplicação da regra nas demais situações (REQUIÃO, 2012, p. 460-462).

Sua propagação mundo afora lhe originou diversas nomeclaturas. No direito europeu, a teoria ficou conhecida como *disregard of legal entity* ou *disregard doctrine*. Nos países da *Common Law*, *piercing the corporate veil*, *lifting the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*; *superamento della personalità giuridica*, no Direito italiano; *Durchgriff der juristischen Person*, no Direito alemão; *teoría de la penetración ou desestimación de la personalidad*, no Direito argentino; *miseà l'écart de la personnalité morale*, no Direito francês (KOURY, 2018, p. 67).

No Brasil, o precursor no assunto foi Rubens Requião, em seu artigo titulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, em 1969. Como no Código Civil de 1916 não havia nenhuma previsão, Rubens sustentou que os juízes deveriam aplicar aos casos independentemente de previsão legal disciplinadora específica. Aos poucos, a doutrina e a jurisprudência foram ampliando a teoria no Direito Brasileiro (COELHO, 2014, p. 60).

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituada como a retirada excepcional e temporária da autonomia patrimonial atribuída à pessoa jurídica e estender a responsabilidade na pessoa de seus sócios. Busca-se, portanto, evitar que eles desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois, nesse caso, não estarão mais imunes.

A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. O conceito será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e.g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerada. Entre esses são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado (TOMAZETTE, 2014, p. 239).

A personificação de uma sociedade possui alta importância para o ordenamento jurídico, gerando progresso e desenvolvendo a economia. Entretanto, quando a proteção jurídica ferir demais valores do direito, abra-se espaço para desprivilegiar a autonomia e fazer com que as pessoas lesadas sejam abarcadas com a devida prestação jurisdicional.

Assim, desconsiderar é retirar o véu que cobre a pessoa jurídica, onde se permite aplicar uma exceção na autonomia patrimonial, ao autorizar que o juiz, no caso concreto, com base em situações excepcionais previstas no ordenamento pátrio, busque em patrimônios pessoais as obrigações não cumpridas pela empresa.

Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario al Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones e de perjudicar fraudulentamente a terceros (SERICK, 1958, p. 241)⁵.

Por conseguinte, quando desvirtuada a utilização correta da pessoa jurídica, nada mais justo que afastar a autonomia patrimonial no caso *in*

⁵ Tradução nossa: "Se a estrutura formal da pessoa jurídica for utilizada de forma abusiva, o juiz pode descartá-la para corrigir o resultado contrário ao Direito que se persegue, para o qual dispensará a regra fundamental que estabelece uma separação radical entre a sociedade e os sócios. Existe um abuso quando com a ajuda da pessoa jurídica se trata de burlar uma lei, violar obrigações e prejudicar terceiros fraudulentamente."

loco, olvidando a separação entre sociedade e sócio, levando as obrigações a este. Assim, a teoria se trata de “um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que seja utilizada pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso” (TOMAZETTE, 2014, p. 239 e 240).

Importante diferenciar desconsideração de despersonalização. A primeira é a suspensão temporária da autonomia patrimonial diante de um caso concreto, a fim de solucionar os direitos em litígio, mantendo os efeitos as demais situações. A segunda, por sua vez, é a anulação definitiva da personalidade via dissolução da pessoa jurídica ou cassação da autorização para seu funcionamento (GONÇALVES, 2014, p. 251).

O doutrinador Fabio Ulhoa Coelho expõe perfeitamente essa diferenciação:

A decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins (COELHO, 2002; apud GONÇALVES, 2014, p. 250 e 251).

“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam” (COELHO, 2014, p. 61).

Faz-se necessário destacar que a *Disregard Doctrine* é exceção, privilegiando sempre a pessoa jurídica e seus requisitos, incontestavelmente desde que respeitados os regramentos positivados nos ordenamentos que disciplinam sua utilização. Se má utilizada, em sentido diverso, a codificação permitirá desconsiderá-la (KOURY, 2018, p. 89).

“Quem nega sua personalidade é quem abusa dela. Quem luta contra semelhante desvirtuamento, afirma tal personalidade” (KOURY, 2018, p. 89).

No tópico a seguir, será abordada a previsibilidade da teoria na legislação pátria, assim como as teorias doutrinárias que embasam sua aplicação.

II - Previsão legal e Teorias no Direito Brasileiro

A partir da necessidade de solucionar a má utilização da pessoa jurídica por parte de seus gestores, que agem através de fins contrários a boa-fé, prejudicando terceiros, o legislativo preocupou-se em positivizar, precisamente, a teoria no ordenamento nacional.

A legislação brasileira não tinha nenhuma norma específica sobre o tema, ao contrário, o art. 20 do Código Civil de 1916 reiterava a existência distinta entre a pessoa jurídica e seus membros, dissociando os patrimônios (MOREIRA, 2018, p. 23).

Assim, a primeira manifestação, de forma explícita, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica está atrelada ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078 de 1990. A previsão está no art. 28 do microssistema⁶, capítulo IV “Da qualidade de produtos e serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”.

O caput do referido dispositivo elenca as hipóteses que permitem utilizar o instituto nas relações consumeristas. A primeira possibilidade diz respeito ao abuso de direito, definido como o exercício não regular de um direito. Nesse ponto, com acerto, o Código acolheu o entendimento doutrinário acerca da matéria. Porém, as situações seguintes “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social” se referem à responsabilidade pessoal dos sócios ou

⁶ Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

administradores, sendo incabível e desnecessária trazer a desconsideração para esses atos (TOMAZETTE, 2014, P. 258).

“O ato gerador de responsabilidade, nesse caso, pode ser imputado diretamente a quem incorreu na irregularidade, não representando a personalidade jurídica própria da sociedade nenhum obstáculo a essa imputação” (COELHO, 2014, p. 73).

No final, o caput menciona “falência, insolvência, encerramento das atividades ou inatividade provocadas por má administração”. Mais uma vez, tratam-se de erros da pessoa do administrador na condução dos negócios, tornando-se indevido utilizar a teoria para solucionar tais acontecidos.

Quando ele desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada “ciência” da administração, deixando de fazer o que elas recomendam ou fazendo o que desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra mal; e, se ocorrer a falência da sociedade empresária, a insolvência da associação ou fundação ou mesmo o encerramento ou a inatividade de qualquer uma delas em decorrência de má administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos danos sofridos pelos consumidores. Novamente, a existência e autonomia da pessoa jurídica não obstam essa responsabilização, descabendo, por isso, a referência à sua desconsideração (COELHO, 2014, p. 74).

A autonomia patrimonial entre bens da sociedade e bens particulares foi criada com o intuito de proteger os seus membros de possíveis problemas, incluindo uma má administração. De outro modo, não se teria incentivos suficientes para investir em atividades econômicas. Não se pode confundir má administração com má-fé, aquela é inerente à atividade, esta deve ser incansavelmente combatida (CAMPOS, 2013).

Coerente foi a decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, proferida pela 3ª Câmara, que, unanimemente, no julgamento da Apelação n. 507.880-6, decidiu:

Percalços econômico-financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes,

não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica (1992).

Além disso, o parágrafo 5º da nobre codificação autoriza a descon sideração sempre que a personalidade da pessoa jurídica for obstáculo para o ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor. Portanto, quando ela restar insolvente, não conseguindo honrar, com seu patrimônio, as dívidas sociais, já estará aberto o caminho para a descon sideração. A mera insolvência autoriza a aplicação (CRUZ, 2018, p. 493).

Entretanto, essa disposição acabou criando divergência doutrinária. Por um lado, escritores como Luiz Antônio Rizzato Nunes e Guilherme Fernandes Neto defendem a aplicação do parágrafo, bastando a existência de prejuízo. No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, somente se aplicaria em sanções não pecuniárias, tais como, proibição de fabricação de produto, suspensão das atividades ou do fornecimento de produto ou serviço, caso contrário, estaria se extinguindo do direito do consumidor a pessoa jurídica (TOMAZETTE, 2014, p. 260-262).

De outro lado, Oksandro Gonçalves, Luciano Amaro e Genacéia da Silva Alberton compreendem que não deve haver extinção da autonomia patrimonial no âmbito consumerista, sendo a referida hipótese como uma possibilidade a mais de aplicabilidade da teoria, desde que respeitados seus fundamentos. Defendem que a mera existência de prejuízo não permite descon siderar, pelo contrário, deve ser demonstrada a indevida utilização da pessoa jurídica, obstando o ressarcimento ao consumidor (TOMAZETTE, 2014, p. 262).

Os § 2º, §3º e §4º do mencionado dispositivo estabelecem a responsabilidade de sociedades que mantêm relações entre si. Os grupos societários e as sociedades controladas têm responsabilidade subsidiária, ou seja, quando a sociedade causadora do dano não tiver condições de ressarcir, o consumidor poderá cobrar das demais. Nas sociedades consorciadas, a parte lesada tem o direito de cobrar de qualquer delas, já que se trata de responsabilidade solidária (CAMPOS, 2013).

Por fim, no que tange às sociedades coligadas, o legislador previu a responsabilidade das demais em caso de culpa. Necessário mencionar que são coligadas aquelas que detêm uma participação de dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la (art. 1.099 do Código Civil). Assim, caso todas tenham agido com culpa, responderão de forma solidária (CAMPOS, 2013).

De modo geral, a forma como a teoria foi redigida na legislação consumerista acaba por desvirtuar seus fundamentos, em que pese o avanço conquistado pela sua positivação legal (KOURY, 2018, p. 187). Assim, somente o abuso de direito destaca e justifica a utilização da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, enquanto meio de coibir o uso contrário aos fins buscados pelo ordenamento ao criar a autonomia patrimonial (KOURY, 2018, p. 190). Essa divergência entre texto da lei e construção doutrinária não traz nenhum benefício a proteção dos consumidores, ao inverso, dissipa insegurança e desacertos (COELHO, 2014, p. 73).

A segunda lei brasileira a prever a teoria foi a Antitruste⁷, em 1994. Atualmente, a matéria é regulada pelo art. 34 da Lei 12.529/2011⁸. Os casos previstos são idênticos aos do caput do Código de Defesa do Consumidor (COELHO, 2014, p. 75).

A terceira lei a fazer referência à teoria da desconsideração no Brasil, a 9.605/98, dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente. Em seu art. 4^o⁹, o legislador reproduziu o parágrafo quinto do Código de Defesa do Consumidor, com singelas adaptações. Novamente,

⁷ Artigo 18 da Lei Antitruste: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).”

⁸ Artigo 34 da Lei de Defesa da Concorrência: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁹ Artigo 4^o da Lei de Crimes Ambientais: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

em ambas as leis, o legislador errou ao manter os mesmos fundamentos do Código de Defesa do Consumidor, atraindo imensas críticas, sobretudo dos comercialistas, perpetuando previsões incoerentes com a finalidade do instituto (CRUZ, 2018, p. 493).

A doutrina brasileira elaborou duas teorias buscando disciplinar os requisitos na utilização da desconsideração. A teoria menor compreende que a simples insolvência já é suficiente para desconsiderar, quando há dificuldade na reparação dos prejuízos sofridos. Não precisa expor qualquer desvio ou irregularidade (MAMEDE, 2018, p. 166).

Essa é a teoria utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁰, no art. 28 §5º, pela Lei Antitruste e pela Lei Ambiental, anteriormente já percorridas, sem a necessidade de demonstrar os requisitos objetivos justificantes de sua utilização. Esse entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial (BRASIL, REsp 279273/SP, 2004).

Por sua vez, o Código Civil de 2002, Lei 10.406, trouxe a Disregard Doctrine para o ordenamento civil brasileiro, constando na redação do artigo 50¹¹.

Inúmeras críticas foram postas acerca desse assunto no art. 59 do Projeto do Novo Código Civil, em 1975, pois este não retratava fundamentadamente a questão, abrindo margem à exclusão do sócio ou

¹⁰ Recurso Especial 1.096.604/DF do Superior Tribunal de Justiça: "6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada "teoria menor" da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor."

¹¹ Artigo 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

dissolução da entidade. Com tanto, os legisladores adaptaram o dispositivo, moldando-o conforme a motivação originária do instituto, ou seja, coibir o abuso na utilização da pessoa jurídica, e o positivaram de forma correta¹² (VENOSA, 2018, p. 303).

Esse abuso está relacionado com a utilização indevida da mesma, mediante fraude, ilicitude, isto é, em desconformidade com as intenções tidas ao criá-la e a de dispô-la com personalidade, e todos os demais atributos que lhe seguem e sustentam.

Portanto, são pressupostos para a aplicação da teoria o abuso da personalidade jurídica através do desvio da finalidade ou da confusão patrimonial.

Desvio de finalidade é o uso inadequado da pessoa jurídica, fora dos fins a que se presta a personificação. A personificação sendo um dos pilares do desenvolvimento econômico visa amenizar os riscos da atividade econômica e, por essa razão, não pode ser utilizada com fins estranhos ao seu fundamento. O desvio de finalidade como requisito da desconsideração ocorre quando os fins buscados no manejo da pessoa jurídica são ilícitos. Simples desvio de finalidade sem propósito ilícito não realiza esse requisito. Essa ilicitude decorre da utilização de artifícios maliciosos para prejudicar terceiros; decorre da prática de fraude.

A confusão patrimonial, por sua vez, ocorre quando há amálgama de patrimônios da sociedade e de seus sócios, com a quebra da fronteira da autonomia patrimonial. (VENOSA; RODRIGUES, 2018, p. 113).

“Quaisquer das condutas acima descritas exigem para sua configuração o dolo do agente; a prática de ato ilícito consciente, porquanto a pessoa jurídica não existe para permitir seja utilizada para fins ilícitos ou escusos, mas para garantir o tráfico jurídico da boa-fé” (SERICK, 1958, p. 52).

¹² Artigo 59 Projeto: “A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração” (VENOSA, 2018, p. 303).

Portanto, é fundamental que esteja caracterizado o desvio da finalidade, entendido como a fuga dos parâmetros pelo qual a pessoa jurídica foi criada, ao desenvolver atividade ilícita, por exemplo, ou confusão patrimonial, tida como o embaralhamento de patrimônios da sociedade com os pertencentes aos sócios e administradores, rompendo com o atributo conferido a pessoa jurídica da autonomia patrimonial. Ambos os casos permitem a desconsideração para coibir a indevida utilização (MAMEDE, 2018, p. 167).

Vislumbra-se a confusão patrimonial quando a sociedade paga dívida do sócio, ou ele recebe créditos dela, como também na existência de bens do sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa. Tais situações podem ser elucidadas através da análise de escrituração contábil e de movimentações bancárias (GONÇALVES, 2014, p. 253).

Embora o Código Civil tenha previsto com acerto os requisitos, as demais legislações continuam vigentes. O Enunciado 51, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica –disregard doctrine– fica positivada no novo Código Civil (LGL\2002\400), mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema” (BRASÍLIA).

A par do exposto, a visão de Fábio Ulhoa Coelho sobre a previsibilidade na legislação brasileira bem retrata como deve ser a aplicabilidade deste significativo instituto:

A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e § 50 do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4^o da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC/2002) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica (2014, p. 77 e 78).

No que diz respeito à construção doutrinária, a previsão do Código Civil está ligada a chamada teoria maior. Para esta, a autonomia patri-

monial deve prevalecer, e a desconsideração necessita ser aplicada com cautela, apenas em casos excepcionais, conforme previsão legal que discipline e autorize. O mero descumprimento de uma obrigação, ao contrário da teoria menor, não abre caminho para desconsiderar, fazendo-se imprescindível o preenchimento dos requisitos previstos no dispositivo legal pertinente do Código Civil (TOMAZETTE, 2014, p. 245-246).

Por sua vez, a teoria maior dividiu-se em subjetiva e objetiva. Para a chamada teoria maior subjetiva, o pressuposto fundamentador da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, verificado pela fraude e pelo abuso de direito. Para a linha objetivista, o requisito primordial é a confusão patrimonial (GONÇALVES, 2014, p. 252).

A importância dessa diferenciação está ligada à facilitação da prova em juízo. Dessa forma, a formulação objetiva busca favorecer a proteção dos interesses dos credores ou terceiros lesados pela manipulação fraudulenta da autotomia patrimonial, abdicando a necessidade de demonstrar o elemento anímico (COELHO, 2014, p. 67).

No entendimento de Marlon Tomazette:

Ao contrário do que possa parecer, nosso Código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses do abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial (2001).

Assim, se compreende que a confusão patrimonial é mais uma forma que o demandante tem para reaver seus direitos, lesados pelo uso fraudulento da pessoa jurídica por parte do demandado. Portanto, ambas as concepções, subjetiva pelo desvio de finalidade ou objetiva pela confusão patrimonial ensejam a aplicação do instituto, embora a segunda seja mais acessível de provar em juízo, nem todos os casos concretos estarão sob ela alicerçados.

Com razão, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que:

A formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação de prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude (2014, p. 67).

Os casos submetidos à decisão judicial envolvendo relações civis-empresariais são julgados de acordo com o art. 50 do Código Civil, adotando-se por consequência a teoria maior, exigindo a configuração objetiva dos requisitos legais. Essa compreensão é retratada em diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça¹³, do qual deixam evidente, como regra geral, excetuando-se as legislações protecionistas, a adoção desta teoria, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva, consubstanciada a toda cautela e excepcionalidade já exposta.

Dessa forma, deve o magistrado aplicar a *Disregard Doctrine* aos casos concretos postos a seu julgamento com muito zelo e cautela, sob pena de vulgarizar sua utilização, cabível quando são verificadas a fraude ou o abuso, gerado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Seu cumprimento jamais pode ser caminho para a destruição da pessoa jurídica

¹³ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 120965/SP do Superior Tribunal de Justiça: “1 Em se tratando de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas).”

Recurso Especial nº 1658648/SP do Superior Tribunal de Justiça: “3. Esta Corte já consolidou o entendimento de que nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, adota-se a teoria maior, segundo a qual a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que permite sejam atingidos os bens das pessoas naturais (sócios ou administradores), de modo a responsabilizá-las pelos prejuízos que, em fraude ou abuso, causaram a terceiros, nos termos do art. 50 do CC.”

dica, tão importante para o setor econômico. Seu instituto busca unicamente solucionar e reprimir o uso indevido e abusivo da entidade jurídica.

III Desconsideração inversa

Essencialmente, a desconsideração da personalidade jurídica é utilizada para que os sócios e/ou administradores sejam responsabilizados e arquem com o seu patrimônio ao utilizar a pessoa jurídica como forma de encobrir fraudes e ilicitudes, impossibilitando que a própria sociedade satisfaça suas obrigações.

O art. 50 do Código Civil disciplina as hipóteses no âmbito civil-empresarial, abarcado pela teoria maior. Todavia, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor permite a aplicação do instituto com meros indícios de insolvência, compreendido sob a teoria menor.

Porém, tem-se admitida a utilização inversa da desconsideração, ou seja, “o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio” (COELHO, 2014, p. 68).

A desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte do negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez que demonstrada a confusão patrimonial de facto (COMPARATO, 2008, p. 464).

Essa variante do instituto tem sido muito utilizada no âmbito do direito de família e sucessões. São consideradas práticas fraudulentas quando um dos cônjuges registra bens de maior valor em nome da pessoa jurídica para livrá-los da partilha, quando o pai transfere bens para a

sociedade com o intuito de se livrar da obrigação de pagar pensão alimentícia. Assim como, no momento em que o genitor utiliza a figura jurídica para beneficiar determinado filho, frustrando o direito à herança dos demais (GONÇALVES, 2014, p. 256-257).

O instrumento legal em questão também é utilizado nas relações empresariais. Por exemplo, pode um sócio transferir todo seu patrimônio para a pessoa jurídica com o objetivo de impossibilitar que os credores satisfaçam seus créditos. Assim, se restar legalmente comprovada a fraude ou a confusão patrimonial (requisitos idênticos da regra geral contida no art. 50 do Código Civil) desconsiderar-se-á inversamente (TOMAZETTE, 2014, p. 286).

O enunciado 283 do Conselho da Justiça Federal bem regulamenta tal utilização “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros” (BRASÍLIA, IV Jornada de Direito Civil).

Sobre o assunto, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 2004, o seguinte:

(...) muito embora na aplicação da *disregard doctrine*, parte-se do pressuposto que responde o sócio com seu patrimônio particular pela obrigação da empresa, o direito não pode se furtar a aplicação da teoria da desconsideração de forma inversa quando o devedor cria uma veste jurídica para tentar defender seu patrimônio particular ameaçado de alienação judicial por força de dívidas contraídas junto a terceiros. Caso em que o princípio da separação patrimonial deve ser superado e ceder em face de circunstâncias especiais e excepcionais diante da prova robusta de fraude por parte do sócio para desfrutar dos benefícios de sua posição, restando assente que a separação da pessoa jurídica da pessoa física é mera ficção legal, não sendo justificável que o sócio que se esconde sob o manto desta sociedade fuja de sua responsabilidade ou de seu fim social, para alcançar benefícios e interesses antissociais (Agravo de Instrumento nº 70005085048).

O Tribunal Gaúcho, desde então, vem analisando e fundamentando seu entendimento acerca da possibilidade de aplicação da desconsidera-

ção inversa nos casos postos para seu julgamento, já que em nenhuma legislação estava positivada essa forma de utilização, dando-lhes margem a construir sua compreensão sobre o tema.

Em 2010, pela primeira vez, o Tribunal Superior de Justiça enfrentou a questão da desconsideração inversa, delimitando as hipóteses de utilização, bem como determinando a abrangência de sua incidência, irradiando efeitos a outros milhares de casos em diversas instâncias, por todo o território nacional.

Assim, julgando o Recurso Especial 948.117/MS, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

(...) III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/2002, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. (...) (BRASIL, Relatora Min. Nancy Andrighi).

Considerando que a finalidade do instituto é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, essa ilicitude pode ocorrer tanto de modo convencional, quando o sócio esvazia o patrimônio jurídico com o intuito de fraudar terceiros, como também pelo modo reverso, quando o sócio transfere todos seus bens para a titularidade da pessoa jurídica, ocultando-os de terceiros, com o desígnio de fraude.

A Relatora Ministra Nancy Andrighi, no julgamento supracitado, embasou seu entendimento em uma interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil, assim como nos princípios éticos e jurídicos referentes a *disregard doctrine*, almejando justamente coibir a fraude e o abuso de

direito contra credores, condenando os detentores dos bens, que deveriam zelar pela satisfação das obrigações assumidas.

Ainda, a Ministra salienta a excepcionalidade na utilização da modalidade reversa “por óbvio, somente em situações excepcionais em que o sócio controlador se vale da pessoa jurídica para ocultar bens pessoais em prejuízo de terceiros é que se deve admitir a desconsideração inversa”. Não obstante, “o Juiz somente está autorizado a ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02” (BRASIL, REsp 984.117/MS). Sua procedência está vinculada ao preenchimento dos requisitos objetivos em razão do ordenamento civil adotar a teoria maior, devendo, portanto, estar demonstradas as situações legais pertinentes a fim de obter a satisfação do crédito ou o ganho da causa.

A Corte Infraconstitucional, em julgados recentes, mantém a utilização do instituto na forma reversa, assim como sua adoção excepcional, exigindo a extrema comprovação probatória¹⁴. Esse comportamento é essencial para manter a garantia na pessoa jurídica e em sua prerrogativa de patrimônios sociais e particulares distintos.

A aplicação do instituto exige redobrada cautela. A criação da pessoa jurídica, bem como dos limites de responsabilidade entre membros e sociedade, em quaisquer sentidos (direto ou inverso) constituem avanço jurídico universal, voltado para estimular investimentos privados, a bem do desenvolvimento coletivo. O desrespeito generalizado a tal parâmetro pode conduzir a um cenário no qual a iniciativa privada seja desestimulada, com impactos sobre toda a comunidade. Pior: ao fazer a pessoa jurídica responder por obrigações de um sócio, pode-se lesar ilegitimamente o patrimônio de outros sócios, fazendo-os suportar, ainda que indiretamente, dívidas que lhes são estranhas.

¹⁴ Recurso Especial nº 1647362/SP do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 3. A personalidade jurídica e a separação patrimonial dela decorrente são véus que devem proteger o patrimônio dos sócios ou da sociedade, reciprocamente, na justa medida da finalidade para a qual a sociedade se propõe a existir. 4. Com a desconsideração inversa da personalidade jurídica, busca-se impedir a prática de transferência de bens pelo sócio para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle, afastando-se momentaneamente o manto fictício que separa o sócio da sociedade para buscar o patrimônio que, embora conste no nome da sociedade, na realidade, pertence ao sócio fraudador. (...)”

Seria um desestímulo generalizado à constituição de coletividades sociais (MAMEDE, 2018, p. 188).

Apesar das ressalvas de alguns doutrinadores, a desconsideração inversa tem seu uso amplamente difundido pela jurisprudência brasileira. Por fim, ambas as modalidades buscam combater o abuso na utilização da personalidade jurídica, retirando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e satisfazendo eventuais créditos não cumpridos. Ainda, reitera-se a adoção restrita e temporária, buscando respeitar sempre as disposições legais que disciplinam a utilização deste nobre instituto. Sua criação e uso tem finalidade própria e expressa, e em nenhum momento deve desvalorizar as garantias principiológicas que fomentam o desenvolvimento econômico nacional, nem, por consequência, desestimular a abertura de novas sociedades empresariais, tão significativas para a geração de empregos e de renda.

Considerações finais

Em que pese o fomento e a proteção legal as pessoa jurídicas, concedendo-as uma série de atributos, em especial a autonomia patrimonial, ou seja, com a prerrogativa de que os patrimônios sociais não se comunicam com os pessoais, infelizmente certos empresários utilizam o ente jurídico em desconformidade com as disposições legais, com fins escusos, no intuito de prejudicar terceiros pessoas. Diante dessa situação, eis que surgiu a teoria denominada de desconsideração da personalidade jurídica, com as primeiras manifestações no direito americano e no europeu.

Dessa forma, o instituto pode ser conceituado como a retirada excepcional e temporária da autonomia patrimonial concedida à figura jurídica e estender a responsabilidade na pessoa de seus sócios ou administradores. Caso desvirtuem a função empresarial exercida não estarão mais cobertos pela imunidade conferida pela legislação.

A primeira manifestação da teoria no ordenamento pátrio, de forma expressa, ocorreu no Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Nela

tem-se a possibilidade de aplicação sempre que a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos, dando margem que a mera insolvência já viabiliza sua utilização. Em seguida, a Lei Antitruste e a Lei de Crimes Ambientais também previram a teoria. Essas três legislações embarcam a teoria menor, não exigindo a demonstração de requisitos objetivos.

Diferentemente, o Código Civil de 2002 trouxe ao ordenamento a teoria maior, prevendo de modo inequívoco os requisitos exigíveis para sua aplicação, quais seja o abuso da personalidade jurídica através do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. O simples descumprimento de uma obrigação não abre caminho para desconsiderar. Essa teoria tem duplo viés: subjetivo e objetivo, cada um com suas especificidades.

Possibilita-se, igualmente, o emprego da desconsideração aos casos concretos de modo inverso, isto é, responsabilizar a sociedade por obrigações pessoais não adimplidas, caso se façam presentes os mesmos requisitos da forma tradicional. Essa compreensão não está prevista expressamente na legislação, mas foi desenvolvida e aprimorada pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, sempre relevante frisar que a pessoa jurídica, como sujeito de direitos e obrigações, deve ser utilizada em conformidade com os preceitos legais. Caso quem a detenha não desempenhe uma conduta ética e honrosa em seus deveres, nada mais justo que se retire (excepcional e temporariamente) sua autonomia patrimonial.

Referências

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 março 2019.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. **Lei Antitruste. 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. **Lei de Crimes Ambientais. 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. **Lei de Defesa da Concorrência. 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_At02011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279273/SP.** Rel. Ministro Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=112916&num_registro=20000971847&data=20040329&formato=PDF>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.096.604/DF.** Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=986955&num_registro=200802186484&data=20121016&formato=PDF>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 120965/SP,** Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102866392&dt_publicacao=01/06/2017>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948.117/MS.** Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700452625&dt_publicacao=03/08/2010>. Acesso em: 13 março 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1647362/SP.** Rel. Minis. Nancy Andrighi, 3ª Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700040720&dt_publicacao=10/08/2017> . Acesso em: 13 março 2019.

BRASÍLIA. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil. Enunciado 51.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/750>>. Acesso em: 02 março 2019.

BRASÍLIA. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 283.**

Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/249>>. Acesso em: 12 março 2019.

CAMPOS, Aline França. **A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito consumerista e a responsabilização pessoal dos sócios de sociedade limitada.**

Revista dos Tribunais, v. 932/2013, p. 105-140, Junho 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial.** 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias.** 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, Tatiana Gonçalves. **O incidente da desconsideração da personalidade jurídica e o processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2018.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 2º v. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70005085048**, da 13ª Câmara Cível, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 25/05/2004.

SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil. **Ap. 507.880-6.** 3ª Câm., rel. Juiz Ferraz Nogueira, 15-9-1992.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles: El abuso de derecho por médio de la persona jurídica.** Barcelona: Ariel, 1958.

TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil.** Revista dos Tribunais, vol. 794/2001, p. 76 - 94, Dez / 2001.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário,** volume 1. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito civil: parte geral.** 18. ed. São Paulo : Atlas, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Mediação na justiça do trabalho: mecanismo efetivo para pacificação dos conflitos laborais – diálogo Brasil e EUA

*Graziela Minas Alberti*¹

*Maira Angelica Dal Conte Tonial*²

Introdução

Não é raro deparar-se com casos de conflitos laborais. Tal fato resulta, geralmente, das diferentes formas e comportamentos do empregado e empregador sob uma relação de trabalho. Sabendo-se que tais conflitos não podem ser evitados em sua totalidade, confere a justiça do trabalho desenvolver mecanismos de pacificação para tais conflitos.

Dentre estes mecanismos, a mediação caracteriza-se como uma forma eficaz de resolução de conflitos, propiciando, ao mesmo tempo, a promoção dos direitos humanos e a difusão da cultura de paz. Nessa senda, o processo de mediação é facilitado em razão da participação de um terceiro imparcial, sem interesses envolvidos na disputa. Este mediador atua como facilitador do processo de negociação, procurando intervir na relação intersubjetiva de base, a fim de promover a transformação e a imposição de certos parâmetros de entendimento entre as partes.

Por ser um processo criativo, baseia-se na equidade, reflexividade e autonomia, provocando a reflexão e o senso crítico nas pessoas. Outros-

¹ grazialberti86@gmail.com

² mairatonial@upf.br

sim, a mediação possui um espectro maior que o alcançado pelo poder judiciário. Por isso, é indicada na pacificação dos conflitos existentes nas relações de emprego.

Cada país adota seu próprio sistema de mediação de conflitos laborais. Em alguns, tal prática fomenta resultados satisfatórios, em outros nem tanto. No caso do Brasil, a adoção da mediação ainda é muito recente e pouco conhecida. Já nos Estados Unidos, por exemplo, é comum os empregadores optarem por procedimentos mediadores de conflitos, promovendo a preservação de suas relações comerciais antes, durante e após o conflito laboral.

Com o intuito de inteirar-se ao processo de mediação de conflitos laborais, o presente artigo apresenta a seguir uma revisão bibliográfica, tendo como base a crise no judiciário, a mediação e outros meios alternativos de solução de conflitos, a mediação de conflitos no Brasil e a experiência norte-americana, construindo um diálogo a partir da mediação de conflitos nestes dois países: Brasil e EUA.

I - Crise no judiciário: a mediação e outros meios alternativos de solução de conflitos

A fim de melhor administrar as funções do Estado, optou-se por separar o poder (que emana do povo), em três linhas, distribuindo-se a concentração de poderes nas mãos de poucas pessoas. Tal partição, remonta a Antiguidade Clássica e parte das obras de Platão e Aristóteles, tendo como grande inspirador Montesquieu que, de forma sistemática, trouxe a teoria da Tripartição do Estado de forma incisiva.

Segundo Peixinho (2008, p. 16), a divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressa pela criação de instituições independentes e autônomas em que suas funções diferenciadas objetivavam o afastamento do despotismo no antigo regime, garantindo a liberdade e os direitos fundamentais. Para alguns deputados de 1789, a

separação dos poderes representava um dogma, tanto que se a sociedade não garantisse a separação dos poderes, não haveria Constituição.

De acordo com Bonfante (2010, s/p):

[...] no contexto da época, a separação dos poderes apresentava-se como uma resposta ao absolutismo então imperante, como garantia das liberdades individuais, na medida em que previa que o poder não deveria persistir apenas nas mãos do soberano, já que desta forma o mesmo poderia tornar-se tirânico. Foi, aliás, a partir desta filosofia que foi possível superar o mencionado estado absolutista, enfraquecendo-o.

O filósofo Locke previa três poderes, mesmo que um deles estivesse indissociavelmente ligado a outro. No entanto, foi somente com Montesquieu que a teoria da separação dos poderes foi sistematizada e ganhou contornos que persistem até os dias de hoje (BONFANTE, 2010).

Assim, a tripartição deu-se nas seguintes funções: função legislativa, elaboração de leis, normas gerais e abstratas, impostas coativamente a todos; função executiva, administração do Estado, conforme as leis elaboradas pelo poder legislativo; e função judiciária, atividade jurisdicional do Estado, de distribuição da justiça e aplicação de leis, em situações de litígio, envolvendo conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida. Ao considerar-se o Poder Judiciário, vale destacar, para melhor compreensão texto, a existência de princípios fundamentais, quais sejam: inafastabilidade do controle judicial, inércia e do devido processo legal (PINHO, 2016, p. 68), que depois serão abordados.

No sentido de repartir poderes, para manter o Estado mais harmônico, e a fim de evitar conflitos sociais, o Estado trouxe para si a atribuição de fornecer soluções, através do Poder Judiciário, utilizando-se da jurisdição e do processo como instrumentos de trabalho (OLIVEIRA, 2015, p. 171), evitando assim, que as partes isolam seus conflitos de forma autônoma e mediando a aplicação de sanções. Entretanto, o Estado não tem atendido, a tempo e modo, o cidadão que coloca seu conflito à apreciação da jurisdição, resultando em diversas deficiências internas no

judiciário (MENEZES, 2000, p. 205), que fazem com que a celeridade processual não consiga ser alcançada e a morosidade seja constante.

Prova disso são os dados do Relatório Justiça em Número 2018, os quais apontam que 80 (oitenta) milhões de processos tramitavam no judiciário brasileiro em 2017, sendo 94% concentrados no primeiro grau-jurisdição. Logo, o percentual de servidores na área deveria seguir a proporção dos casos novos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Menezes (2001, p. 23-24) pressupõe que dentre os principais problemas relacionados ao judiciário, a duração dos processos parece ser o maior foco de descontentamento, principalmente pelo fato destes durarem vários anos.

Dentre as causas da morosidade, há um reduzido quadro de juízes, assim como há vagas existentes que não são preenchidas. Além disso, o bom funcionamento do aparelho judiciário exige investimentos em recursos humanos, ou seja, cuidados de seleção, formação e aperfeiçoamento profissional. Ademais, a legislação processual e os recursos costumam ser apontados como causas ao mau funcionamento do judiciário.

A lentidão do Poder Judiciário pode ser visualizada no âmbito econômico, no descrédito perante a sociedade, uma vez que, abala a eficácia de suas decisões e leva insegurança à população. Inegavelmente, toda essa morosidade ganhou contornos de preocupação nacional, capaz de gerar crises sociais e afetar investimentos econômicos (GRANGEIA, 2015, p. 10-11).

A lentidão judiciária brasileira também é um dos principais fatores que necessitam ser remediados para que a Justiça do Trabalho, que busca, na grande maioria das vezes o adimplemento de verbas alimentares do trabalhador, passe a ter maior credibilidade perante a população. Convém destacar que esta lentidão não será resolvida facilmente, visto que o Congresso Nacional não vem atendendo as propostas de aumento do número de magistrados e servidores (FARIAS, 2015, p. 112).

Frente a isso, a ocorrência de conflitos na sociedade é algo comum e de difícil controle, necessitando a presença de um Estado forte para mediar os conflitos “O conflito decorre naturalmente das diferenças e da insatisfação das necessidades humanas”. (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 8).

Por fazer parte do cotidiano das pessoas, o conflito deve ser interpretado como algo necessário ao aprimoramento das relações interpessoais e sociais. Logo, as controvérsias precisam ser resolvidas de forma adequada, gerando satisfação. É preciso avaliar os meios adequados a solução de cada tipo de conflito (SALES; RABELO, 2009, p. 75), buscando-se sempre a melhor forma, que atenda aos anseios das pessoas envolvidas.

A respeito da ocorrência de conflitos, Vasconcelos (2008, p. 19) reitera que:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção de interesse comum.

Dentre as alternativas existentes para a solução de conflitos, cabe destacar a negociação, a conciliação, a arbitragem e a mediação. A negociação é aquela percebida através de dois mecanismos, um deles abrangendo todos os meios possíveis de solução de conflitos em que o diálogo entre as partes é necessário, e a outra parte, em um sentido mais restrito, na qual a solução reincidente a partir da intervenção de um terceiro. Já a conciliação consiste na resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito entre as partes envolvidas. Cabe a este conciliador aproximar as partes, controlar as negociações, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e des-

vantagens, objetivando sempre a resolução do conflito existente (SALES; RABELO, 2009, p. 76-78).

Pertinente a arbitragem, Vasconcelos (2008, p. 39) discorre que nesta modalidade de solução de conflitos, as pessoas podem optar pela solução das suas disputas, onde o papel de um terceiro envolvido consiste em colher provas e argumentos para decidir mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível, conferindo os efeitos positivos e negativos.

Segundo Ramos (2002, p. 1-2), a mediação poder ser utilizada na solução de conflitos, pois consiste em uma técnica de composição dos conflitos caracterizada pela participação de um terceiro, o mediador, cuja função é escutar as partes para formulação de propostas. Apresenta como características: rapidez e eficácia de resultados, redução do desgaste emocional e do custo financeiro, garantia de privacidade e sigilo, redução da duração e facilitação da comunicação.

“O que se valoriza na mediação é a autonomia, a vontade, os pontos positivos de cada um dos envolvidos para, ao final, compreender o verdadeiro conflito. É em outras palavras, a reconstrução do conflito, pelos próprios envolvidos [...]” (MENEZES, 2001, p. 27). Desta forma, Sales e Rabelo (2009, p. 82) retratam que:

a mediação estimula também a prevenção da má administração dos conflitos, uma vez que incentiva a avaliação das responsabilidades de cada parte naquele momento (evitando atribuição de culpas); a conscientização da adequação das atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo para a concretização desses direitos e para as mudanças desses comportamentos; a transformação da visão negativa para a positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); a convivência com as diferenças; e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes, criando uma cultura do “encontro por meio da fala”, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos.

A mediação de conflitos traz em si a potencialidade de um novo compromisso político capaz de reduzir a desigualdade e a violência. Tal mediação implica um saber, uma episteme, resultante de vários outros

saberes, a fim de obter-se o instrumental necessário para uma prática que pressupõe a planificações e aplicação de uma série de passos ordenados no tempo (MUZKAT, 2008, p. 12-13).

Assim, a busca primordial e a resolução do conflito são de uma forma célere. Para tanto, passa-se então a analisar a mediação e suas características, a fim de investigar se a sua aplicação na esfera trabalhista, bem como sua viabilidade no Estado brasileiro.

II - A importância da mediação e suas características

Dentre os métodos de solução de conflitos interindividuais e sociais existentes no mundo contemporâneo, destacam-se a autocomposição e a heterocomposição. Na autocomposição, o conflito é solucionado entre as partes envolvidas, sem a necessidade da intervenção oriunda de agentes no processo de pacificação. Já a heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado por meio da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa, buscando-se uma solução a ser firmada por ele (SENA, 2007, p. 93-94).

Barros (2007, p. 2) disserta que:

[...] tem-se como modalidade de autocomposição: a negociação direta ou primária (Ex. a negociação trabalhista, em que se tem como integrantes o sindicato de determinada categoria profissional e o sindicato da categoria econômica respectiva ou uma empresa, sem a presença de um terceiro), e a indireta, aquela em que o diálogo entre as partes é conduzido por um terceiro (mediação e conciliação). Quanto à heterocomposição, têm-se a arbitragem e a jurisdição.

De modo geral, a mediação pode ser vista como um instrumento utilizado pelas pessoas envolvidas em algum tipo de conflito, seja ele de cunho familiar, social, trabalhista, econômico, emocional, em que se busca solucioná-lo por meio do diálogo e do restabelecimento dos canais de comunicação rompidos.

A mediação ainda pode ser entendida como um processo em que se aplicam técnicas auto compositivas, podendo ser utilizada em qualquer fase do conflito. A mediação é uma negociação orientada por um terceiro imparcial (OLIVEIRA, 2015, p. 174).

Conforme o artigo 3º da Lei da Mediação, “pode ser objetivo de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. (KAMEL, 2017, p. 77).

Desta forma, ao optar-se pela mediação, a busca por uma solução é entregue a um terceiro, o qual deve apresentar uma proposta ou uma recomendação, podendo uma ou outra ser aceita ou não pelas partes. Normalmente, escolhe-se um mediador que proporá uma solução, cujos efeitos ficarão vinculados à aceitação recíproca. Após a concordância entre as partes, tem-se um negócio jurídico, com eficácia de título executivo extrajudicial (TOLEDO, 2011, p. 47).

Um imprescindível objetivo da mediação reside na possibilidade de inclusão social conferida as partes, onde as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo de mediação.

Ressalte-se que ao envolver-se, o indivíduo participa ativamente, sentindo-se valorizado e incluído, tendo em vista a sua importância como ator principal e essencial para uma possível análise e solução do conflito. Logo, a mediação é vista através do objetivo de oferecer ao cidadão a participação ativa na resolução de conflitos, resultando em um aumento de responsabilidade civil, de maior cidadania (SALES; RABELO, 2009, p. 82).

Não obstante, inerente a mediação, Muzkat (2008, p. 13) relata que:

Seu objetivo é buscar acordos ente pessoas em litígio por meio da transformação da dinâmica adversarial, comum no tratamento de conflitos, em uma dinâmica cooperativa, improvável nesse contexto. Para que o mediador saiba lidar com situações desse tipo, espera-se que ele receba uma formação que lhe forneça conhecimentos de inúmeras áreas do saber, tais como psicologia, direito, sociologia, filosofia e teoria da comunicação. Mas, mais do que isso, que esteja preparado para lidar com a descontinuidade, a complexidade e as várias realidades do seu objeto.

A fim de coordenar seu funcionamento, Finelli (2016, p. 104) assegura que é preciso primar pela flexibilidade do procedimento, sua consensualidade e confidencialidade. À vista disso, o novo Código do Processo Civil aborda a condução desta prática.

A mediação se apresenta de forma mais flexível e interdisciplinar, utilizando-se da técnica autocompositiva, com a participação consensual das partes, aplicando-se a lógica ganhador e ganhador, rompendo com a ideia polarizada entre derrotado e vitorioso. A mediação propõe, portanto, um maior envolvimento das partes do conflito que juntas chegam a uma conclusão satisfatória a ambas. (CUNHA; REIS, 2016, p.79).

Segundo Kamel (2017, p. 72-73), os princípios da mediação encontram-se dispostos no artigo 2º da Lei da Mediação, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São eles: a) imparcialidade do mediador: quando o mediador não toma partido de qualquer das partes, privilegiando a aproximação delas, sem qualquer julgamento; b) isonomia entre as partes: ter as partes por igualmente capazes de participar de uma mediação, sem que uma tenha vantagem sobre a outra; c) oralidade: as partes podem tomar e consultar notas e apontamentos, a fim de lembrar os pontos importantes, devendo o mediador fazê-lo; d) informalidade: não existem regras fechadas na mediação em relação ao modo como se desenvolve ou o local onde acontece; e) autonomia da vontade das partes: o mediador deve ter em alto respeito e valor, a autonomia que as partes manifestam durante o ato da mediação; f) busca do consenso: quando as partes estiverem aproximadas, deve-se lembrar a razão pela qual estão ali; g) confidencialidade: tudo o que ocorrer em uma sessão de mediação precisa ser sigiloso; h) boa-fé: as partes envolvidas devem demonstrar veracidade, integridade, honradez e lealdade.

Assim, “a mediação pode ocorrer no âmbito judicial, quando já foi instaurado um processo judicial, e extrajudicialmente, quando ocorre sem que exista processo, tendo procedimentos similares”. (KAMEL, 2017, p. 72).

Calsing e Viveiros (2016, p. 250) discorrem que “[...] a adoção da mediação na resolução das adversidades seria de suma importância em casos específicos em que a manutenção de um bom convívio entre empregado e empregador é fundamental para a efetivação de um comando judicial”.

A adoção da mediação como método de solução dos conflitos individuais do trabalho deve ser encarada, inclusive, como possível mudança cultural da busca pelo Poder Judiciário e como tentativa de se manter a continuidade das relações trabalhistas. Isso porque, não raras vezes, o empregado busca a via judicial quando a relação empregatícia já não mais se sustenta. Criar mecanismos que estimulem o diálogo entre empregado e empregador, afastando-se a ideia de litigiosidade e as figuras de “ganhador” e “perdedor”, poderá ser um louvável caminho para a busca da manutenção do contrato de trabalho, princípio basilar desta Justiça Especializada. (CALSSING; VIVEIROS, 2016, p. 250-251).

Assim, a solução adequada, na resolução dos conflitos, se torna essencial para que as partes possam resolver as suas demandas, bem como o Estado se torna importante a paz social de forma célere e adequada.

III - O conflito laboral e a mediação no direito positivo brasileiro

No Brasil, a mediação de conflitos começou a ganhar espaço no início de 1990, um momento em que poucos tinham uma noção conceitual clara sobre o instrumento de autocomposição.

Somente em 2010, a mediação passou a ser oficialmente reconhecida como uma política pública, cujo principal objetivo não se restringia ao acesso à justiça, mas sim à criação de um mecanismo encorajador e enraizador da participação social do cidadão (CALSSING; VIVEIROS, 2016, p. 236-237).

Além disso, a mediação brasileira ganhou um novo impulso a partir da implantação da Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos.

tos de interesse no âmbito do poder judiciário, pela Lei nº 13.140/16 e Lei nº 13.105/15 (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 7).

Entretanto, ainda se discute a possibilidade de transacionar direitos trabalhistas em razão da desigualdade dos litigantes (OLIVEIRA, 2015, p. 176).

Em um país onde a cultura é do acesso ao Poder Judiciário, apesar de sua pouca eficiência, com milhões de ações ajuizadas a cada ano, vemos com bons olhos a existência de mecanismos alternativos de soluções de litígios. A mediação, por sua vez, consiste em uma técnica onde um terceiro - a extrajudicial sendo a que apontamos como genuína - atua como facilitador e onde o resultado pretendido é o consenso entre os contendores e, com isso, a pacificação social, objeto de toda e qualquer civilização. (DUARTE, 2016, p. 75).

A mediação judicial pode ser compreendida sob três vertentes: mediação pré-processual, mediação endoprocessual e mediação extraprocessual. A mediação pré-processual é praticada por mediadores judiciais, a partir das estruturas definidas na Resolução 125/10-CNJ, a fim de prevenir a instauração de uma demanda trabalhista. Já a mediação endoprocessual consiste no procedimento de mediação instaurado no curso do processo trabalhista, a qual é realizada pelo juiz ou pelas partes. Por fim, a mediação é o procedimento de mediação instaurado pelas partes por iniciativa exclusiva, no curso do processo, mas fora dele e sem interferência no seu andamento, a não ser quanto a sua extinção (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 20-21).

Na sistemática processual trabalhista, já existem previsões para a utilização da mediação tanto em conflitos individuais quanto em coletivos, tanto judicial quanto extrajudicial.

Portanto, a mediação precisa ser estimulada e efetivada constantemente, já que, em certos casos, principalmente questões pessoais, como assédio e despedida discriminatória, as partes tendem a se sentirem mais à vontade para expor os fatos, as angústias e as expectativas na presença de um mediador do que na presença de um juiz (OLIVEIRA, 2015, p. 177).

Na percepção de Mello e Baptista (2011, p. 99):

Não há no Brasil – como há em outros países, a exemplo de Portugal, Argentina, Canadá e Estados Unidos – uma legislação que regulamente as práticas cobertas pela denominação *mediação de conflitos*, nem tampouco uma profissionalização de mediadores. Do mesmo modo, as definições do que sejam mediação judicial e mediação extrajudicial parecem estar mais delimitadas pelas instituições que aplicam seus princípios colocados em prática no interior das instituições judiciais, ou seja, quando partes em conflito são encaminhadas por um juiz para sessões de mediação, no contexto do processo judicial; e, por oposição, a mediação extrajudicial está ligada ao que ocorre fora dos muros dessas instituições e dos processos judiciais propriamente ditos.

Segundo Finelli (2016, p. 105), na mediação trabalhista anterior ao conflito, as demandas muitas vezes se tornam coletivas pelo objetivo, sendo necessária a atuação de representantes sindicais, a fim de tentar solucionar a questão diretamente com o empregador. Desta forma, trata-se de mediação extrajudicial, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego.

Assim:

No âmbito trabalhista, a solução dos conflitos comporta dupla missão: resguardar a dimensão humana e social dos direitos trabalhistas (indisponíveis e limitadamente transacionais), assegurando-lhes a efetividade e a integridade; e auxiliar as partes a solucionar o conflito na sua dimensão intersubjetiva, visando resgatar as relações interpessoais. (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 19).

Sempre ressaltando-se que a relação de trabalho/emprego costuma ser uma relação muito próxima onde empregado e empregador, muitas vezes, necessitam um espaço de diálogo maior do que aquele fornecido pelo Poder Judiciário tradicional, para que os conflitos de ordem íntima sejam tratados, logo:

No âmbito trabalhista, a solução dos conflitos comporta dupla missão: resguardar a dimensão humana e social dos direitos trabalhistas (indisponíveis e limitadamente transacionais), assegurando-lhes a efetividade e a integridade; e auxiliar as partes a solucionar o conflito na sua dimensão

intersubjetiva, visando resgatar as relações interpessoais. (VASCONCELOS; GOMES, 2016, p. 19).

Em muitas situações se faz imprescindível esse espaço de fala. Assim, passa-se a abordar um pouco da experiência norte-americana, a fim de que se possa aquilatar a possível aplicação em nosso ordenamento legal.

IV - A experiência norte americana

Para que se possa realizar esse diálogo entre diferentes países e diferentes sistema, é interessante apurar a diferenciação em alguns aspectos. Primeiramente, é imprescindível entender a conceituação de jurisdição.

Assim, pode-se entender o processo jurisdicional como uma forma de heterocomposição dos conflitos, onde a solução é imposta por um terceiro imparcial, que analisando a situação aplica a decisão a ser cumprida pelas partes envolvidas.

Ao direito subjetivo de “ação”, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da “jurisdição”, pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar a justiça aos que a solicitaram. A jurisdição é, com a administração e a legislação, forma de exercício de soberania estatal. (CARNEIRO, 2012, p. 25).

A jurisdição contempla a função do Estado em prestar uma tutela jurisdicional adequada. Tutelar significa proteger, sendo que a proteção ocorre quando o Estado dá à parte tudo aquilo que merece e busca, inclusive no tempo e modo necessário. São princípios da jurisdição: investidura, inércia, aderência ao território, indelegabilidade, indeclinabilidade e inevitabilidade (VEZZONI, 2016, p. 9).

No ordenamento jurídico pátrio a solução de conflitos que versem sobre relações laborais foi atribuída por determinação constitucional a justiça especializada, neste caso, a Justiça do Trabalho, conforme deter-

mina o artigo 114 da Constituição Federal assim: “Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar...”.

Cumpra salientar que a alteração trazida pela emenda constitucional 45, datada de dezembro de 2004, a competência da justiça especializada sofreu grande ampliação, trazendo a justiça especializada maiores poderes no que tange a resoluções e conflitos advindos do mundo laboral.

Já nos Estados Unidos, a legislação americana determina que a competência para julgar feitos trabalhistas é conferida aos Magistrados da justiça comum. Ao contrário do Brasil, onde compete a união legislar o direito do trabalho, nos EUA atribui-se essa competência tanto para os estados, quanto para o governo federal (SGAVIOLI, 2018).

Nos Estados Unidos “[...] é comum as empresas se submeterem a procedimentos mediados e preservarem suas relações comerciais durante e após a resolução do conflito”. (BACELLAR, 2000, p. 2017 apud MENEZES, 2001, p. 28).

Importante mencionar que nos EUA não há uma Justiça Trabalhista especializada. Logo, os litígios de natureza laboral são resolvidos por meio da arbitragem ou da própria justiça comum, apreciando as causas não solucionadas por acordo entre as partes envolvidas.

O modelo norte-americano de composição de conflitos trabalhistas possui uma facilidade extra, sendo que dos 115 milhões de trabalhadores, 30 milhões tem seus contratos regidos por 150 mil convenções coletivas, entre as quais 95% contêm cláusulas regulando o processo de solução dos dissídios individuais.

Desta forma, reduzem-se os custos do Estados ao mesmo tempo em que, eliminam-se os gastos para a manutenção de um órgão judicial especializada (FARIAS, 2015, p. 115). No entanto, a solução adotada no país mencionado pode ser analisada e observada, mas não significa necessariamente que será a melhor forma a ser adotada pelo nosso país e nossa realidade.

Neste sentido Farias (2015, p. 115) discorre que:

Por sinal, quem defende a extinção da Justiça do Trabalho no Brasil geralmente cita o êxito do modelo americano, esquecendo-se, porém, de um detalhe: ao mesmo tempo em que a Justiça Comum é modelo de eficiência (ao contrário da nossa, infelizmente), é notória a fraqueza de seus sindicatos, se comparados aos europeus ou latino-americanos, o que impede as causas pequenas ou de pouca expressão econômica de serem levadas à Justiça, pois normalmente são solucionadas no âmbito das próprias empresas, que, é certo, exercem bastante influência sobre a pessoa do empregado.

Também, nos EUA a mediação apareceu formalmente na década de 1970. A partir disso, os métodos se desenvolveram tanto que acabaram por criar um mercado extrajudicial privado, constituído por advogados, juízes especializados e por mediadores profissionais. Geralmente, as causas que envolvem empresas e grandes valores são resolvidas fora das cortes (CANÁRIO, 2011).

Adotar modelos internacionais sem levar em consideração a realidade nacional pode implicar em maior fragilização ao trabalhador na busca e na defesa de seus interesses.

A partir disso, cabe ressaltar que cada país tem suas peculiaridades no ordenamento jurídico, adotando diferentes perspectivas a respeito da mediação na solução de conflitos trabalhistas, variando conforme a cultura local. Em vista disso, é válido ressaltar que, embora as experiências norte americanas sejam satisfatórias, a adoção destas formas de mediação no Brasil poderá ser seguida, desde que se respeite as diferenças culturais existentes e alguns processos da justiça do trabalho sejam remodelados.

Considerações finais

Após traçar tais conceitos, e sem querer esgotar o assunto ora pautado, o artigo propôs uma reflexão acerca da mediação como alternativa para a solução de conflitos laborais. A atual crise no judiciário demonstrou-se preocupante, visto que o Estado não está conseguindo atender, a

tempo e modo, todas as demandas do cidadão, principalmente em razão das enormes deficiências internas em seu sistema. Toda essa lentidão nos processos judiciais, especialmente na Justiça do Trabalho, precisa ser remediada a ponto de gerar maior credibilidade à população, proporcionando-lhe todo o amparo necessário às questões trabalhistas.

Em virtude dessa crise no judiciário, a existência de conflitos é algo comum e tampouco pode ser totalmente evitada. Logo, os conflitos requerem a participação do Estado como figura portadora de soluções plausíveis. Assim sendo, notou-se a existência de algumas alternativas otimistas à solução de conflitos, tais como a negociação, a conciliação, a arbitragem e a mediação.

Em relação a mediação, observou-se a importância desta alternativa, visto que ela contempla a participação de um terceiro, um mediador, cuja função é restrita a escutar as partes e formular propostas de conciliação. Tal prática demonstrou-se muito eficaz, pois é rápida, reduz o desgaste emocional e custos financeiros, garante maior privacidade e sigilo, além de reduzir o tempo de duração do processo e facilitar a comunicação entre os envolvidos.

Convém destacar, que a mediação ainda não é muito conhecida e utilizada pelos brasileiros, porém na sistemática processual trabalhista, já existem previsões para a utilização desta no tratamento de conflitos individuais e coletivos, nas esferas judicial e extrajudicial. Ademais, é preciso estimular a efetivação da mediação constantemente, especialmente em casos pessoais, como o assédio e a despedida discriminatória, facilitando assim a resolução de causas trabalhistas. Outrossim, percebe-se que a mediação também seria válida para a reintegração do empregado a empresa, já que a sentença judicial é por muitas vezes cumprida com descaso, ocasionando transtornos tanto para a empresa quanto para o empregado.

Por fim, ao considerar-se a experiência de mediação norte americana, destacou-se a competência para julgar feitos trabalhistas, a qual é conferida aos Magistrados da justiça comum, onde em oposição ao Brasil

que compete a união legislar o direito do trabalho, nos Estados Unidos tal prática destina-se tanto aos Estados quanto ao governo federal. Outra importante percepção neste diálogo Brasil e EUA, residiu no fato das empresas americanas preferirem submeter-se à procedimentos mediadores, evidenciando maior zelo pelas relações comerciais na resolução do conflito. Também, ficou claro que mesmo não havendo uma justiça trabalhista especializada nos EUA, os litígios laborais são facilmente resolvidos, proporcionando uma redução de gastos ao Estado.

Contudo, mesmo sabendo-se das particularidades jurídicas de cada país, a mediação na justiça do trabalho atua auspiciosamente na reaproximação das partes envolvidas, fazendo com que elas não apenas encontram uma solução para o conflito trabalhista existente, mas também possam reatar e reconstruir um relacionamento amigável e favorável para as atividades rotineiras de trabalho na organização. Por isso, a mediação ainda precisa exteriorizada, a fim de reduzir a burocracia da justiça e proporcionar soluções plausíveis aos conflitos existentes.

Referências

- BARROS, Verônica Altesf. Mediação: forma de solução de conflito e harmonia social. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79070160.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- BONFANTE, Bruna. A transformação do Estado e da separação de poderes e o poder judiciário no pós-positivismo. **Jus.com**, 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17058/a-transformacao-do-estado-e-da-separacao-de-poderes-e-o-poder-judiciario-no-pos-positivismo>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- CALSING, Maria de Assis; VIVEIROS, Carolina C. Salomão Leal. Mediação e conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas. **Rev. TST**, Brasília, v. 82, n. 2, abr./jun., 2016.
- CANÁRIO, Pedro. EUA optam por mediação para resolver conflitos. **Revista Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-02/mediacao-privada-primeira-opcao-resolver-conflitos-eua>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática: área do direito processual civil. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados estatísticos. 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 16 maio 2019.

CUNHA, Júlia Gabriela Soares; REIS, Roberta Cerqueira. Repensando o papel da mediação no Estado democrático de direito. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 77-83, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98236>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de interesses e vantagens da mediação. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 69-76, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98240>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

FARIAS, James Magno Araújo. Jurisdição e mediação: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. **Rev. TST**, Brasília, v. 81, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95931/2015_farias_james_jurisdicao_mediacao.pdf?search-result=true&query=media%C3%A7%C3%A3o¤t-scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc&page=2>. Acesso em: 12 jul. 2019.

FINELLI, Lília Carvalho. Mediação judicial trabalhista: histórico legislativo da exclusão da aplicabilidade da lei nº 13.140/15 aos conflitos de trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 104-113, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98139>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. **Enfam**, 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

KAMEL, Antonie Youssef. **Mediação e arbitragem**. Curitiba: InterSaber, 2017.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. **DILEMAS**, v. 4, n. 1, p. 97-122, jan./mar., 2011. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31322509/Mediacao_e_conciliacao_Katia_Mello.pdf?response-contentdisposition=inline%3B%20filename%3DMediacao_e_conciliacao_no_Judiciario_Dil.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190715%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190715T110330Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=b55c379783f872053f49761f23c8a06e7fbb376347025c9922c8255c9bbecc22e>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000.

MENEZES, Marcelo Paes. A “crise da justiça” e a mediação. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**. 2.ed. São Paulo: Summus, 2008.

OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo código do processo civil. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 171-186, jul./dez. 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez., 2008. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Augusto Cesar. Mediação e arbitragem na justiça do trabalho. **FISCOsoft**, 2002.

SALES, Lília de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, abr./jun., 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496914/RIL182.pdf?sequence=1#page=76>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SENA, Adriana Goulart. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez., 2007. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73935/2007_sena_adriana_formas_resolucao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2019.

SGAVIOLI, Ciro Fachim. Legislação e direitos trabalhistas nos Estados Unidos e o mito da jubuticaba. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://cfachim.jusbrasil.com.br/artigos/642040075/legislacao-e-direitos-trabalhistas-nos-estados-unidos-e-o-mito-da-jubuticaba>>. Acesso em: 16 maio 2019.

TOLEDO, Patrícia Therezinha. Os conflitos trabalhistas e a importância dos sistemas de solução dos conflitos laborais no mundo atual. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 8, p. 29-70, 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/78815>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; GOMES, Marcella Furtado de Magalhães. Mediação judicial trabalhista. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 7-25, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZONI, Marina. **Direito processual civil**. 2.ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

Agravo de Instrumento no Processo do Trabalho: da irrecurribilidade das decisões interlocutórias

*Jovana De Cezaro*¹

*Maira Angélica Dal Conte Tonial*²

Introdução

O presente estudo constitui-se na análise do instituto do agravo de instrumento no que tange a sua utilização no processo do trabalho. Busca-se analisar o princípio da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias no processo trabalhista, bem como, verificar se seu objetivo de propiciar a celeridade processual é alcançado.

Para tanto, tem-se o propósito de examinar o instituto do agravo de instrumento no processo civil e no processo do trabalho, trazendo suas antagônicas utilizações. Ainda, aborda-se os princípios informadores do processo trabalhista, perquirindo a respeito da importância da recorribilidade imediata e da implicação da demora face a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento.

Nesse viés, observa-se que o sistema recursal decorre da garantia constitucional do devido processo legal, da qual advém o princípio do duplo grau de jurisdição. Assim, a possibilidade de buscar a revisão de uma decisão judicial é prevista no ordenamento jurídico como forma de

¹ jovanadc@hotmail.com

² mairatonial@upf.br

concretizar a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, apresenta-se como corolário do regime democrático.

I - Do instituto do Agravo de Instrumento

É intrínseco ao ser humano a natureza de inconformar-se com as situações que lhes sejam desfavoráveis e buscar sua revisão. Dessa forma, os recursos estão presentes no direito, como um meio de garantia a fim de que se permita o reexame da decisão judicial por outro órgão, buscando ouvir o descontentamento da parte sucumbente.

A palavra recurso deriva do latim *recursus* e se refere ao ato de retornar do lugar de onde saiu. Na concepção de Didier Júnior e Cunha “o termo recurso significa refluxo, refazer o curso, retomar o caminho ou correr para o lugar de onde veio” (2016, p. 87). Cada recurso tem sua utilidade, forma de interposição e regramento descritos em lei. O sistema é completo e atende a necessidade de revisão das decisões, seguindo um viés democrático, que promova um processo efetivo e célere.

Destaca-se que, o sistema recursal cível sofreu impacto com a vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que aboliu alguns recursos e recepcionou outros novos, ou até mesmo reformulou-os. Assim, dentro do rol recursal incumbe analisar o agravo de instrumento e sua atual sistemática.

O agravo de instrumento, recurso elencado no inciso II, do artigo 944 e regulamentado pelos artigos 1.015 a 1.020 do CPC de 2015, na definição de Câmara “é o recurso adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas em lei como sendo recorríveis em separado” (2016, p. 522).

Dessa forma, o recurso deve ser encaixado em uma das hipóteses do artigo 1.015 do CPC, ou em casos previstos em lei, sob pena de não ser conhecido pelo relator. *In verbis*:

Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação

de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O citado recurso é interposto diretamente no tribunal *ad quem*, ou seja, diretamente ao tribunal competente para o julgamento. Ainda, será processado fora dos autos da causa em que se deu a decisão impugnada. O prazo de interposição é de quinze dias, contados em dias úteis, por meio de petição com os requisitos elencados no artigo 1.016 do Código de 2015. Também, é obrigatória a juntada dos documentos exigidos no artigo 1.017 do Código de 2015 e, de modo facultativo, o agravante poderá acostar cópia de outras peças que reputar úteis (DONIZETTI, 2018, p. 1411).

Além disso, deverá haver a comunicação da interposição do recurso ao juízo de primeiro grau de jurisdição, no prazo de três dias, sob pena de negativa de seguimento do recurso. A finalidade da comunicação se faz necessária a fim de que se permita o juízo de retratação ao magistrado, além da ciência do agravado sobre a interposição do recurso e de seu conteúdo. Tal comunicação se torna faculdade se o processo for eletrônico (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 726-727).

Cumprе ressaltar que todos os agravos de instrumento que ingresarem no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), deverão tramitar exclusivamente e obrigatoriamente por meio de processo eletrônico. Tal regra foi imposta em meados de agosto de 2016, logo após a entrada em vigor do CPC de 2015, por meio de alteração do Ato nº 017/2012-P, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Poder

Judiciário Estadual (RIO GRANDE DO SUL. Diário da Justiça Eletrônico, 2012, p. 01).

Quando da interposição do agravo o agravante deve comprovar o pagamento das custas e porte de retorno. Caso haja insuficiência do valor, haverá prazo de cinco dias para suprir, se não feito implica em pena de deserção, ou seja, presume-se que desistiu do recurso. Ainda, o CPC de 2015 trouxe a possibilidade de que, se não comprovado o recolhimento do preparo o agravante será intimado para realizar em dobro, sob pena de deserção. Também, se algum requisito da petição se mostrar ausente, será concedido o prazo de cinco dias para este sane eventual vício ou complemento a documentação exigida (DONIZETTI, 2018, p. 1412).

Quando recebido o agravo de instrumento no tribunal, pode o relator julgar monocraticamente, atribuir efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal, requisitar informações complementares, intimar o agravado para responder o recurso no prazo de quinze dias e intimar o Ministério Público para que se manifeste sobre o recurso também no prazo de quinze dias, quando o caso enseje atuação ministerial (DONIZETTI, 2018, p. 1415).

Em prazo não superior a um mês da intimação do agravado o relator solicitará dia para julgamento, sendo o agravo incluído na pauta de julgamento. Com relação aos efeitos, normalmente, o agravo de instrumento limita-se ao efeito devolutivo, não sendo dotado de efeito suspensivo, em regra (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1047-1053).

A sistemática introduzida no CPC de 2015, que busca um processo simplificado e tempestivo, espelhou-se no sistema da irrecorribilidade das decisões interlocutórias encontrado no processo do trabalho e nos Juizados Especiais (JOBIM; CAVALHO, 2014, p. 268).

Verifica-se que, o legislador da codificação de 2015 criou um rol de decisões interlocutórias recorríveis, visto que as mesmas estão sujeitas a preclusão caso não impugnadas por agravo de instrumento (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 2233). Frente a essa sistemática surge uma in-

dagação: as decisões interlocutórias que não estão no rol do artigo 1.015 do CPC são irrecuráveis? Notório que não. Existe a recorribilidade, não imediata, mas sim com a interposição de recurso próprio.

Todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal, o que há é que algumas decisões (elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC de 2015) são imediatamente atacáveis pelo agravo de instrumento e outras, não elencadas no rol, se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação ou ainda, as contrarrazões de apelação (BARTILOTTI, 2017, p. 178).

Nery e Nery Junior justificam que “o sistema abarca o princípio da irrecurribilidade em separado das interlocutórias como regra”, porém, o problema não se refere a “irrecorribilidade da interlocutória que não se encontra no rol do CPC 1015, mas de recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação” (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 2233). Todas as decisões interlocutórias são recorríveis, mesmo que seja ao final. Porém a impugnabilidade tardia das decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, embora cabível apelação, pode se tornar ineficaz (MEDINA, 2016, p. 1334-1335).

Portanto, constata-se no agravo de instrumento previsto no CPC de 2015, uma característica diferencial, que é a rapidez no seu procedimento. Optou o legislador por limitar a quantidade de matérias que podem ser agravadas imediatamente e diminuir o número de interposição, para que a tramitação seja célere e atinja o grau de efetividade que dele se espera.

Porém, com a entrada em vigor do CPC de 2015, e com a enumeração das hipóteses de cabimento para o recurso de agravo de instrumento, surgiu na doutrina discussões a respeito da natureza do rol do artigo 1.015, dando origem a quatro correntes: a primeira que afirma haver uma taxatividade do rol; a segunda defende que o rol é meramente exemplificativo; a terceira aborda a possibilidade de rol taxativo com interpretação analógica ou extensiva; e a quarta argumenta na possibilidade de taxatividade mitigada.

Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do julgamento dos Recursos Especiais, processados e julgados sob o rito dos recursos repetitivos, números 1696396/MT e 1704520/MT, decidiu chancelando a posição da ministra Nancy Andrihgi, ou seja, pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015 (BRASIL, STJ, 2018, p. 98). Ocorre que, mesmo com a decisão do STJ pela taxatividade mitigada dos recursos especiais repetitivos, percebe-se que ainda há controvérsia quanto ao rol do artigo 1.015 do CPC de 2015, que trata do agravo de instrumento.

II - Da aplicação no processo trabalhista

Cumprе destacar que o agravo de instrumento previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é totalmente diferente do agravo de instrumento previsto no CPC, pois “no processo trabalhista as decisões interlocutórias são, em regra, irrecorríveis de imediato” (CISNEIROS, 2018 p. 345). Assim, conforme leciona Pereira “na hipótese de decisão interlocutória proferida pelo magistrado trabalhista, não é cabível a interposição de recurso imediato ou direto, somente sendo admitida a apreciação de seu merecimento em recurso da decisão definitiva” (2018, p. 773).

O agravo de instrumento encontra respaldo legal no artigo 897, b da CLT, *in verbis*: “Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias: [...] b) de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos”. Ou seja, o recurso de agravo de instrumento no processo trabalhista é cabível contra as decisões que denegarem a interposição de recursos no juízo *a quo*, ou seja, serve apenas para destrancar recurso.

Ainda, segundo Martins Filho possui finalidade de “combater os óbices erigidos pelo despacho denegatório do seguimento do recurso” (2017, p. 429). Após a Lei n. 12.016/09, Lei do Mandado de Segurança, surge outro caso de incidência do agravo de instrumento no processo do trabalho, qual seja, para impugnar decisão de juiz de primeiro grau que

conceder ou denegar liminar em mandado de segurança, em matéria de multas administrativas (MARTINS FILHO, 2017, p. 429-430).

Sendo assim, o agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de oito dias contados da intimação da decisão que denegou o seguimento do recurso interposto, no juízo *a quo*, que exercerá o primeiro juízo de admissibilidade (na prática, não é realizado), acompanhado de suas razões, não podendo ser interposto por simples petição. Também, é necessária a demonstração dos motivos que demandem a alteração do julgado, fundamentando-se de forma eficiente. O agravado será intimado para contrarrazoar o agravo no mesmo prazo, podendo instituir com peças necessárias a sua defesa (CISNEIROS, 2018 p. 347).

Conforme Basile, o agravo de instrumento será dirigido, remetido e após processado “ao Tribunal Regional do Trabalho o agravo de instrumento interposto em face de despacho de juiz do trabalho que denegar seguimento ao recurso ordinário” ao “Tribunal Superior do Trabalho o agravo de instrumento interposto em face de despacho de desembargador do Tribunal Superior do Trabalho que denegar seguimento ao recurso de revista” e ao “Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto em face de despacho de ministro do Tribunal Superior do Trabalho que denegar seguimento ao recurso extraordinário” (2018, p. 72).

Após a análise do relator, “o agravo de instrumento terá julgamento por uma das Turmas do tribunal competente, por intermédio de acórdão, admitindo-se ou não o processamento do recurso principal” (BASILE, 2018, p. 72).

O mesmo não está sujeito ao pagamento de custas processuais no processo de conhecimento, somente na fase de execução trabalhista. Porém, no ato de interposição haverá necessidade do depósito recursal, que deverá ser observado conforme artigo 899, § 7º, o qual correspondente a cinquenta por cento do valor do depósito do recurso que se pretende destrancar e tem de ser comprovado no ato de sua interposição. Ainda, somente caberá depósito recursal quando o recurso denegado

também possuir depósito recursal. Conforme Basile, o depósito recursal nos agravos de instrumento veio “para evitar o caráter protelatório e a eternização da lide” (2018, p. 72).

Caso o agravante esteja enquadrado no rol do § 9º do artigo 899 da CLT, fará o depósito recursal pela metade (vinte e cinco por cento). Ainda, o depósito será dispensado, exclusivamente, nos casos em que a decisão contrariou Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ou Orientação Jurisprudencial. Havendo outros fundamentos, o depósito recursal deverá ocorrer, não se aplicando o princípio da fungibilidade.

Além da comprovação do depósito recursal específico para o agravo, será necessário o traslado das peças essenciais à compreensão da controvérsia, listadas no art. 897, § 5º, da CLT, sendo elas obrigatórias, sob pena de não conhecimento do agravo. Cumpre ressaltar que, as peças não precisam ser autenticadas em cartório, basta que o advogado ou a parte declarem a autenticidade das mesmas. Ainda, podem ser juntadas outras peças reputadas úteis pelo agravante ao deslinde da matéria controvertida (MARTINS FILHO, 2017, p. 430).

A necessidade de juntada das citadas peças se dá a fim de propiciar o Tribunal *ad quem*, caso provido o agravo, o julgamento imediato do recurso trancado, ou seja, será julgado pelo Tribunal que seria o competente para conhecer o recurso cuja interposição foi denegada, possibilitando maior celeridade e eficiência do processo.

O agravo de instrumento será recebido apenas no efeito devolutivo, dessa forma, não haverá suspensão do processo. Ainda, cumpre ressaltar que, admite-se juízo de retratação ou reconsideração previsto no CPC, pelo magistrado que denegou seguimento ao recurso, restando prejudicado o agravo (PEREIRA, 2018, p. 778).

Caso haja retratação, “o ‘recurso trancado’ terá o seu regular processamento, com a intimação da parte contrária para oferecimento de contrarrazões”. Em contrapartida, se não houver retratação, “o agravado será intimado para oferecer resposta ao agravo e ao recurso principal (contraminuta do agravo e contrarrazões do recurso), instruindo-a com

as peças que considerar necessárias ao julgamento de ambos os recursos”. Caso provido o agravo, será deliberado “sobre o julgamento do recurso principal, observando-se, se for o caso, [...], o procedimento relativo a esse recurso” (PEREIRA, 2018, p. 780).

Importante mencionar que agravo interposto do despacho que negar seguimento do recurso para o TST, será processado nos autos do recurso denegado, conforme Resolução Administrativa n. 1.418, de 30 de agosto de 2010 (PEREIRA, 2018, p. 779).

Assim que, para análise da aplicação do instituto no processo trabalhista se faz necessário averiguar os princípios informadores que compõe o sistema especializado do processo trabalhista. Somente assim, pode-se aquilatar a importância do mesmo e inclusive discutir a alteração legislativa para incorporação do mesmo, sob diferentes aspectos no ordenamento jurídico.

III - Dos princípios informadores do processo trabalhista

A sistemática recursal, assim como todo sistema jurídico, deve observar normas, as quais são gênero e vêm acompanhadas de princípios e regras. As normas jurídicas são utilizadas como razão para decidir de forma efetiva e justa, a fim de não trazer prejuízo às partes. Destarte menciona-se a considerável importância que os princípios têm como alicerce de um sistema, servindo como base para a correta compreensão, aplicabilidade e mecanismo de integração.

Antes mesmo de adentrar na temática específica do que sejam princípios e em especial aqueles aplicáveis ao processo do trabalho, torna-se necessário uma prévia introdução da etimologia e significado da palavra. Indispensável o seu conhecimento e sua aplicação, a fim de trazer segurança e harmonia na relação jurídica (BONICIO, 2016, p. 21-25).

Reale, em sua concepção, traz os princípios como sendo “‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento” (2002, p. 330). Já, Alexy define que

[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de sucumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas³ (2002, p.86).

Ainda, pode-se compreender como princípio

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELO, 2004, p. 451).

Assim, no ramo do Direito do Trabalho, onde existe, por excelência, relações dispare - pois via de regra o empregado é a parte mais fraca da relação entabulada - os princípios alçam especial importância. Para Nascimento “os princípios jurídicos são valores que o Direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente seus fins” (2014, p. 119).

Para que a proteção do trabalhador possa ser alcançada, no contexto apresentado, lança-se mão de princípios constitucionais, de ordem geral e que possuem grande aplicabilidade ao ramo da ciência jurídica especializada, assim podemos destacar: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da valorização do trabalho, princípio da igualdade, princípio da autonomia privada, princípio da justiça contratual, princípio da função social do contrato, princípio da boa-fé objetiva, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, dentre outros.

³ Tradução Livre: “[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas”.

O Direito do Trabalho, por sua vez, desde que tornou-se um ramo autônomo dentro da ciência jurídica, incorporou uma série de princípios, podendo-se arrolar: princípio da proteção e suas subdivisões (norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operário*), princípio da indisponibilidade, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da primazia da realidade, princípio da intangibilidade salarial, princípio da autodeterminação coletiva dentre outros.

No entanto, o objetivo do presente artigo é analisar e observar fenômenos relacionados a princípios processuais do trabalho. Assim que, no aspecto processual, pode-se destacar os seguintes princípios: princípio da duração razoável do processo, princípio da celeridade, princípio da eficiência, princípio da economia processual, princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, princípio do devido processo legal, princípio do duplo grau de jurisdição, entre outros.

Porém, como seria extremamente longo discorrer sobre todas essas facetas dos princípios processuais, foca o presente trabalho, na análise de apenas alguns, visto que o processo do trabalho por excelência tem a necessidade de atender demandas muito peculiares, pois a grande maioria dos processos que tramitam no Poder Judiciário trabalhista versam sobre verbas alimentares, fruto de não pagamento por parte do empregador.

Assim que, não serão trabalhados todos os princípios processuais trabalhistas, mas somente aqueles que tem relevância com o tema e o problemas que estão sendo propostos para análise. Primeiramente irá se abordar o princípio da razoabilidade na duração do processo, neste sentido o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal aponta que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Conforme já mencionado, nos conflitos laborais o mesmo ganha destaque a medida em que o trabalhador, via de regra, é a parte mais fraca da relação laboral e necessita que sua demanda - posta a apreciação

do Poder Judiciário - seja solucionada com a maior presteza possível. Neste sentido, a Constituição Federal, ao final de 2004, pela Emenda que tomou o número 45, trouxe profundas alteração no ordenamento jurídico. No que tange a competência da justiça do trabalho, ampliou sobremaneira a possibilidade da justiça especializada - Poder Judiciário Trabalhista - trabalhar na solução de conflito trabalhistas.

No que tange a celeridade processual trouxe então o mecanismo acima disposto. A morosidade no Poder Judiciário, oriunda na grande maioria das vezes pela ausência de funcionários para dar conta da demanda, cria uma sensação de injustiça. Assim, buscou-se a necessidade de se constitucionalizar esse princípio, que é importante para a pacificação social, ainda mais em relações laborais.

Assim “a primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade” (THEODORO JÚNIOR, 2004). Destarte, o Estado, ao impedir que os indivíduos resolvam por si suas próprias lides, avocou o poder para resolver os conflitos sociais, e espera-se que o faça com presteza, dessa maneira:

o Estado chamou para si o monopólio da prestação jurisdicional. Encarregou-se de executar este serviço, público pela própria natureza, franqueando-o a todos os membros da coletividade. Em nosso sistema jurídico, qualquer pessoa pode ter acesso aos serviços do Poder Judiciário. Isto é garantido pelas normas ordinárias processuais e, sobretudo, por princípios constitucionais que protegem os direitos individuais e coletivos (FACHIN, 2003, p. 174)

Assim sendo, importante lembrar o artigo 37, *caput*, da Magna Carta, que prevê entre os princípios inerentes à Administração Pública, o da eficiência, corroborando a ideia acima explicitada. O CPC de 2015, da mesma forma, trouxe a ideia em forma de texto, quando aduz, em seu artigo 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, ganhando novos contornos, a medida me que a resolução do mérito da questão veio atrelado a entrega do bem da vida.

Desse modo, sem sobra de dúvida, o referido princípio é da mais alta relevância quando se trata de realizar a entrega da prestação jurisdicional a contento para o jurisdicionado e a sociedade de forma geral. Da mesma forma, outro princípio que merece atenção especial é o que disciplina a irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do trabalho.

Interessante mencionar que a palavra recurso, por excelência, significa a possibilidade de reexame de alguma decisão - e por óbvio - que seja o feita por autoridade hierarquicamente superior, ou no caso de embargos declaratórios, por quem proferiu a decisão. Assim, o próprio ordenamento jurídico constitucional, quando aborda a questão, traz em seu artigo 5º, a necessidade de se assegurar o contraditório e a ampla defesa. Neste sentido, a CLT disciplina em seu artigo 893 os seguintes recursos, quais sejam: embargos, recurso ordinário, recurso de revista e agravo.

Como o foco do presente trabalho não são todos os recursos, mas somente o de agravo, será abordado exclusivamente este no presente artigo. Como abordado anteriormente, o agravo de instrumento no processo laboral não se presta para recursos de decisões interlocutórias, como no processo civil.

A regra que vige é da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, conforme determina a regra do artigo 893, § 1º, da CLT. A pretensão do legislador é que o processo se torne o mais célere possível, a fim de atender com rapidez e presteza a demanda do trabalhador. Assim, conforme artigo 893: “Das decisões são admissíveis os seguintes recursos: § 1º - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

Assim, as decisões interlocutórias não são passíveis de recurso. Ao advogado, resta lançar mão de protesto (na audiência ou primeiro momento oportuno) sob pena de preclusão, conforme determina o artigo 795 da CLT, ou então interpor mandado de segurança, para proteção de direito líquido e certo. Em caso de se lançar protesto, na interposição do

recurso ordinário deverá arguir em matéria preliminar as decisões interlocutórias devidamente protestadas, e que no seu entender ensejaram prejuízos ou nulidades.

Assim, das decisões interlocutórias não cabe recurso, podendo a parte renovar a questão em preliminar de seu recurso quanto for proferida a sentença. A CLT usa a expressão decisão definitiva, que quer dizer a sentença que julgar a questão. A regra comporta exceção, como previsto na Súmula 214 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), assim:

TST, SÚMULA Nº 214. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE (nova redação) - Res. 127/2005, DJ 14, 15 e 16.03.2005 - Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

A questão que se analisa é a possibilidade de efetivamente o dispositivo estar atendendo o anseios constitucionais, tendo em vista os basilares princípios de acesso à justiça, duplo grau de jurisdição e o devido processo legal, bem como, efetivamente propor a celeridade processual, assim que no próximo tópico analisar-se-á a questão suscitada.

IV - Da Possível Celeridade Processual e a Infringência de Princípios Constitucionais

A vedação da recorribilidade das decisões interlocutórias em nome da celeridade processual sempre é questionada no meio jurídico, isso porque, sabe-se das particularidades do processo laboral, como já explicitado.

Assim “a lentidão da resposta da Justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de

vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça" (THEODORO JÚNIOR, 2004).

No entanto, a manutenção de tal dispositivo no ordenamento jurídico é questionável. Isso porque, como acima discorrido, e, conforme Brito

"o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias se justifica exatamente como meio de acelerar a prestação jurisdicional. Se no caso concreto a aplicação do mencionado princípio contraria a sua própria finalidade (alcançar a solução rápida da lide), nada impede seja ele preterido" (2003).

E, ainda, no mesmo viés a questão constitucional é discutida quando se perquirir a respeito da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, pois é princípio basilar abordado no ordenamento constitucional, elencado no artigo 5º, inciso XXXV, onde estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Assim, que essa previsão coloca nas mãos do Estado a tutela dos conflitos e permite a todos o acesso à justiça.

E, além disso, ainda, determina que essa prestação jurisdicional deverá ser efetiva, adequada e tempestiva. Ainda, para que seja possível atingir a pacificação social, é necessário que a prestação jurisdicional esteja revestida de segurança jurídica, que se define pela "necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social" (ALMEIDA; SOUZA BRITO, 2010, p. 187).

Jobim e Carvalho afirmam que "não se busca apenas a solução (sentença), mas que essa solução seja apresentada de forma tempestiva e efetiva", ou seja, justiça ao caso concreto, visto que, "vive-se em uma sociedade da pressa". Ainda, se busca "um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, que possibilite à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados" (2014, p. 266-268).

Nesse sentido, o processo não é somente um conjunto de normas que disciplinam os atos processuais, mas sim uma possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa, que traga resultados úteis às partes. O processo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de obter uma

sentença justa que decorre da correta aplicação da lei diante do caso concreto apresentado e promove a resolução do conflito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 65), isso revela a efetividade.

Da mesma forma, a medida em que é tolhido o direito de as partes submeterem seu conflito a outra instância e a de imediatamente regularizar algum ato lesivo, o fato é questionado, visto “a possibilidade de as partes submeterem a matéria decidida por um juízo à reapreciação de outro, em regra, hierarquicamente superior” é princípio basilar (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 38).

O princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental e direito individual que decorre do devido processo legal, implicitamente elencado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Tal princípio pode ser trazido à baila, uma vez que, engloba garantias processuais essenciais para o bom andamento do feito e permite a possibilidade do reexame da decisão judicial por outro órgão, em regra, hierarquicamente superior ao primeiro, de modo que a segunda decisão prevaleça sobre a primeira (MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 49-50).

Adota-se esse princípio a fim de evitar erros, vícios ou até mesmo abuso de poder dos juízes nos julgados, o que poderia acontecer se a decisão proferida não estivesse sujeita a revisão por outro órgão do Poder Judiciário. Segundo Porto e Ustároz “a falibilidade humana também acompanha a existência dos juízes, de modo que o duplo grau amenizaria o risco de erro no julgamento final da causa” (2016, p. 51). Dessa forma, surge o princípio como garantia da boa justiça.

Conforme abordado, inaceitável não se questionar a possível não recepção do dispositivo celetista dentro do ordenamento jurídico constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 deixou bastante clara a possibilidade de todo cidadão ter acesso à justiça de toda vez em que se sentir ameaçado ou tiver algum dano em concreto.

Assim, se reportado para o objeto do problema em questão, é sim de se questionar a impossibilidade do operador do direito recorrer de imediato daquilo que lhe prejudica. Se o agravo somente pode ser utilizado naquelas situações previstas, o direito pode estar sendo violado, pois, nesse caso, o operador do direito teria que lançar o protesto e aguardar até julgamento final do processo, para em recurso vir a reclamar direito ultrajado.

Da mesma forma, se a única alternativa, for o ingresso do mandado de segurança, também se questiona: seria o meio mais célere para obter a prestação judicial efetiva, como preceitua a Constituição Federal? Neste sentido é que a discussão sobre a não recorribilidade das decisões interlocutórias está sempre retornando aos bancos acadêmicos e doutrinários, pois, sem sombra de dúvidas, em alguns casos fica o prejuízo da parte que foi lesada por determinação judicial equivocada.

Considerações Finais

A par disso, conclui-se que o atual regime de irreCORribilidade imediata das decisões interlocutórias no Direito do Trabalho promove a efetividade processual. Mas, quando presentes decisões equivocadas, a não recorribilidade imediata traz prejuízos irremediáveis as partes e, dessa forma, o direito e garantia fundamental, insculpidos na Constituição Federal de 1988, são feridos.

Assim, de nada adianta proferir decisões em um menor espaço de tempo, o que possibilita concretizar a duração razoável do processo e alcançar a paz social, se as partes incorrem em danos irreparáveis, o que gera problemas de insatisfação social e frustra os anseios da sociedade com o deficiente acesso à Justiça que o Poder Judiciário hoje proporciona.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, João Alberto de; SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>. Acesso em 01 de maio de 2019.

BARTILOTTI, Alexandre Soares. **Principais inovações do recurso de “agravo de instrumento” no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista Eletrônica Direito e Conhecimento. Arapiraca/ Alagoas: Cesmac Faculdade do Agreste, v.1, n.1, 2017.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Processo do Trabalho: recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações de rito especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 de julho de 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 de julho de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 de julho de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.704.520 – MT**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>. Acesso 15 de julho de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1696396/MT**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>. Acesso 15 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ministro Rider Nogueira de Brito - Decisão: 08/10/2003, RR-693198/2000, 5ª Turma, DJ: 28/11/2003.** Disponível em <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em 27 de julho de 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CISNEIROS, Gustavo. **Processo do trabalho sintetizado.** 2. ed. –São Paulo: MÉTODO, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 3, 13. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FACHIN, Zulmar. **Tipos de atividades jurídicas danosas.** *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 3, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/392/397>. Acesso em 22 julho 2019.

JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. **A disciplina dos agravos no projeto do novo código de processo civil.** Disponível em http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11533/2/A_disciplina_dos_agravos_no_projeto_de_no_vo_Codigo_de_Processo_Civil.pdf. Acesso em 12 de julho de 2019.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho.** 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC. 12.** ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 39. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto Porto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Diário da Justiça Eletrônico.** Disponível em http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=0&ed=4850&pag=1&ult=29&va=9.0. Acesso em 15 de julho de 2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2009, Vol I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.** Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em 28 de julho de 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil-** v.3. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Habeas corpus coletivo 143641 e a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade para a prisão domiciliar de mães encarceradas

*Regina Dreon Miranda*¹

Introdução

Este artigo trata do problema das mães no cárcere, tema que está relacionado ao Direito Processual Penal, mais especificamente à Execução Penal, quanto às medidas de segurança e tratamentos oferecidos pelo sistema prisional brasileiro às gestantes e mães no cárcere além do direito das crianças.

Está plácido que o número de mulheres brasileiras presas aumenta significativamente a cada ano e, devido aos índices e crescimento alcançados, em 2017, o Brasil apresentava o 4^o maior contingente prisional feminino do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 13).

Então, buscando amenizar essa realidade e considerando a importância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e do ser humano, com base no Estatuto da Primeira Infância, de 2016, que, ao alterar o artigo 318 do Código de Processo Penal, permitiu ao juiz converter a prisão preventiva em domiciliar também quando tratar-se de

¹ reginadreonmiranda@yahoo.com.br

gestante e mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, em 20 de fevereiro de 2018, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetrou Habeas Corpus coletivo 143641, a fim de substituir a prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 1).

Em razão disso, este estudo teve como objetivo analisar os impactos trazidos pelo referido HC coletivo na vida prática das mulheres presas e como a prisão domiciliar de gestantes ou mulheres com filhos de até 12 anos, em substituição à prisão privativa de liberdade, pode configurar-se uma alternativa mais adequada para a mulher apenada e oferecer melhores condições de vida e desenvolvimento para seus filhos.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, pois partiu-se de uma formulação geral, buscando as partes do fenômeno, a fim de sustentar tal formulação (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 91).

I - Os índices sobre crescimento, tipo de estabelecimento e regime de prisão de mulheres

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2014, em 14 anos, a população carcerária feminina brasileira cresceu 567,4% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2014, p. 5). E, em 2019, o Brasil ocupa a 4ª posição mundial, entre os doze países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, quando considerado o tamanho absoluto de sua população prisional feminina, revelam os dados atualizados do INFOPEN, com informações reunidas até junho de 2016 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 13).

E a despeito desse aumento espantoso do número de mulheres que são presas anualmente, elas ainda são encarceradas em ambiente masculino, construído por homens, para homens e com poucas adaptações para

elas, agravando ainda mais esse período de privação de liberdade, como salienta Fernandes (2018, p. 2).

Esse cenário contraria o que regula a legislação, posto que, quanto às penas privativas de liberdade impostas às mulheres, prevê o artigo 37 do Código Penal que elas cumprirão pena em estabelecimento próprio, considerando-se os deveres e direitos inerentes a sua condição pessoal. Nesse sentido, o artigo 82 da Lei de Execução Penal, Lei 7210/84, também determina isso.

Todavia, dados quantificados pelo INFOPEN de 2014 sobre os tipos de estabelecimentos prisionais brasileiros mostram que 75% das unidades são destinadas para o público masculino, 17% são estabelecimentos mistos e apenas 7% são estabelecimentos femininos, demonstrando que a maior parte das mulheres está em estruturas mistas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2014, p. 5).

E, mesmo as mulheres que estão em unidades de encarceramento feminino, enfrentam muitos problemas, como a superlotação, a falta de produtos básicos de higiene, a violência de agentes penitenciários, a comida estragada e dificuldade de conseguir uma visita íntima, como mencionado pela jornalista Nana Queiroz (2015, p. 104), autora do livro “Presos que Menstruam”.

Chama a atenção também o fato que 45% das mulheres presas no Brasil em junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas e suspeita-se que esse número pode ser maior ainda, pois há ausência de dados sobre mulheres em carceragens de delegacias (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 19).

Portanto, percebe-se que é bem expressivo o número de mulheres que estão presas aguardando o julgamento, evidenciando a demora no tramite processual, em razão da grande quantidade de casos e da indisponibilidade de juízes. Além disso, fica claro que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão de determinados tipos de crimes, como os ligados ao tráfico de drogas, isto é, crimes praticados sem violência, o que eleva o número de mulheres encarceradas.

No que compete ao regime de prisão, o INFOPEN de 2014 apontou que 63% das mulheres brasileiras são condenadas a penas de até 8 anos, mostrando que a aplicação da pena de prisão é uma medida sancionatória muito utilizada, inclusive para os casos de crimes menos graves, repercutindo nos altos índices de mulheres encarceradas no Brasil (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA, 2014, p. 20).

Já, das mulheres encarceradas no Brasil em junho de 2016, conforme o INFOPEN de 2016, 29% foram condenadas a penas inferiores a 4 anos, porém, apenas 7% cumpriam pena em regime aberto e, dos 41% da população condenada a penas entre 4 e 8 anos, somente 16% do total da população prisional feminina foi contemplada com o regime semiaberto (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 56).

Assim, outra incoerência é relacionada ao regime de prisão, uma vez que o tempo total da pena deve ser determinado com base no artigo 33, § 2º, do Código Penal, o qual prevê que pessoas condenadas a penas superiores a 8 anos devem sempre iniciar o cumprimento da pena em regime fechado; condenados não reincidentes, que foram sentenciados ao cumprimento de penas acima de 4 anos, mas que não excedam 8 anos no total, poderão, desde o início, cumprir pena em regime semiaberto; e condenados não reincidentes, que tenham penas iguais ou inferiores a 4 anos, poderão, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Quanto ao perfil e às condições que levam as mulheres a cometerem crimes e serem presas, dados dos INFOPEN de 2016 destacam que:

Os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontravam no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 53).

Apontamentos de Boiteux et al. (2015, p. 4), acerca dos motivos para a prática do crime, demonstram que a maioria das mulheres

mencionou ser responsável, integral ou parcialmente, pelo sustento do lar e passar por dificuldades financeiras e ver no crime uma forma de ganhar dinheiro para manter seus filhos.

Nessa esteira, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2018, p. 1) apontou que, entre os casais com filhos, o número de mulheres chefes da família passou de 1 milhão, em 2001, para 6,8 milhões, em 2015, uma alta de 551%; e, no caso dos casais sem filhos, o crescimento foi ainda maior, de 339 mil para 3,1 milhões, salto de 822%; e o número de mulheres que vivem sozinhas com seus filhos, sendo responsáveis pelo sustento desses, representa um contingente de 11,6 milhões.

Dutra (2012, p. 10) acrescenta que um fator importante para a incidência das mulheres no envolvimento com o tráfico de drogas é a situação econômica associada ao baixo grau de escolaridade dessas. O comércio de drogas não exige técnica, escolaridade ou idade, surgindo, assim, como uma possibilidade atrativa de auferir renda alta rapidamente sem a necessidade de qualificação.

Salim (2016, p. 4) pontua que essa atividade se mostra atrativa porque não requer força física e pode ser conciliada com as responsabilidades domésticas e da maternidade, podendo ser realizada no próprio domicílio e associada com outras atividades ilegais ou informais.

Ou seja, pode-se perceber a vulnerabilidade e as condições dessas mulheres, que necessitam garantir o sustento da família e dos filhos mesmo sem emprego e dinheiro e, com isso, acabam ingressando no mundo do crime e das drogas. Ademais, cabe mencionar que há também a influência do meio, seja de parentes de primeiro grau, amigos ou companheiros, para que elas ingressem no mundo do crime.

II - A situação das mulheres e das mães dentro do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade humana

A mulher encarcerada paga o seu crime com a prisionização não só da sua liberdade, uma vez que a condição de detida afeta seu estado psíquico, moral e emocional e sua estrutura familiar.

Santos e Medeiros (2017, p. 6) alertam que a questão da infraestrutura é um dos mais graves problemas do sistema carcerário brasileiro. Petra Silvia Pfaller (2018, p. 60), Coordenadora Nacional para a Questão da Mulher Presa da Pastoral Carcerária, visita presídios brasileiros há 22 anos e, no documento *Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa*, denuncia uma série de violações aos direitos humanos das presas, como a falta de assistência jurídica, superlotação, precariedade das celas, recorrentes problemas de pele e ausência de energia elétrica, de material de higiene íntima e de cuidados com a saúde das detentas.

Em relação à saúde, a Lei de Execução Penal regula que os estabelecimentos penais sejam aparelhados e capazes de garantir a atenção básica de saúde a todos os custodiados e, na ausência de estrutura adequada para o atendimento, esses devem ser encaminhados para a rede de saúde pública da localidade próxima ao estabelecimento penal, mediante autorização expressa pela Direção deste.

Todavia, ao retratar a calamidade das cadeias femininas, a jornalista Nana Queiroz (2015, p. 106) observa que essas são escuras, encardidas, superlotadas. Normalmente, por falta de cama para a população carcerária, muitas mulheres dormem no chão, revezando-se para poder esticar as pernas. Os vasos sanitários não têm portas, têm descargas e canos estourados que deixam vazar os cheiros e itens de higiene são usados como moeda de troca das mais valiosas e servem de salário para as presas mais pobres, que trabalham para as outras presas como faxineiras ou cabeleireiras, são ignorados aspectos como menstruação, maternidade, amamentação, cuidados específicos de saúde, doenças femininas como

câncer de mama e de colo de útero, dentre tantas outras especificidades do gênero.

Observa-se também que, pela lei, o tratamento humano e digno e o acompanhamento da gestação, no parto e no pós-parto, deve ser garantido a todas as mulheres. Contudo, tais exigências não são contempladas na realidade dessas mulheres em privação de liberdade, afirmam Santos e Medeiros (2017, p. 28).

Nesse sentido, a pesquisa coordenada por Boiteux et al. (2015, p. 6) constatou a ocorrência de partos em celas ou nos veículos do Serviço de Operações Especializadas e do serviço de transporte de presos da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. E os estudos realizados pela Fiocruz (2017, p. 1) e por Fernandes (2018, p. 1) também comprovam que são comuns os relatos de mulheres que dão à luz algemadas ou de partos nas celas e nas viaturas.

Ainda, é recorrente a falta de acompanhamento pré-natal. De acordo com o estudo da Fiocruz (2017, p. 1), mais da metade das grávidas entrevistadas teve menos consultas de pré-natal do que o recomendado e, para 36% das mães presas, o acesso à assistência pré-natal foi inadequado, 15% afirmaram que, durante o período de hospitalização, sofreram algum tipo de violência, seja verbal, psicológica ou física, e 32% das grávidas presas não fizeram teste de sífilis, sendo que 4,6% das crianças nasceram com a forma congênita da doença.

Segundo a pesquisa de Boiteux et al. (2015, p. 3), 39% das presas estavam grávidas de 6 a 9 meses, 53,7% não receberam atendimento ginecológico, 31,7% necessitavam de medicamentos regulares e 75% não receberam remédios de maneira adequada.

Diante desses dados, importa lembrar que a Constituição Federal de 88, dentre os direitos constitucionalmente previstos, elenca o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana. E é facilmente percebido que a mulher encarcerada é exposta a um ambiente inadequado, com tratamento severo e violador de direitos humanos e, desse modo, o sistema de

justiça criminal no Brasil a pune em duplicidade: com o aprisionamento e com o desrespeito à dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base para os demais princípios constitucionais, pois é por meio dele que são garantidos e preservados os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do respeito e consideração do Estado e da comunidade. O ser humano é detentor de direitos fundamentais que o asseguram contra atos de cunho degradante e desumano e garantem as condições existenciais mínimas para que goze de uma vida saudável (SARLET, 2010, p. 143).

Significa dizer que a dignidade humana deve ser garantida incondicionalmente a todas as pessoas e, dessa forma, o cumprimento da pena privativa de liberdade não pode vulnerá-la (MACEDO, 2014, p. 6).

Então, o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que relativizado, já que não é absoluto, defende um núcleo essencial que deve ser preservado e impõe limites à própria atuação do Estado, que pode punir penalmente o infrator, dele retirando o direito à liberdade, mas deve preservar-lhe os demais direitos e apresentar mecanismos eficazes para a pacificação social, bem como a garantia dos direitos individuais e coletivos.

Em outros termos, o Estado deve garantir que a principal função da pena, que é de ressocializar o condenado, seja de fato contemplada. E, para que esse objetivo seja logrado, deve-se observar e respeitar os direitos humanos e as condições mínimas no atendimento da mulher presa, como estipula a Lei de Execução Penal, no artigo 10 e seguintes, que tratam da Assistência.

Quanto às presas grávidas, na visão de Macedo (2014, p. 10), em que pese já estarem sendo punidas pelo ato ilícito que cometeram, não podem ser também castigadas pela escassa assistência médica, pois essa violação ultrapassa a sua sentença condenatória. Além disso, há de se destacar que o bebê é o principal prejudicado pela ausência de assistência

médica adequada neste período e a saúde é um direito de todos e é dever do Estado prestar este atendimento com a maior dignidade humana possível.

III - O convívio entre mães e filhos em ambiente prisional e o direito ao aleitamento materno

Para Valdirene Daufemback, ex-diretora do Departamento Penitenciário Nacional, a escassez de unidades prisionais femininas resulta na negligência estatal com as presas mulheres, que vai desde a higiene feminina até a não permissão das mães ficarem com seus filhos (RAMOS, 2017, p. 1).

Fernandes (2018, p. 1) corrobora que é recorrente a falta de dormitório especial para grávidas, creches e berçários. E, em casas prisionais que não têm berçário, normalmente, ocorre uma separação, que não é imposta pelo juiz, mas resulta do processo natural do encarceramento.

O levantamento realizado por Sousa (2017, p. 127), sobre a existência de berçários nas Unidades Prisionais femininas nos estados da região Norte do País e quais as providências adotadas por essas unidades no caso de inexistência de berçário, mostrou que, nos Estados do Acre, Amazonas, Amapá, Rondônia e Tocantins, não há berçários e, sim, celas que, até recebem o nome de berçários, mas sequer têm berços. Ademais, foi constatada a prática de transferência das presas grávidas e lactantes para outras unidades prisionais femininas, situadas nas Capitais ou região metropolitana.

A pesquisa da Fiocruz (2017, p. 2) também evidenciou que, na maioria dos estados brasileiros, a mulher grávida é transferida, no terceiro trimestre de gestação, da prisão de origem para unidades prisionais que abrigam mães com filhos, geralmente localizadas nas capitais e regiões metropolitanas.

Embora a transferência das detentas para unidades prisionais distantes da residência de seus familiares tenha o objetivo de disponibilizar

berçários, essa prática não é a mais adequada, porque, normalmente, significa um distanciamento das mães e seus familiares, que, geralmente, fornecem apoio emocional e assistência material. Com isso, muitas mães acabam abrindo mão da permanência de filhos nas unidades prisionais e, dessa forma, tal medida repercute como um desestímulo à permanência de filhos com as mães, colocando em risco os direitos das mães e das crianças, como o da amamentação (SOUSA, 2017, p. 127).

Sendo assim, na visão de Boiteux et al. (2015, p. 1), a situação das mulheres presas configura uma dupla sanção, haja visto que elas carregam o estigma de mulher criminosa e, no caso de grávidas e de mães de filhos pequenos, estas ainda recebem mais uma punição, pois são também privadas da convivência com seus filhos, com todas as consequências sociais que decorrem desse distanciamento.

Em relação aos impactos do afastamento dos filhos e as mães encarceradas, a advogada Luciana Dimas expõe que esses são nocivos não somente para as crianças que estão presas, mas para as que estão fora da prisão e para toda a sociedade (VILLELA, 2017, p. 3).

E, quando não há a transferência de unidade prisional, a permanência, mesmo que provisória, de crianças dentro da prisão, no entendimento de Sousa (2017, p. 127), não se mostra uma medida adequada, posto que essas são submetidas a condições de clausura, insalubridade e inúmeros riscos. A prisão, ainda que possua berçários, não tem condições de receber crianças por impossibilidade de oferecer um ambiente saudável, podendo causar consequências psíquicas, abalos emocionais e instabilidade na saúde física dessas.

Isso porque é notável a importância da presença materna nos primeiros meses de vida de qualquer criança. Em razão disso, a legislação brasileira, apesar de não regular o direito ao vínculo das apenadas com seus filhos nos primeiros meses de vida, por meio de diversas leis, aborda sobre as garantidas e condições adequadas para que o aleitamento materno ocorra.

O aleitamento materno contribui para um saudável desenvolvimento físico, psíquico e emocional da criança e para a prevenção de óbitos infantis, podendo reduzir em 13% as mortes de crianças menores de 5 anos por doenças infecciosas como diarreias e pneumonias (SOUSA, 2017, p. 127).

Nessa seara, há um rol de leis que tutelam os direitos humanos da mulher encarcerada e dos filhos nascidos ou não na prisão, a exemplo da Constituição Federal, que, no artigo 5º, alínea L, regula que as presidiárias terão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; do Estatuto das Crianças e do Adolescente, o qual prevê, mediante artigo 9º, que o Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno; e da Lei de Execução Penal, que, por meio do artigo 83, § 2º, impõe a obrigatoriedade da existência de berçários dentro das unidades prisionais, de forma a garantir o aleitamento materno por, no mínimo, seis meses, e que, pelo artigo 89, regulamenta a existência de creches dentro das unidades para crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos cuja responsável esteja presa (OLIVEIRA; TEIXEIRA, 2014, p. 94).

Além de tal legislação, Sousa (2017, p. 128) menciona dois tratados internacionais, que são impositivos ao Brasil e que tratam especificamente sobre o direito das mulheres na prisão. As Regras de Mandela n. 28 dispõem que as unidades prisionais femininas tenham acomodação especial para as necessidades de cuidado e tratamento pré e pós-natal. Enquanto que as Regras de Bangkok n. 48.1 advertem que mulheres presas não devem ser desestimuladas a amamentar seus filhos, exceto quando houver razões de saúde específicas para tal.

Isto é, o direito ao aleitamento materno é um direito da criança e ofertar meios para que isso ocorra é um dever do Estado, o qual inclusive não pode adotar nenhuma medida que, mesmo indiretamente, sirva de desestímulo às mães em prover esse direito ao filho.

A partir disso, percebe-se que o Estado está sujeito ao cumprimento de obrigações que não se restringem a providências físicas com a unidade prisional que receberá as mães e os lactentes, mas também obrigações negativas, em razão das normas que impõem um não fazer e determinam que não sejam adotadas medidas que repercutam como desestímulo ao aleitamento materno.

Sobre esse aspecto, Pizolotto (2014, p. 13) observa que o ordenamento jurídico brasileiro garante que os infratores somente devem ser privados da sua liberdade, sendo assegurados todos os direitos inerentes à pessoa humana.

Entretanto, a despeito das leis acima citadas e das garantias por elas dadas às mães na prisão, na prática, como demonstraram as pesquisas citadas nesse trabalho, até mesmo, as suas necessidades básicas são ignoradas pelo sistema prisional. E, quando o assunto é a convivência entre mães e filhos, o cenário é ainda mais triste, haja visto que a maioria dos presídios não conta com estrutura que garanta a saúde da gestante e das mães com filhos e o convívio entre eles.

IV - A redação do Habeas Corpus Coletivo 143641 e as exceções à possibilidade de conversão da prisão privativa de liberdade para a prisão domiciliar de gestantes ou mulheres com filhos de até 12 anos

O Relator Ministro Ricardo Lewandowski e os membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetraram em 2018 o Habeas Corpus coletivo – HC 143641, com pedido de medida liminar em favor de todas as mulheres presas preventivamente que estão na condição de gestantes, puérperas ou são mães de crianças sob sua responsabilidade. A decisão inclui ainda as adolescentes apreendidas e as mães de filhos com deficiência.

De acordo com um trecho do relatório, os impetrantes do referido Habeas Corpus entendem que:

A prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 4).

O Defensor Público-Geral Federal, ao argumentar sobre o cabimento do Habeas Corpus coletivo, salientou os impactos do cárcere em recém-nascidos e em suas mães, uma vez que a criança nascida ou criada em presídios fica afastada da vida regular (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 1).

O relator Lewandowski, ao se pronunciar, mencionou o julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o que acontece nas prisões brasileiras com mulheres e mães, evidenciando que há descumprimento sistemático de normas constitucionais relativas ao direito das presas e seus filhos. Também referiu a deficiência do sistema prisional, que força mães e crianças a viverem em situação degradante, privadas de cuidados médicos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 7).

Para o Ministro, é preciso ainda lembrar que a Constituição Federal, por meio do artigo 5º, inciso XLV, proíbe que a pena aplicada prejudique terceiros, não podendo, dessa forma, que essa passe da mãe para os filhos e, pelo artigo 227, estabelece prioridade absoluta na proteção às crianças.

E, nessa toada, sabe-se que as recorrentes situações de violência contra a gestante que cumpre pena privativa de liberdade claramente ultrapassam a pessoa da condenada, podendo trazer graves consequências tanto para a gestante quanto para o bebê.

Com escólio em tais argumentos, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus coletivo 143641 para as presas

gestantes ou com filhos de até 12 anos, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 33).

Portanto, a partir de tal decisão, gestantes, puérperas, mães de crianças de até 12 anos, adolescentes apreendidas e as mães de filhos com deficiência podem ser beneficiadas com a conversão da prisão preventiva para domiciliar desde que respeitadas algumas exceções. E, em caso de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso.

Segundo o artigo 318-A, há três exceções para a conversão da prisão preventiva para domiciliar: crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça; crimes perpetrados contra os próprios descendentes ou situações excepcionalíssimas, que devem ser verificadas caso a caso.

É oportuno lembrar que a forma como essas mulheres se envolvem no tráfico de drogas, na maioria dos casos, não inclui violência por parte delas (PIZOLOTTO, 2014, p. 20). Para Valdirene Daufemback, o aumento do contingente feminino preso por associação ao tráfico se dá porque as mulheres estão em ambientes de comercialização de drogas e são enquadradas como parte da quadrilha, mesmo sem exercem atividades de gerência do tráfico, visto que normalmente estão no transporte de drogas, ocupando uma posição coadjuvante no crime (RAMOS, 2017, p. 1).

Observa-se também que, às vezes, são usadas como “bois de piranha”, sendo denunciadas e presas enquanto quantidades maiores de drogas são transportadas por homens com *status* maior no grupo criminoso, destaca Raquel da Cruz Lima, coordenadora de pesquisa do Programa Justiça Sem Muros do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2017, p. 82).

Ainda, muitas mulheres guardam em casa pacotes e malas a pedido de seus companheiros, filhos e parentes, sem saber o que estão guardando ou o fazem sob coerção e ameaça a seus familiares. E, não raro, são denunciadas pelo próprio grupo para desviar a atenção das autoridades e, por não fazerem parte da cúpula das organizações, não conhecem

informações importantes que poderiam diminuir suas penas caso resolvessem relatar às autoridades (ANGOTTI, 2016, p. 17).

Nesse diapasão, Cunha (2017, p. 4) entende que, apesar do propósito válido, a Lei n. 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, com o objetivo do combate às drogas, deixa a desejar, pois, sob a alegação de reprimir o tráfico, tem contribuído para lotar de mulheres as prisões, sem pensar em ressocialização ou em penas alternativas.

Santos e Medeiros (2017, p. 2) referem que o aumento do número de mulheres no sistema prisional tem relação com o endurecimento das penas para o tráfico ilícito de entorpecentes, respaldado pela Lei das Drogas, já que é preponderante o percentual de mulheres que ingressa no sistema prisional por enquadramento no crime de tráfico de drogas.

Por isso, Pizolotto (2014, p. 21) confirma que o sistema punitivo de repressão às drogas não vem logrando êxito, haja visto que a criminalização dessas mulheres praticamente não afeta a cadeia do tráfico, pois, tão cedo essas são postas na prisão, já são substituídas e as organizações criminosas seguem intactas.

Sendo assim, na visão de Santos e Medeiros (2017, p. 2), não basta que o legislativo busque atender aos anseios da população que clama por menos impunidade, através do aumento das penas de crimes; é importante que sejam identificados os principais gatilhos que levam as mulheres à criminalidade, a fim de neutralizá-los por meio de um trabalho que vise reduzir a população carcerária e a reincidência de crimes.

Ademais, quanto aos critérios de análise aplicados durante o flagrante, não existe crivo objetivo na lei para determinar tráfico ou uso pessoal. Não há previsão de, por exemplo, quantos gramas de droga separa o traficante do usuário. Após o primeiro filtro, que é feito pela polícia, cada juiz faz sua análise pessoal do caso, sem nenhum parâmetro definido, o que pode resultar no aumento das penas para as mulheres envolvidas com drogas (CUNHA, 2017, p. 4).

Nessa linha, Petra Silvia Pfaller afirma que o poder judiciário é arcaico e vingativo, uma vez que, em se tratando de mulheres, o moralismo é um fator bastante presente, porque os juízes costumam endurecer as penas quando é julgamento de mulheres (CUNHA, 2017, p. 9). Daufemback reforça que o judiciário brasileiro é bastante refém do recurso punitivista social-midiático, deixando de lado o foco na garantia do devido processo legal e da comprovação das provas (RAMOS, 2017, p. 1).

Dessa forma, de acordo com Rashida Manjoo, a guerra contra as drogas tem provocado violações dos direitos humanos das mulheres encarceradas, que, por não representarem uma ameaça para a sociedade de uma forma geral, poderiam perfeitamente usufruir da adoção de medidas alternativas à prisão, como forma de coibir os delitos cometidos por elas (COLPANI; VILARRUBIA, 2016, p. 124).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, que reúne magistrados, defensores e promotores públicos e membros da Academia e da sociedade civil, ainda em 2013, foi favorável à adoção de penas alternativas para as mulheres usadas como mulas pelo narcotráfico ou vítimas da coação de companheiros e familiares encarcerados para entrar com entorpecentes em unidades prisionais (PIZOLOTTO, 2014, p. 35).

Conforme Lema (2011, p. 59), o encarceramento mostrou que não atende ao objetivo de ressocializar e também não serve para diminuir o crime e a violência. Desse modo, deveriam ser adotadas as penas alternativas previstas na legislação brasileira, ao invés de se continuar aumentando as penas privativas de liberdade, o que não significa deixar de punir aquelas que cometem crimes e, sim, aplicar penas condizentes com a gravidade de seus crimes.

No entendimento de Marilene da Silva João, assistente social que trabalha com mulheres presas, uma das soluções para resolver esse problema seria soltar as presas provisórias com filhos, já que a maior parte delas cometeu crimes considerados de baixa periculosidade (VILLELA, 2017, p. 3).

Porquanto, para a Juíza de Direito da Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas de Manaus, Telma de Verçosa Roessing, o Executivo deve criar serviços públicos voltados à pena alternativa, pois essa modalidade permite às condenadas se manter ao lado dos filhos e parentes, pode facilitar sua inserção em políticas públicas de inclusão social e trazer respostas eficazes às penas restritivas de direito (PIZOLLOTO, 2014, p. 35).

E, com base nesses argumentos e no Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, o juiz pode recomendar a prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva de gestantes, puérperas, mães de crianças de até 12 anos, adolescentes apreendidas e mães de filhos com deficiência, desde que elas não tenham cometido violência ou grave ameaça e crimes contra os próprios descendentes, como visto no decorrer deste artigo.

Além disso, importa destacar que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Então, nas palavras de Gilmar Mendes (2018, p. 3), o referido HC coletivo impacta não somente na situação das mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que estejam na condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, mas também na situação das próprias crianças.

E, ainda como vantagens da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de gestantes presas ou mães com filhos de até 12 anos, cita-se a redução considerável da superlotação de detentas e, com isso, do tratamento desumano, cruel e degradante, melhorando as condições de vida das presas que permanecerem no sistema prisional. Também se cumprirá o direito fundamental das crianças ao aleitamento materno, uma vez que, dentro do sistema prisional, não são oferecidas condições adequadas para que essa prática aconteça. Haverá mais convívio das mães com seus filhos, amenizando as consequências sociais que decorrem desse distanciamento e a dor vivida por essas mulheres, e as mulheres grávidas terão acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-

parto, garantindo condições mais adequadas ao desenvolvimento dos bebês e fazendo valer o princípio da dignidade humana de mães e filhos.

Considerações Finais

O aumento significativo do encarceramento feminino nos últimos anos trouxe à luz muitos problemas enfrentados pelas unidades prisionais, assim como revelou a limitação do Estado diante da situação precária que vive o sistema prisional brasileiro, que ainda é direcionado ao público masculino e desconsidera as necessidades das mulheres, que sofrem diariamente com problemas como violência no cárcere, falta de produtos de higiene, entre outros.

A partir desse contexto, esse estudo encontrou justificativa à medida que tratou de um tema de grande relevância social, que é o aumento do número de mulheres presas, a superlotação dos presídios e, acima de tudo, a violação dos direitos humanos, como o da dignidade da pessoa humana, que as mulheres grávidas e mães sofrem nas cadeias em razão das condições a que são submetidas, como a falta de celas adequadas, berçários e creches. Condições essas que acabam violando outro direito fundamental das crianças nascidas ou não na prisão que é o aleitamento materno, garantindo constitucionalmente e tão importante para o desenvolvimento nutricional e emocional, uma vez que a amamentação cria um vínculo muito forte entre mãe e filho, o qual deve ser preservado.

Por meio das pesquisas aqui apresentadas, ficou plácido que, devido à situação precária e sub-humana das prisões, que contam com instalações físicas insalubres e inadequadas para o atendimento das necessidades condizentes com o gênero feminino e menos ainda de parturientes, não oferecem meios para a permanência, ainda que temporária, de filhos de mulheres presas e para o desenvolvimento sadio desse.

Além disso, observou-se a necessidade de criação de formas de sanções às mulheres infratoras que sejam alternativas à prisão comum, uma

vez que a reclusão atinge as famílias e os filhos dessas presas, agravando os problemas sociais inerentes à pena privativa de liberdade.

Ademais, há que se pensar em um sistema mais dinâmico e equitativo, que busque coibir a comercialização de entorpecentes através de medidas repressoras, mas que priorize também penas alternativas e que possibilitem aos agentes infratores a reinserção ao convívio social.

Também constatou-se que, embora a maior parte das mulheres presas esteja envolvida com o tráfico de drogas, essa atividade não é exercida mediante violência ou grave ameaça e tampouco trata-se de crime perpetrado contra os próprios descendentes, situações que configuram as exceções para a conversão da prisão preventiva para domiciliar, conforme dispõe o artigo 318-A do Código de Processo Penal.

Portanto, como vantagens da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de gestantes presas ou mães com filhos de até 12 anos, espera-se que diminua consideravelmente a superlotação de detentas, melhorem as condições de vida das mulheres que puderem usufruir dessa licença provisória e também das presas que permanecerem no sistema prisional, fazendo-se valer o princípio da dignidade humana e os direitos das crianças.

Então, o referido habeas corpus coletivo tem se mostrado uma possibilidade plausível para garantir a grupos sociais mais vulneráveis acesso à justiça e salvaguardar a liberdade, que é um dos mais preciosos bens do ser humano. Além disso, propõe-se a dar maior efetividade à tutela de direitos fundamentais das mães e gestantes e às garantias constitucionalmente asseguradas a seus filhos.

Por fim, destaca-se que, para além de possibilitar a conversão da prisão preventiva para domiciliar em caso de gestantes ou mulheres com filhos de até 12 anos, tendo em visto os benefícios dessa prática, importa que sejam criadas políticas públicas capazes de diminuir o problema do tráfico de drogas por mulheres e que essas sejam inseridas na sociedade mediante a ressocialização e qualificação profissional, já que elas precisam de oportunidades para prover o sustento de suas famílias e garantir a independência financeira, o que deve ocorrer por práticas lícitas.

Referências

- ANGOTTI, Bruna. O encarceramento feminino como ampliação da violação de direitos. **Série especial: prisões, a barbárie contemporânea**, ed. 101, 2015.
- BOITEUX, Luciana et al. **Mulheres e crianças encarceradas**: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://filesserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- BRASIL. (1940). **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BRASIL. (1941). **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- BRASIL. (1984). **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- BRASIL. (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BRASIL. (2009). **Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- BRASIL. (2009). **Lei n. 12.121, de 15 de dezembro de 2009**. Acrescenta o § 3º ao art. 83 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, determinando que os estabelecimentos penais destinados às mulheres tenham por efetivo de segurança interna somente agentes do sexo feminino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12121.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. (2016). **Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>.

Acesso em: 15 mar. 2018.

COLPANI, Bruna Zampieri; VILARRUBIA, Raphaella Cinquetti. O universo prisional feminino: as possibilidades da reinserção social com a efetivação da segurança, paz e ordem social. In: CACHICHI, R. C. D. et al. **Coleção direito e paz: resumos expandidos**. Curitiba: Instituto Memória, 2016. p. 118-126.

CUNHA, Fernanda. **Além das grades: uma leitura do sistema prisional feminino no Brasil**. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br_a_23030605/>. Acesso em: 7 jul. 2018.

DUTRA, Thaise Concolato. **A criminalidade feminina com relação ao tráfico de drogas, frente à Lei 11.343/061**. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/thaise_dutra.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

FERNANDES, Máira. **Com prisão domiciliar para grávidas e mães, STF protege crianças do encarceramento**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/maira-fernandes-prisao-domiciliar-maes-stf-protege-criancas>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

FIOCRUZ. **Nascer nas prisões: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Disponível em: <<https://agencia.fiocruz.br/nascer-nas-prisesoes-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Famílias chefiadas por mulheres**. 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=224390&view=detalhes>>. Acesso em: 8 out. 2018.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheresemprisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres**. 2017. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-itcc-relatorio-mulheres-em-prisao-2017.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEMA, Vanessa Maciel. **Do outro lado do muro**: a crise de eficácia dos direitos das detentas do Presídio Feminino de Florianópolis. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, Florianópolis, 2011.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. Direito constitucional à dignidade e à cidadania e as violações aos direitos das presas gestantes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina ano 19, n. 4130, 22 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33040>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

MENDES, Gilmar. **Maternidade livre, direitos efetivados** – o habeas corpus coletivo 143.641. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>>. Acesso em: 1 mai. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen mulheres 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 1 abri. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen mulheres 2016**. 2. ed. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

OLIVEIRA, Emilene Figueiredo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. O direito fundamental das presidiárias e seus filhos ao aleitamento materno. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 11, n. 11, 2014.

PIZOLOTTO, Letícia Costa. **A lei 11.343/2006 e o aumento de mulheres encarceradas**. 44 f. 2014. Trabalho de Conclusão do Curso (Graduação em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, Beatriz Dragage. **Com 42 mil presas, Brasil tem a 4ª maior população carcerária feminina**. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/>

sociedade/com-42-mil-presas-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-feminina>. Acesso em: 10 out. 2018.

SALIM, Bruna. **As razões do encarceramento feminino**. Disponível em: <https://brunasalim.jusbrasil.com.br/artigos/400528388/as-razoes-do-encarceramento-feminino?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jun. 2018.

SANTOS, Roberta Fernandes; MEDEIROS, Maria Elisa de Souza. Relatório sobre encarceramento feminino. **41 Encontro Anual da ANPOCS**, de 23 a 27 de outubro de 2017, Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/spg-4/spg13-4/10972-relatorios-sobre-encarceramento-feminino/file>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010.

SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. Mães no cárcere, filhos sem berço: a ausência de berçários dentro das unidades prisionais femininas em estados da região norte. **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI SÃO LUÍS**, Maranhão, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. 20/02/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 8 mai. 2018.

VILLELA, Flávia. **Grávidas são privadas de direitos em presídios**. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-06/gravidas-sao-privadas-de-direitos-em-presidios-segundo-estudo-da>>. Acesso em

As relações virtuais de consumo: o comércio eletrônico e a proteção do consumidor

*Leticia Spagnollo*¹

*Nadya Regina Gusella Tonial*²

Introdução

O surgimento da internet promoveu uma revolução na comunicação e na troca de informações, tornando-as cada vez mais rápidas e acessíveis. Tal fator, por sua vez, desencadeou o aparecimento de uma nova realidade social, a qual repercutiu fortemente nas relações comerciais, proporcionando um novo modo de aquisição de produtos e serviços, através do âmbito virtual, denominado comércio eletrônico.

Verifica-se que embora os elementos da relação jurídica de consumo virtual – comércio eletrônico - sejam os mesmos que a presencial, os meios e as formas de contratação são diversos, o que exige uma maior proteção do consumidor. A par disso, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, foi concebido para ser efetivo nas relações de consumo realizadas presencialmente, visto sua promulgação no ano de 1990. Logo, ainda que aplicado analogicamente para a solução de litígios oriundos do meio virtual, apresenta inúmeras lacunas, principalmente, no que tange à responsabilidade civil, proteção à confiança e segurança para as partes.

¹ leticiaspagnollo.@gmail.com

² nadyatonial@gmail.com

Nesse sentido, o presente trabalho possui um duplo objetivo: inicialmente compreender o comércio eletrônico, seja na sua configuração, seja na sua realidade de existência, por meio de dados coletados em pesquisa realizada junto aos acadêmicos do Campus Casca da Universidade de Passo Fundo (UPF). Bem como, refletir a respeito da necessidade de uma legislação específica que atenda a demanda do comércio virtual e possa trazer uma efetiva proteção ao consumidor que realiza contratos pela internet.

I - Comércio eletrônico: noção e realidade de existência

No atual contexto social é impossível imaginar pessoas que não possuam algum meio de comunicação, seja ele *smartphone*, *tablet*, notebook entre outros que estão em constante criação. Assim, com o advento da internet e o surgimento de novas tecnologias, as comunicações tornaram-se mais fáceis e rápidas. Visitar sites de todas as espécies de produtos, comparar preços ou até mesmo estudar *on-line*, em qualquer horário e sem sair de casa, gerou uma grande comodidade aos consumidores, que cada dia mais aderem a este meio de consumo.

O surgimento do comércio eletrônico é uma realidade advinda do desenvolvimento da internet que modificou o modelo tradicional de se realizar negócios. Segundo Teixeira “o comércio eletrônico nada mais é do que uma extensão do comércio convencional, que existe há milênios”. O acesso às redes, que se ampliou gradativamente como passar dos anos, fez com que os profissionais comerciantes passassem a investir mais nessa modalidade, divulgando e expondo seus produtos e serviços no meio virtual e isso, conseqüentemente, aumentou a oferta e a procura destes (2015, p. 26-27).

Logo, o que até então era feito no papel, por escrito e presencialmente, passou a ser virtual. Com a expansão da internet e dos meios de comunicação de rede descobriu-se que contratar virtualmente é mais fácil, acessível, econômico e sem limitações. Desse modo, em razão de

suas atrativas características, o comércio eletrônico cresceu vertiginosamente nos últimos anos e vem tomando o lugar do comércio convencional (TEIXEIRA, 2015, p. 31-32).

Destaca-se a grande influência gerada pela publicidade nas relações de consumo virtuais. Salgarelli frisa que a publicidade é considerada o fator determinante no momento de o consumidor realizar sua compra através da internet. As cores vibrantes, os anúncios atrativos, somados muitas vezes a valores e condições diversas das lojas físicas, sem dúvidas influenciam o cliente a efetivar as compras, por vezes até desnecessárias (2010, p. 94).

Nessa linha, o comércio virtual mantém a presença dos três elementos caracterizadores da relação de consumo - consumidor, fornecedor, produto ou serviço - e tão somente altera o meio e a forma da contratação, visto que as partes permanecem íntegras. Logo, caracterizada a relação de consumo, torna-se aplicável o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Contudo, faz-se necessário mencionar sobre a sua efetividade, visto que as tratativas elencadas no CDC referem-se às relações de consumo realizadas fisicamente, com partes presentes ou, ainda que ausentes, seja possível sua localização para o acerto do negócio. Com isso, nas relações de consumo virtual a efetividade da proteção fica mitigada (FINKELSTEIN, 2011, p. 224).

São diversas as definições dadas ao comércio eletrônico, e todas buscam conceitua-lo em razão dos meios e formas pelo qual ele se efetiva, tendo em vista que é uma nova forma de contratação que se realiza através da rede mundial de computadores, a internet.

Segundo Lorenzetti, o comércio eletrônico é uma modalidade de compra e venda efetuada à distância, caracterizada através da compra de produtos ou serviços por meio de equipamentos eletrônicos que transmitem e recebem informações. Em outras palavras, o comércio eletrônico define-se pela comercialização de bens e ou serviços através do processamento e transmissão eletrônicos de dados (2004, p. 91).

Já Marques, entende que o comércio eletrônico pode ser definido de duas maneiras, sendo ela estrita ou ampla. No sentido estrito define o comércio eletrônico como uma forma de contratação à distância ou sem a exigência do requisito presencialidade para a compra de produtos ou serviços através das redes de comunicação. Enquanto, no sentido amplo compreende como comércio eletrônico todas as formas de negociações ou troca de informações mercantis visando à comercialização através do meio virtual, incluindo as prévias e posteriores à compra, venda ou contratação (2004, p. 38).

Para Teixeira, o comércio eletrônico

representa parte do presente e do futuro do comércio. Existem várias oportunidades de negócios espalhadas pela internet, além de muitas que são criadas em todo momento. É bem provável que uma pesquisa de preços na internet traga não só o menor preço, como também melhores opções de bens. E, apesar do gargalo representado pelo “analfabetismo digital” de uma grande parcela da população, o e-commerce já desponta junto a uma geração que nasceu com o computador “no colo” ou “nas mãos”. O crescimento do número de internautas na última década é espantoso (2015, p.19).

Já para Coelho, o comércio eletrônico representa “a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual”. Explica que “a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio inter-náutico) ou fora dela” (2012, p. 32).

Segundo entendimento de Andrade, o contrato realizado através do meio eletrônico é o “negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica”. Outrossim, afirma que os contratos eletrônicos “não têm um perfil ou natureza jurídica distinta da dos contratos em geral”, mas sim, é apenas um “novo e atual meio de se efetivar um contrato, cuja instrumentação pode ser aportada em mídia eletrônica” (2004, p.31).

Com isso, percebe-se que as grandes vantagens do comércio eletrônico “são a diminuição das distâncias, permitindo o comércio de forma globalizada (sem fronteiras), a diluição de barreiras alfandegárias (ausência de tributação) e a comodidade que oferece aos consumidores” (MARTINS; MACEDO, 2002, p. 16).

Em relação à formação do contrato eletrônico, explica Andrade que não é diferente dos demais contratos e se dá

como todo negócio jurídico, ou seja, pela convergência da manifestação de vontade entre as partes. A única distinção reside na maneira como a vontade é manifestada, uma vez que no contato eletrônico a vontade dos contratantes é exteriorizada por meio de um instrumento tecnológico de informática e transmitida de um computador a outro, de modo que a vontade de contratar, tanto do peticitante – quem faz a proposta de contratar – como do oblato – a quem é dirigida a proposta de contratar -, não é transmitida diretamente à outra parte contratante, mas para um computador (2004, p. 32).

O contrato eletrônico pode ser efetivado tanto com partes presentes, quanto com partes ausentes. Entende-se como contrato eletrônico celebrado entre presentes quando este ocorrer *on line*, ou seja, “quando os computadores do proponente e do ofertado ou oblato estiverem ligados e fisicamente conectados um ao outro por uma linha telemática”. Logo, entende-se por contrato eletrônico entre presentes quando ele se forma no exato momento em que o cliente manifesta a sua aceitação pela oferta, ou seja, há uma comunicação simultânea e instantânea entre as partes (ANDRADE, 2004, p. 39).

Contrato eletrônico entre ausentes, por sua vez, entende-se como o contrato que não for efetivado de maneira online. Isso ocorre quando o “computador do oblato estiver *off line*, isto é, não conectado à rede de computadores na qual está conectado ao computador do ofertante ou peticitante”. Logo, “a inexistência de conexão simultânea não permite ao oblato conhecer imediatamente a proposta do peticitante e tampouco a imediata transmissão de sua eventual aceitação, estando, portanto, per-

feitamente caracterizada a situação de ausência, tratando-se na hipótese de contrato entre ausentes (ANDRADE, 2004, p. 43-44).

Explica Solomon que “muitas empresas estão perdendo o sono com a preocupação de que o comércio eletrônico substitua o varejo tradicional, funcione em sintonia com ele ou talvez se dissipe e se torne mais um modismo do qual nossos filhos vão rir algum dia”. Afirma que o modelo tradicional de comprar não vai se extinguir tão facilmente, mas compreende que as lojas físicas necessitam de mais esforço para oferecer aos consumidores algo que não seja possível ser encontrado no meio virtual, como por exemplo, um ambiente estimulante e agradável (2016, p. 360-362).

Com o intuito de melhor elucidar os dados referentes ao crescimento expressivo do comércio eletrônico, bem como elencar os principais problemas encontrados nessa modalidade de consumo, procedeu-se na realização de uma pesquisa de campo. Primeiramente foi elaborado um questionário com perguntas referentes à realização de compras no ambiente virtual, o qual foi aplicado aos acadêmicos do Campus Casca da Universidade de Passo Fundo, buscando compreender a realidade de existência do comércio eletrônico. Posteriormente, foram tabulados e analisados os mencionados dados.

O questionário da pesquisa de campo foi composto por nove perguntas, com o objetivo de levantar estatísticas sobre a utilização das compras pela internet. Aliado a isso, buscou-se através deste questionário, analisar o posicionamento e a experiência de compra dos acadêmicos no ambiente virtual, dando ênfase aos fatores vantajosos ou não dessa modalidade de consumo, bem como aos desafios para os usuários e empresas. A aplicação do mesmo aconteceu mediante autorização da Direção do Campus Casca da Universidade de Passo Fundo, em um dia pré-determinado, com os acadêmicos que possuíam matrícula naquela noite.

O público alvo da pesquisa foi limitado aos acadêmicos matriculados nos cursos de graduação de Direito, Ciências Contábeis, Administração,

Análise e Desenvolvimento de Sistemas e Gestão Comercial, bem como do curso de Técnico em Enfermagem, junto ao campus Casca da Universidade de Passo Fundo, em um dos dias letivos da semana, apontando estudantes matriculados. Um total de trezentos e vinte e um (321) alunos responderam às perguntas, ou seja, 75%. Destes, duzentos e vinte e nove (229) do sexo feminino (71,34%) e noventa e dois (92) do sexo masculino (28,66%), com idades entre dezesseis (16) e cinquenta e seis (56) anos.

Logo, analisou-se que do total de alunos entrevistados, apenas nove (09) nunca comparam virtualmente, enquanto trezentos e doze (312) já efetivaram suas compras através dessa modalidade de consumo, ou seja, 97,19% dos entrevistados já aderiram alguma ou algumas vezes ao comércio eletrônico.

Quanto ao grau de confiança depositado nos sites e lojas na hora da efetivação das compras, verificou-se que cento e sessenta e oito (168) dos alunos definiram-no como médio, enquanto seis (6) como nenhum, quinze (15) como baixo, cento e dez (110) como alto e apenas vinte e dois (22) como pleno. Tal resultado revela a importância do comércio eletrônico e demonstra que efetivamente a legislação em vigência apresenta lacunas na proteção do consumidor, visto que o nível de confiança dos usuários não se encontra totalmente satisfeito.

Ainda, identificou-se que cento e setenta (170) dos entrevistados aderiram ao pagamento das compras através de boleto bancário, enquanto cento e cinquenta e quatro (154) utilizaram como forma de pagamento o cartão de crédito, sete (07) o cartão de débito e dois (02) o cartão virtual da loja escolhida. Assim, verificou-se que a preferência pelo pagamento através de boleto bancário é superior ao cartão de crédito, pois muitos consumidores não se sentem seguros em lançar seus dados bancários na rede, sem saber, ao certo, quem se encontra do outro lado do monitor. Outrossim, gerar pagamento através de boleto é uma ferramenta rápida se comparada ao preenchimento de uma série de dados para o adimplemento da compra por meio do cartão bancário.

Através das referidas perguntas, tornou-se possível analisar, também, que do total de alunos que já compraram virtualmente, duzentos e dois (202) não fizeram a avaliação do site após a efetivação das compras, enquanto apenas cento e dezenove (119) fazem. Através dessas respostas verificou-se que as notas e escores apresentadas pelas lojas, nos sites, não demonstram, necessariamente, a satisfação de todos os clientes. Ou seja, a avaliação que a loja apresenta sobre determinado produto pode não condizer com a real satisfação do destinatário, tendo em vista que menos de 38% dos usuários entrevistados retornam ao site, após a compra, para fazer a avaliação.

Outra questão revelou que a preferência pela realização de compras em sites de origem nacional é maior do que em sites internacionais, tendo em vista que duzentos (200) alunos escolheram essa opção, enquanto cento e onze (111) definiram sua preferência como por qualquer um deles. Logo, tais números demonstram que, embora a oferta, muitas vezes, seja melhor em sites internacionais, a preferência pelas compras acaba sendo por lojas nacionais.

Analisou-se que, do total de estudantes que já aderiram ao meio virtual para a efetivação de suas compras, cento e vinte (120) já tiveram problemas com os produtos ou serviços ofertados, e, destes, cento e cinquenta e sete (157) foram compensados pelos prejuízos sofridos, enquanto cinquenta e três (53) não obtiveram ressarcimento.

Paralelo a isso, questionou-se o mesmo problema em relação às compras efetivadas em lojas não virtuais, momento em que foi possível analisar que duzentos e dez (210) dos consumidores entrevistados já tiveram problemas nos produtos adquiridos, e destes, cento e cinquenta e sete (157) foram compensados. Tais resultados demonstram que a dificuldade na compensação de compras efetivadas no meio virtual é maior que a de compras em lojas não virtuais, visto que 74,76% das pessoas que sofreram danos com produtos adquiridos em lojas não virtuais foram compensadas, enquanto, apenas 68% dos consumidores de compras virtuais foram compensados.

Quanto às categorias de preferência em compras virtuais, foram apresentados dezesseis itens, destacando-se destes os cinco mais apontados pelos acadêmicos, sendo eles: duzentos e um (201) dos entrevistados informaram que preferem comprar virtualmente itens relacionados à moda e acessórios; cento e oitenta e quatro (184) livros e papelaria; cento e setenta (170) equipamentos eletrônicos e celulares; cento e quarenta e seis (146) joias e relógios e, cento e trinta e sete (137) equipamentos de informática e acessórios.

Ainda, foram listados oito itens relacionados às compras virtuais, a fim de serem avaliados com números de 0 a 5, os quais possuíam a seguinte legenda: 0 – não saberia informar; 1 – péssimo, 2 – ruim, 3 – médio, 4 – bom e 5 – excelente. No que tange à facilidade na realização das compras no ambiente virtual, destaca-se que duzentos e dezessete (217) dos alunos avaliaram como bom ou excelente, enquanto cinquenta e um (51) optaram pelas demais legendas apresentadas, ou seja, 80% dos entrevistados consideraram fácil a realização de compras virtuais. Logo, tal resultado apontou uma característica intrínseca da pós-modernidade que é o domínio dos meios eletrônicos sobre a vida social, incluindo, fortemente, o consumo, em que tudo é instantâneo e pode ser realizado através de um clique.

Em relação à facilidade de trocar produtos defeituosos, analisou-se que apenas sessenta e oito (68) dos entrevistados avaliaram como bom ou excelente, enquanto cento e setenta (170) alunos definiram esse item como péssimo, ruim ou médio. Quanto à facilidade na forma de pagamento e parcelamento, verificou-se que trezentos e noventa e oito (398) alunos definiram como bom ou excelente e apenas oitenta e sete (87) escolheram outra legenda.

Acerca da facilidade de atendimento dos clientes, denota-se que cento e vinte e um (121) alunos avaliaram como excelente ou bom e cento e quarenta e um (141) como péssimo, ruim ou médio. Em relação à confiança e segurança nos sites e lojas, cento e vinte e um (121) acadêmicos entenderam como médio e cento e trinta e oito (138) como bom.

Por fim, no tocante à agilidade na entrega dos produtos, este item obteve resultado bom ou excelente de cento e quarenta e dois (142) alunos e noventa e sete (97) com as demais legendas.

Os dados levantados vão de encontro ao entendimento de Finkelstein, o qual afirma que essa modalidade de consumo não tomou espaço maior, devido ao sistema, ainda, ser falho. Isso porque, a desconfiança por parte do consumidor em face do fornecedor e do produto também é considerada uma barreira a ser superada. Para tanto, a melhoria e a adequação da legislação vigente torna-se uma necessidade, tendo em vista que o ordenamento em vigor é considerado deficiente para determinados casos (2011, p. 42).

Logo, através dos dados levantados, possível se fez analisar o crescimento expressivo do comércio eletrônico, dentro da realidade local retratada. Observou-se, ainda, que embora a facilidade na realização da compra seja quase unânime, a insegurança e a confiabilidade não são integrais. Logo, entende-se que, mesmo que o usuário não esteja tão confiante e seguro em concluir sua compra pela internet, a facilidade em realizá-la é atrativa e compensa.

II - As fragilidades na proteção do consumidor no comércio eletrônico

O aumento das compras virtuais é expressivo, se intensifica cada vez mais e, conseqüentemente, surgem problemas e fragilidades na proteção dos consumidores no comércio eletrônico. Diante disso, verifica-se que a legislação vigente apresenta inúmeras lacunas quando se trata da resolução de conflitos decorrentes de compras virtuais, em especial, o consumidor, que já é considerado presumidamente vulnerável, tem sua condição agravada.

Isso porque, os contratos realizados virtualmente, que são de adesão, não proporcionam qualquer segurança aos consumidores, que, na maioria das vezes sequer realizam a leitura dos termos propostos e já

aceitam, sem saber o teor da contratação. Embora esse ato seja comum, muitas vezes induz o consumidor a erro fazendo-o contratar serviço ou adquirir produto diverso do esperado e com a incidência de cláusulas abusivas (KLEE, 2012, p. 425). Conforme se observou na pesquisa de campo, apenas 41% dos acadêmicos avaliaram como bom ou excelente o nível de segurança nas lojas e sites, enquanto 59% dos entrevistados optaram pelas opções médio, péssimo ou ruim, o que revela a deficiência do meio virtual.

Para Reinaldo Filho, da mesma forma que o comércio eletrônico facilita a vida das pessoas, também apresenta inúmeros problemas, quais sejam: a falta de legislação específica aplicável para as negociações nacionais e internacionais, a garantia de proteção e privacidade dos consumidores, o regime jurídico, a eficácia e validade dos contratos eletrônicos, além de fazer referência a questões atinentes à responsabilidade e segurança (2005, p.3).

Os problemas e dificuldades no ambiente virtual encontram-se relacionados ao meio e aos mecanismos pelos quais a relação jurídica se efetiva – internet, *softwares*, equipamentos eletrônicos e informáticos – os quais evoluíram tecnologicamente nas duas últimas décadas. As constantes transformações na sociedade ocorreram de maneira muito mais ágil que a da legislação, de modo que esta não conseguiu acompanhar e se manter atualizada em face do surgimento diário de novos conflitos decorrentes das tecnologias. Logo, a insegurança do consumidor aumentou, ao passo que as lacunas no ordenamento jurídico se tornam cada vez mais explícitas (NISHIYAMA, 2002, p. 24-25).

Quanto à vulnerabilidade, explica Lima que diante do avanço tecnológico³ e da complexidade de informações referentes aos produtos e

³ Nesse sentido, assevera Brito que: “o problema da internet passou a ser identificado quando a tecnologia incrementou e complicou relações sociais consideradas, até então, pacíficas e controladas, possibilitando algumas experiências socialmente desagradáveis, como sua utilização para a prática de crimes, e a criação de novos contratos que colocam em risco bens que ainda não tiveram sua relevância reconhecida pelo Direito. Em consequência disso, surge um novo ramo do direito, o Direito Informático, que dedicará atenção específica aos relacionamentos do Direito com a internet, implantando novos institutos em cada um dos ramos já conhecidos, como, por exemplo, os contratos eletrônicos no Direito Civil, a Tributação de *Downloads* no Direito Tributário, ou o já conhecido pregão eletrônico no Direito Administrativo, e na Criminalidade Cibernética no Direito Penal (2013, p.25).

serviços ofertados no mercado, o consumidor, que já é considerado parte presumidamente mais fraca da relação de consumo, se torna cada vez mais frágil. Isso porque, essa modalidade de consumo se caracteriza por diversos fatores, que afastam cada vez mais os consumidores das lojas físicas e do contato direto com o fornecedor, o que proporciona um ambiente bastante inseguro (2006, p. 45).

Ressalta-se que, a vulnerabilidade do consumidor é agravada, em face das contratações eletrônicas acontecerem por meio de contratos de adesão. Nestas hipóteses, principalmente em razão da falta de informação, a parte mais frágil do negócio se vê obrigada em concordar com a celebração de um negócio em condições que, normalmente, não seriam aceitas (KLEE, 2012, p. 416).

Logo, diante dessa nova era, quando os consumidores não conseguem, amigavelmente, solucionar os problemas gerados por dada relação de consumo, buscam subsídio nos órgãos protetivos das relações de consumo (PROCON, Balcão do Consumidor). Todavia, se a mediação é inexitosa caberá ao consumidor buscar o Judiciário, baseado na legislação vigente objetivando garantir seus direitos em face dos prejuízos que lhe foram causados.

No entanto, há peculiaridades na relação de consumo virtual que exigem uma adequação das normas consumeristas, considerando-se a complexidade técnica, tecnológica e jurídica em que se efetiva essa relação jurídica. Um dos fatores que mais contribuíram para haver a necessidade de elaboração de uma legislação específica para o comércio eletrônico refere-se ao grande número de práticas abusivas que ocorrem constantemente no mundo virtual e que deixam o consumidor completamente desprotegido (SILVA; SANTOS, 2012, 261-263).

Consigna-se que inúmeros problemas em contratos eletrônicos acontecem em razão da descentralização do território, uma vez que não se pode mais levar em conta os limites de tempo, espaço, territorialidade e nacionalidade, pois a forma de conclusão do contrato virtual firmado se dá onde as partes contratantes estiverem (SANGARELLI, 2010, p. 79).

Assim, em face dessa demanda, no ano de 1996, a UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)⁴ criou uma Lei Modelo com normas que objetivam minimizar os problemas das transações virtuais realizadas no meio eletrônico. A referida lei destina-se tanto à normatização de negócios efetivados no meio eletrônico, quanto às comunicações por meios mais remotos, como fax e correio, não excluindo do seu âmbito de aplicação nenhuma forma de comunicação (2008, p.71).

Sobre a Lei Modelo, explicam Martins e Macedo, que

no âmbito mundial, a primeira tentativa concreta de proteção às partes e regulamentação é a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico, que objetiva a adaptação da legislação de vários países. Esse modelo prevê, em seu art. 1º, que seu conteúdo se aplica a qualquer tipo de informação na forma de mensagem eletrônica usada no contexto e atividades comerciais, porém, prudentemente destaca, nas notas do artigo citado, que não afasta qualquer regra interna que se destine à proteção do consumidor (2002, p.75).

Ainda sobre a lei:

A UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) elaborou e tem divulgado uma Lei Modelo de comércio eletrônico, que tem sido um ponto de partida para a legislação de muitos países. Esta lei seria aplicável a todo tipo de informação em forma de mensagem de dados utilizada no contexto de atividades comerciais. Ela tem caráter internacional e visa promover a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa-fé (VENTURA, 2001, p. 31-32).

As normas expressas na Lei Modelo auxiliam na solução de problemas originados pelo comércio eletrônico, visando minimizar barreiras em relação à natureza jurídica, bem como à validade das informações utilizadas nos contratos virtuais. Entretanto, compreende que a lei não é suficientemente eficaz para a regulamentação de todos os aspectos do comércio eletrônico (GARCIA JÚNIOR, 2001, p. 185).

⁴ Tradução livre: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

Nesse contexto, objetivando a garantia das contratações no ambiente virtual, apresentam-se como fundamentos que garantam a integridade contratual através da igualdade entre os contratantes, os princípios da informação, da transparência e da confiança, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva – uma das normas basilares do direito do consumidor (BOLZAN, 2014, p. 163-164).

Assim, a informação, a transparência e a confiança, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva⁵, apresentam-se como fundamentais, objetivando a segurança nas contratações no ambiente virtual e a garantia da integridade contratual através da igualdade entre os contratantes (BONATTO; MORAES, 2009, p. 29-30).

Vislumbra-se de um lado, um fornecedor com o dever de prestar um serviço e, de outro, um consumidor, com a obrigação de pagar por isso. Dessa relação decorrem deveres anexos, que são: o dever de informação, o dever de cooperação e o dever de proteção (BONATTO; MORAES, 2009, p. 29-30).

Destaca-se que o dever de informação não se refere apenas em fornecer ao consumidor dados sobre qualidade, quantidade, uso ou precauções, mas também, estas informações estejam expostas de maneira clara, compreensível de fácil acesso ao consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 76-77).

O dever de cooperação, por sua vez, é o que materializa a ideia de harmonia nas relações de consumo. Ele abrange tanto o consumidor quanto o fornecedor, no sentido de ambos agirem com bom senso e mediarem a relação amigavelmente entre si, em especial, colaborando que o objeto contratual seja cumprido (BOLZAN, 2014, p. 164-165).

Por último, salienta-se que o dever de proteção que se refere ao “cuidado com relação à pessoa e ao patrimônio da outra parte, o CDC igualmente prevê este efeito decorrente do princípio da boa-fé ao consagrar os direitos do consumidor a saúde e segurança, e ao estabelecer, em

⁵ “[...] a boa-fé objetiva tutela a confiança depositada na relação contratual e impõe o dever da parte de agir com retidão, lealdade e honestidade importando-se com os interesses dos demais. Dessa forma, a boa-fé objetiva encontra fundamento na proteção na dignidade da pessoa [...]” (TONIAL, 2009, p. 191).

consequência, o dever do fornecedor de respeitá-los” (MIRAGEM, 2013, p. 76-77).

Entretanto, em razão do aumento progressivo de compras no ambiente virtual e de um sistema legislativo frágil, os riscos pelos quais os consumidores estão expostos, conseqüentemente, também se multiplicaram. Isso porque, o domínio da publicidade ilícita (abusiva⁶ e enganosa⁷), das cláusulas contratuais abusivas⁸, da falta de informação adequada e do surgimento dos contratos de adesão diminuía a possibilidade do consumidor exercer seu direito de igualdade, bem como dificultaram o acesso à justiça (GRINOVER, 2017, p. 531).

Logo, as relações de consumo efetivadas no meio virtual necessitam da proteção do Estado, que até então, dispõe do CDC para solucionar os conflitos. Entretanto, diante de todo esse cenário social de avanços tecnológicos e de desigualdade entre as partes contratantes, surge a necessidade de uma legislação moderna e específica que abarque integralmente as questões de consumo virtual (NISHIYAMA, 2002, p. 22).

Destarte, através da pesquisa de campo constatou-se que o comércio virtual só tende a aumentar, tendo em vista as inúmeras vantagens que proporciona aos usuários, principalmente no que tange à comodidade e facilidade na efetivação nos negócios. Somado a isso, verifica-se que a legislação vigente ainda é muito precária em relação a essa modalidade de consumo.

⁶ “Já a publicidade abusiva é aquela que explora a fragilidade do consumidor, incita o medo, a violência ou qualquer comportamento prejudicial à saúde, à segurança e ao meio ambiente. A ideia de publicidade abusiva está relacionada a valores da sociedade e, por isso, geralmente não resulta em prejuízo econômico para o consumidor. Mas existe um prejuízo de caráter moral, o que também dá ao consumidor o direito de ser indenizado” (IDEC, 2019).

⁷ “Existem casos em que a publicidade contém informações falsas, que induzem o consumidor a erros na sua decisão de compra – é a chamada publicidade enganosa, uma prática proibida pelo Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um crime, mas no mercado não faltam exemplos desse tipo de deslealdade: são produtos emagrecedores, remédios milagrosos, planos de saúde sem carência e até financiamentos sem juros. Geralmente o consumidor só percebe que foi enganado depois que pagou a conta” (IDEC, 2019).

⁸ “Cláusulas abusivas são aquelas que colocam o consumidor em desvantagem nos contratos de consumo. O consumidor que se deparar com uma cláusula abusiva poderá recorrer à Justiça para pleitear sua nulidade, e, conseqüentemente, livrar-se da obrigação nela prevista. São abusivas não só as cláusulas contratuais a que se refere o Código do Consumidor, como também aquelas previstas nas Portarias do Ministério da Justiça” (IDEC, 2011).

III - Perspectiva de regulação do comércio eletrônico: o Projeto de Lei nº 281/2012 do Senado Federal

O comércio eletrônico não proporciona aos consumidores apenas vantagens e benefícios. A efetivação de transações pelo meio virtual promove, também, inúmeras formas de abuso por parte dos fornecedores, tendo em vista seu domínio técnico, econômico e tecnológico sobre o meio. Destarte, a elaboração de uma legislação protetiva específica para a regulamentação dos negócios realizados nessa plataforma, faz-se de extrema necessidade.

Neste viés, destaca-se que diversos projetos de lei com a finalidade de atualizar as normas previstas no CDC com a inclusão ou alteração de dispositivos referentes ao comércio eletrônico iniciaram tramitação no Congresso Nacional⁹. Entretanto, o único que teve sua ideia desenvolvida e acabou progredindo, sendo a ele apensados os demais, foi o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 281 de 2012, de autoria do Senador, da época, José Sarney (GRINOVER, 2017, p. 8).

O PLS nº 281/2012 foi aprovado pelo plenário do Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, em 04.01.2015, local onde tramita como Projeto de Lei nº 3.514/2015¹⁰ e aguarda para ser votado (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Assim, o PLS nº 281/2012 tem por objetivo atualizar a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), com vistas a implementar normas de regulamentação ao comércio eletrônico. Pretende acrescentar artigos que estabelecem valores como a sustentabilidade, a conciliação e a mediação, a proteção do meio ambiente, os princípios de interpretação das normas consumeristas e a proteção de dados pessoais,

⁹ PLC 106/2011, PLS 6/2011, PLS 65/2011, PLS 271/2011, PLS 439/2011, PLS 452/2011, PLS 460/2011, PLS 463/2011, PLS 470/2011, PLS 97/2012, PLS 197/2012, PLS 209/2012, PLS 222/2012, PLS 371/2012, PLS 397/2012, PLS 413/2012, PLS 457/2012, PLS 458/2012, PLS 459/2012, PLS 464/2012, PLS 24/2013, PLS 277/2013, PLS 392/2013, PLS 394/2013 e PLS 509/2013 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

¹⁰ O Projeto de Lei nº 3.514/2015 encontra-se sem movimentação desde 13.06.2018. A ele foram apensados outros três Projetos de Lei de números 4.678/2016, 6.533/2016 e 9.754/2018 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

sendo este último fortemente vinculado ao comércio eletrônico. Destaca-se a tamanha importância do referido projeto de lei, pois foram incluídas 36 emendas (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Em relação ao comércio eletrônico o PLS nº 281/2012 implementa uma parte específica da legislação para regular o assunto, intitulada “Sessão VII – Do Comércio Eletrônico”. Tais dispositivos visam garantir o direito à informação; à regulamentação de compras feitas por meio de sítios eletrônicos (*sites*) ou de ofertas efetivadas por comunicações feitas ao consumidor, assim como de ofertas realizadas através de sítios de compra coletiva. Ainda, a vedação do envio de mensagens não solicitadas (*spam*) como estratégia de publicidade; a ampliação do conceito do direito de arrependimento, bem como dispõe penalidades aos fornecedores que violem as normas de direito do consumidor, previstas no CDC (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2019).

Logo, ao analisar a referida proposta legislativa pode-se observar a inclusão de novos princípios e regras que, com a aprovação do Congresso Nacional e da sanção presidencial, passarão a fazer parte da codificação consumerista vigente. Destaca-se a necessidade da atribuição desses direitos no âmbito do comércio eletrônico tendo em vista sua vertiginosa demanda.

Assim, verificou-se que embora o CDC represente um microsistema jurídico efetivo na proteção do consumidor, sua regulamentação não abrange, especificamente, dispositivos atinentes ao comércio eletrônico e, este fator, causa insegurança aos consumidores na hora da efetivação de suas compras. Logo, o comércio eletrônico encontra óbice no que tange à segurança nas relações eletrônicas, bem como sua validade e eficácia na órbita jurídica notadamente por não haver legislação específica que discipline o assunto e o torne mais seguro.

Desse modo, as relações de consumo, decorrentes das novas tecnologias, trazem desafios para a proteção do consumidor, que no comércio eletrônico é hipervulnerável. O PLS nº 281/2012, por sua vez, é umas das alternativas encontradas, que busca minorar essa necessidade. Trata-se

de uma regulamentação moderna que, sendo aprovada, acresce ao CDC disposições atinentes ao comércio eletrônico, com intuito de amparar o consumidor, na modalidade de consumo virtual.

Considerações finais

Concluindo, verificou-se que o comércio eletrônico traz inúmeros desafios à promoção da defesa do consumidor, que se revela com a vulnerabilidade agravada, em face das novas tecnologias aplicadas às relações de consumo.

O comércio eletrônico é uma relação de consumo assim como as demais, com as mesmas partes e elementos. O seu diferencial está no meio de execução, o qual se dá entre partes, presentes ou ausentes, mas distantes, isso porque, simultaneamente conectados em rede, ou não. O contrato eletrônico não exige a presença física da pessoa para a realização do negócio e pode se efetivar por alguns cliques.

Em face da importância e do crescimento exacerbado do consumo em rede, bem como das vantagens e dificuldades enfrentadas pelos consumidores quando da efetivação de negócios, via internet, foi realizada coleta de dados por meio de um questionário, aplicado de modo voluntário para os alunos matriculados no Campus Casca da Universidade de Passo Fundo em determinada noite. Através da referida pesquisa foi possível constatar a grande utilização do comércio eletrônico, tendo em vista que 97,19% dos entrevistados já efetivaram suas compras no ambiente eletrônico.

Entretanto, embora exista a facilidade na realização da compra, foi quase unânime a demonstração de insegurança que as compras virtuais geram. Assim, mesmo que o usuário não esteja tão confiante e seguro em concluir sua compra pela internet, a facilidade em realiza-la é atrativa e compensa.

O resultado revela o crescimento do comércio eletrônico, como também a deficiência na regulamentação das compras no âmbito virtual,

pois as relações decorrentes do comércio eletrônico provocam um ambiente de desproteção ao consumidor, por se tratar de um sistema virtual e que não possui amparo específico. O CDC representa um importante sistema de proteção ao consumidor, ou seja, é um meio eficaz na regulamentação das relações de consumo presenciais e nacionais, todavia o comércio eletrônico tem peculiaridades próprias.

Assim, diante das lacunas existentes na legislação sobre o comércio eletrônico e as relações de consumo na internet, é certa a aplicação de toda a legislação vigente, porém, é inegável que esta falta de normalização específica causa um grande desconforto nestas contratações, uma vez que a resolução destes conflitos fica por conta da interpretação doutrinária e dos tribunais. Logo, o comércio eletrônico encontra óbice no que tange à segurança nas relações eletrônicas, bem como sua validade e eficácia na órbita jurídica, por não haver legislação específica que discipline o assunto.

O PLS nº 281/2012, por sua vez, é umas das alternativas encontradas para regulamentação do comércio eletrônico, que, se aprovado, acrescerá ao CDC disposições atinentes ao tema. Neste viés, compreende-se ser imprescindível a apreciação e, conseqüente aprovação, tendo em vista que essa proposta de alteração legislativa busca suprimir o desamparo do consumidor no que tange ao comércio eletrônico, criando um mecanismo útil e eficaz dentro do sistema nacional de defesa do consumidor.

Não restam dúvidas que mesmo com a aprovação do PLS nº 281/2012, a regulamentação do comércio eletrônico, ainda, não será integralmente efetiva, visto que ele acontece por meio de um mecanismo virtual que está em constante evolução. Desse modo, cabe aos aplicadores do direito interpretar os direitos consumeristas considerando a evolução das novas tecnologias que, diariamente surgem e se incorporam no cotidiano das pessoas.

Portanto, o consumidor no comércio eletrônico é hipervulnerável, momento em que as normas do CDC promovem uma proteção que não

se revela completa. Com isso, a adição de normas específicas de comércio eletrônico na codificação consumerista, configura uma possibilidade de promover uma proteção mais efetiva e real, concretizando os direitos fundamentais do consumidor e, com isso, sua dignidade.

Referências

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

BOLZAN, Fabrício. **Código do Consumidor esquematizado**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL, **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 28/05/2019.

BRASIL, **Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28/05/2019.

BRASIL, SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 281/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: Acesso em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>. Acesso em: 30/05/2019.

BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos Via Internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **O que são cláusulas abusivas?** 2011. Disponível em: <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/o-que-sao-clausulas-abusivas>. Acesso em: 28/05/2019.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **O que é CONAR?** 2014. Disponível em: <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/o-que-e-o-conar>. Acesso em: 28/05/2019.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Publicidade: consumo e meio ambiente**. 2019 Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_consumo/_arquivos/9%020-%020mcs_publicidade.pdf. Acesso em: 28/05/2019.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O Diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor**. Diálogo das Fontes. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2012.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Nelpa: 2006.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke; com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. **Internet e Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris: 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre a confiança e a boa-fé**. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca. **O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais**. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. 11. Porto Alegre Bookman 2016.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo Saraiva 2015.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. 4. São Paulo Saraiva 2018.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. **Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé-objetiva**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO. **Balcão do Consumidor**. 2019. Disponível em: <https://www.upf.br/balcaoconsumidor>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

VENTURA, Luiz Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos**. Bauru São Paulo: Edipro, 2001.

A litigiosidade repetitiva no processo civil: o Incidente de resolução de demandas repetitivas e a efetivação da segurança jurídica

*Louíse Mior*¹

*Nadya Regina Gusella Tonial*²

Introdução

O presente estudo visa analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituído pela Lei Federal n. 13.105/2015, bem como os dados estatísticos de seus resultados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

Percebe-se que, o Poder Judiciário conta com milhares de processos esperando por julgamento e muitos deles tratam de questões idênticas. Contudo, tais situações, por inúmeras vezes, geram insegurança jurídica pela existência de múltiplos entendimentos dos tribunais a respeito da mesma questão de direito. Desta forma, o IRDR surgiu como um instrumento destinado a uniformizar os entendimentos, assegurando uma resposta isonômica diante de questões idênticas.

Objetiva-se estudar o IRDR, criado pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, bem como investigar se o mencionado instituto atende a finalidade de dar celeridade ao trâmite processual, e garantir a isonomia e a segurança jurídica, visto que a partir de uma única decisão, atinge

¹ loumior@hotmail.com

² nadyatonial@gmail.com

uma multiplicidade de causas. Para tanto, apresenta-se pesquisa embasada no Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) do TJRS quanto às teses em análise, quanto aos casos admitidos e os julgados que fixaram entendimentos por meio do IRDR.

I - O IRDR: disposições gerais

O IRDR é um instituto criado pela Lei n. 13.105/2015 e vem previsto nos artigos 976 a 987 do CPC³. Referido instituto guarda semelhanças com o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 476 a 479.

Tal instituto constitui uma nova técnica processual destinada a resolver a litigiosidade de massa. Objetiva fixar tese jurídica para ser aplicada a uma multiplicidade de processos com semelhante ou idêntica questão de direito, que atinge a todos os casos presentes e futuros (DIDIER JUNIOR; TEMER, 2017, 228).

Havendo questão comum de direito, repetida em vários processos, o IRDR poderá ser instaurado, formando um modelo do litígio repetitivo, para que esta questão controvertida seja levada ao tribunal para a apreciação. Enquanto tramitar este incidente, todos os processos que tratem acerca do assunto serão suspensos, aguardando a fixação da tese jurídica. Posteriormente, esta tese será aplicada aos processos em curso e aos seguintes que vierem a ser ajuizados (MENDES; TEMER, 2015, p. 283-331).

Nesta linha, o IRDR subordina-se a dois requisitos, que devem ser concomitantes, ou seja: “efetiva repetição de processos que contenham

³Art. 976 do Código de Processo Civil de 2015: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”, nos termos do caput do art. 976 do CPC.

Somente será cabível a instauração do mecanismo em questão quando houver a multiplicidade de processos tratando de controvérsia unicamente de direito, fixando tese jurídica aplicável a todos estes. O incidente busca preservar a segurança jurídica e a isonomia, evitando com que hajam decisões antagônicas para processos repetitivos (AUFIERO, 2017, p. 277-297).

O segundo requisito refere-se a possibilidade de julgamentos diferentes virem a ofender as garantias da isonomia e da segurança jurídica. Com isso, o IRDR objetiva impedir o surgimento de decisões antagônicas, fixando uma tese central que seja aplicada obrigatoriamente nos demais casos.

O IRDR poderá ser suscitado perante qualquer juízo ou tribunal em qualquer causa repetitiva, no estado em que se encontra e em qualquer grau de jurisdição. Assim, poderá o processo estar no primeiro grau ou ser ação originária proposta no tribunal, como pode ser instaurado quando o mesmo já esteja em fase recursal. Porém, só é cabível quando existir a efetiva repetição de processos sobre a mesma questão de direito e houver risco a ofensa a isonomia e a segurança jurídica (MEIRELES, 2017, p. 66-67).

Quanto ao cabimento do IRDR, verifica-se que se há o risco à isonomia e à segurança jurídica quanto a interpretação sobre a mesma questão de direito, não é lógico que se permita somente a análise do Tribunal, afinal, no 1º grau de jurisdição, o risco de ofensa a estes princípios é o mesmo, sendo cabível portanto, a instauração inclusive na instância inicial (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 581).

Ensina Meireles que, quanto às questões de direito, não se exige um número mínimo para que justifique a aplicação do IRDR e o consequente sobrestamento dos processos, que bastam dois processos para que haja o

risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁴. Ainda, ressalta que para configurar a instauração do incidente, a questão a ser decidida deve ser de direito e não estar sendo apreciada por corte superior em recurso, conforme o §4º do art. 976 do CPC, visto que possui o mesmo objetivo que é o de uniformizar a jurisprudência (2017, p. 67-69).

Ainda, quanto ao momento em que o incidente pode ser provocado, se não houver controvérsia quanto aos fatos subjacentes à questão jurídica, pode ele ser suscitado em qualquer fase da demanda (MEIRELES, 2017, p. 98).

O julgamento do IRDR será realizado pelo órgão definido no Regimento Interno do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a quem caiba a uniformização de jurisprudência (art. 978 do CPC), após passado um ano (TEMER, 2017, p. 200).

A fim de que haja conhecimento universal dos processos que estão submetidos ao incidente em tela e dos que possam ser sujeitos a este procedimento, o CPC de 2015 determina que, quando instaurado e julgado o IRDR, haja a mais ampla publicação⁵, impondo ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a criação de um cadastro eletrônico para que possam os tribunais ter acesso aos bancos de dados⁶ (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 578).

Após instaurado o IRDR, pode a parte desistir ou abandonar a causa. Nestes casos, o Ministério Público é quem assume a titularidade, pois o processamento do incidente deverá prosseguir. Portanto, não poderá aquele que provocou o incidente, impedir o respectivo julgamento. Assim,

⁴Enunciado 87 do FPPC: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

⁵Art. 979 do Código de Processo Civil: “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. §1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. §2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. §3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário”.

⁶O banco eletrônico de dados do CNJ é munido com informações dos Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) dos Tribunais de todo o País. Estas informações são recebidas quinzenalmente (CNJ, 2018, p. 05).

ensina Theodoro Junior que, o interesse é coletivo e não mais somente individual, por isso o mesmo deve prosseguir, independentemente, de a parte desistir ou abandonar a causa (2017, p.430-431).

Ainda, a tese jurídica firmada pelo julgamento do IRDR não será aplicada ao processo em que houve a desistência ou abandono da causa, aplicando-se, portanto, aos demais processos. Uma vez instaurado o incidente, não cabe às partes a possibilidade de preferir que a questão seja julgada pelo juízo originário (MEIRELES, 2017, p. 97).

Em outros termos, significa que não será vedado a parte de desistir da ação ou recurso. Contudo, a desistência estará restrita a esta ação ou recurso, não podendo atravancar o julgamento do IRDR, que alcançará autonomia processual em relação ao caso modelo, e a definição da tese jurídica. Consequentemente, os efeitos do julgamento do incidente processual não serão sofridos por quem desistiu. Se, eventualmente, houver a propositura da mesma ação, então sim a parte terá que se sujeitar à aplicação da tese jurídica definida, tendo em vista os efeitos do incidente (MACHADO, 2016, p. 112).

Observa-se a autonomia processual do instituto em questão, pois o prosseguimento do IRDR, até mesmo quando ocorre a desistência do processo que lhe serviu como base, demonstra que no momento da instauração o incidente “desloca-se” do processo originário e ocorre a “dessubjetivação necessária” para fixação da tese jurídica (TEMER, 2017, p. 79).

Caso o incidente não seja admitido por ausência dos pressupostos de admissibilidade, os processos terão sequência normal perante o juízo em que tramitavam, mas será possível suscitá-lo novamente se comprovada a ocorrência do requisito antes considerado ausente (GOMES, 2016, p. 46). Ainda, desta decisão negativa cabe o recurso de agravo interno previsto no art. 1.021 do CPC para o órgão colegiado competente.

Se não for identificado pressuposto de admissibilidade, mas se este se tornar evidente no futuro, pode o IRDR ser novamente suscitado e admitido, se assim for compreendido, demonstrada a alteração fática ou

argumentação suficiente que dê ensejo a instauração do instituto (WAMBIER, 2015, p. 2182).

Após concluídas as etapas de admissibilidade, é aberto o prazo de quinze dias para que haja a efetivação do contraditório. Neste período de tempo, as partes e demais interessados poderão requerer a juntada de documentos e diligências, quando necessário, para elucidação da questão de direito controversa, e na sequência, outros quinze dias para que o Ministério Público se manifeste (MENDES; TEMER, 2016, p. 343).

O contraditório é de suma importância e deve ser preservado nesta modalidade processual, visto que deve haver a participação de todos que serão afetados e não somente de pessoas que têm interesse jurídico na controvérsia, ou seja, permitindo a manifestação de órgãos, entidades e pessoas na condição de *amicus curiae*. Os processos escolhidos devem ser amplos e completos para representar a controvérsia (MENDES; TEMER, 2016, p. 344).

Destaca-se que, mesmo após a admissibilidade do incidente, a parte pode requerer o prosseguimento do seu processo, se demonstrar que o seu caso é distinto da questão de direito discutida. Por outro lado, também, poderá a parte requerer que o seu processo seja suspenso, se se encaixar na questão de direito debatida. Esta alternativa de postular a distinção traz higidez ao instituto, pois legitima a manifestação dos interessados, a fim de que não sofram os efeitos de uma decisão indevida (MENDES; TEMER, 2016, p. 1284-1285).

Dada a oportunidade de manifestação, o IRDR segue para a fase de julgamento, na qual, após um ano⁷ de suspensão dos processos em curso proferirá a tese jurídica tendo por base os processos modelo que representam a controvérsia e será aplicada aos processos presentes e futuros com força de precedente.

⁷“O IRDR deve ser julgado no prazo de um ano, a contar de sua instauração. Sua análise, pelo órgão competente, tem preferência sobre qualquer outro feito, à exceção de pedidos de *habeas corpus* e de processos de réu preso. Findo o prazo de um ano, salvo diante da decisão em sentido contrário do relator, os processos em que a questão de direito é discutida terão tramitação regular, ainda que possam vir a ser futuramente afetados pelo julgamento do incidente” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 1038).

Na sessão de julgamento, a decisão que julga o incidente será tomada após analisados todos os fundamentos e solucionará a questão de direito, fixando a tese que será aplicada a todos os processos presentes e futuros. A mencionada tese recebe o nome de causa piloto ou procedimento modelo.

Conforme dispõe o artigo 985 do CPC⁸, o caráter vinculante da decisão de IRDR restou evidente pela redação do legislador de 2015, ao passo que determinou “a aplicação da tese jurídica paradigma a todas as causas que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. A tese fixada no incidente terá eficácia prospectiva⁹, até que seja alterada ou revogada” (SCHELEDER, 2015, p. 209-210).

Destacam Cambi e Fogaça, que em prestígio à previsibilidade no sistema jurídico, à estabilidade, à segurança jurídica e com o viés uniformizador de jurisprudência, a consequência lógica e a razão de ser do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é a própria aplicação da tese jurídica definida nos processos em curso e nos futuros (2017, p. 380).

Contudo, salienta-se que a sociedade está em constante evolução e transformação, assim como o direito. Por esta razão, podem ocorrer mudanças nas circunstâncias políticas, econômicas, sociais, históricas e até mesmo jurídicas, que foram consideradas em determinado momento, ao proferir o julgamento e após essa venha a mudar. Pode, portanto, haver o reexame da questão (OLIVEIRA, 2015, p. 252).

Diz-se questão de direito, pois o IRDR será instaurado a partir de casos concretos que discutam essas mesmas questões, sem se vincular ou confundir com as peculiaridades. Existe uma separação entre o caso

⁸Art. 985 do Código de Processo Civil: “Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

⁹Enunciado 55 do FPPC: “Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.

concreto e a resolução do conflito subjetivo, pois deve haver a qualidade da cognição operada no incidente e o estabelecimento de uma tese que possa ser usada como padrão decisório e, ao mesmo tempo, não deixar de lado as particularidades de cada caso (TEMER, 2017, p. 73).

Ao observar que a tese jurídica encontra-se, propositalmente, destinada a servir como padrão decisório e é aplicada a todos os próximos processos que tratem da mesma questão de direito, a qual já foi concedido aquele entendimento jurídico, verifica-se que o IRDR possui eficácia vinculativa (TEMER, 2017, p. 215).

A partir desta noção e do que são os precedentes, que, constituem um padrão decisório para julgamento de outros casos, será possível enquadrar a decisão do IRDR como precedente com viés vinculativo. Essa, também, é a interpretação do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), que preceitua em seu Enunciado de número 170: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Nas palavras de Oliveira, não há empecilhos para que o precedente seja aplicado, também, para casos futuros, de modo a estabilizar a jurisprudência. Ainda, observa que não haveria sentido se fosse descumprido o entendimento da Corte, que dispendeu de tempo, esforços e custos para as partes e para o Judiciário, se não houvesse efeito vinculativo (2015, p. 251).

No entanto, Temer pontua que “a decisão que extrapolar o objeto do incidente não será, nesta parte, propriamente precedente, porque se presumirá que não houve o debate prévio necessário”, tendo efeito meramente persuasivo sem caráter vinculante (2017, p. 130).

Scheleder, com base no Enunciado número 02 do FPPC¹⁰, retrata que é imprescindível que exista o contraditório sobre todos os argumentos levantados pelas partes. E além disso, os juízes e tribunais quando formam precedentes devem decidir baseando-se nos fundamentos que as

¹⁰Enunciado 02 do FPPC: “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

partes se manifestaram, inclusive quando se tratar de matérias que devam decidir de ofício (2015, p. 189-190).

A respeito da vinculação, afirma Temer que as decisões têm eficácia vinculativa vertical e horizontal. Para tanto, exemplifica que, se for fixada tese jurídica em IRDR pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, os juízos de primeiro grau da Justiça Estadual do Rio de Janeiro não ficam vinculados. Portanto, somente o Tribunal que apreciou e os juízos inferiores a ele ficam vinculados, mas as decisões deste, podem ter eficácia persuasiva para aquele (2017, p. 227).

Portanto, o IRDR representa uma forma de tratar as contendas massificadas com uma decisão judicial que abranja a todos os casos, corroborando com o princípio da efetividade, presente no devido processo legal, que objetiva a realização do maior número de resultados com menos atos processuais, em especial que se concretize um resultado útil da demanda em um prazo razoável.

Com isso, relevante compreender a análise do procedimento, ou seja, do caminho percorrido desde a identificação de questões idênticas até o momento da fixação da tese e sua aplicação.

II - O procedimento do IRDR

O IRDR possui uma série de particularidades que devem ser obedecidas para chegar na sua aplicação. No seu procedimento são observadas legitimidade e competência, juízo de admissibilidade, publicidade, suspensão processual, julgamento e a fixação de tese jurídica que será aplicada a todos estes que foram suspensos, e também a processos futuros, nos termos dos artigos 976 a 987 do CPC.

O IRDR é um instrumento trazido pelo legislador do CPC de 2015, o qual é destinado a pacificar múltiplos litígios que possuam a mesma questão de direito, mediante aplicação de tese uniformizadora. O seu cabimento vem previsto no art. 976 do CPC, e devem ter dois requisitos cumulativos, quais sejam: a “efetiva repetição de processos que conte-

nam controversia sobre a mesma questão unicamente de direito”; e “se configurar “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 425-427).

A legitimidade para instaurar o IRDR, compete ao juiz da causa quando ainda tramita no juízo de primeiro grau, ao relator quando o processo estiver no tribunal, pelas partes em qualquer grau de jurisdição e ao Ministério Público ou a Defensoria Pública, conforme dispõe o art. 977 do CPC. O requerente deverá instruir este pedido com documentos necessários e demonstrativos de cabimento, como também a prova documental da repetição de processos com a mesma questão, pela redação do parágrafo único do art. 977 CPC (TESCHEINER; OLIVEIRA, 2016, p. 1130).

É importante notar o fato de que o juiz de primeiro grau pode provocar a instauração do IRDR. Deve, portanto, demonstrar a controversia sobre a questão jurídica se repetindo em variados processos, e após selecionar processos que melhor representem a controversia. O fato de o juiz poder provocar a instauração evita que haja multiplicação de demandas por tempo indevido, gerando, conseqüentemente, mais celeridade, previsibilidade, uniformidade e segurança almejadas. Quando instaurado no segundo grau, pressupõe que existam mais debates do que no primeiro grau (MENDES; TEMER, 2016, p. 324-328).

O ofício ou pedido de instauração deve ser destinado ao presidente do tribunal estadual ou regional¹¹, e a este cabe receber o mesmo e dar prosseguimento ao órgão indicado no regimento interno do respectivo tribunal. Na sequência, destinado o ofício ao órgão colegiado¹² responsável pela uniformização da jurisprudência, para que analise sua

¹¹ Enunciado 343 do FPPC: “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”.

¹² Art. 978 do Código de Processo Civil: “O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

admissibilidade¹³, vedada a decisão monocrática¹⁴. Se for admitido, o relator suspenderá os processos pendentes (art. 982, I), no estado ou região, ou se requerido poderá haver suspensão nacional (art. 982, §3) pelo prazo de um ano, conforme o art. 980 do CPC determina (MENDES; TEMER, 2016, p. 332-337).

Portanto, os Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios não só decidirão acerca do IRDR como também farão o juízo de admissibilidade, através do órgão colegiado competente (OLIVEIRA, 2015, p. 65). Desta forma, destaca-se que “o relator não possui atribuição, [...] para monocraticamente admitir a instauração do incidente processual, haja vista a repercussão e magnitude do procedimento” (MACHADO, 2016, p. 119).

O juízo de admissibilidade será realizado, portanto, pelo tribunal competente. Este órgão analisará a existência da controvérsia que enseja a pulverização de processos com idêntica questão de direito, e a consequente insegurança jurídica gerada quando decisões díspares a respeito da mesma contenda são firmadas (MENDES; TEMER, 2016, p. 1282).

Se admitido o incidente, o relator tomará as medidas previstas no art. 982 do CPC, primeiro realizando a suspensão processual prevista em caso de admissão do incidente, não havendo necessidade de provar requisitos da tutela de urgência¹⁵. Posteriormente, conforme artigo 982, incisos II e III, o relator poderá requisitar informações sobre os processos nos órgãos em que tramitam, que as prestarão no prazo de 15 dias e, intimará o Ministério Público para que, querendo, no prazo de 15 dias se manifeste (NUNES, 2015). E se acaso, a questão versar sobre direito constitucional ou federal infraconstitucional, pode ser requerida, ao STF ou STJ, a suspensão nacional (§3º, do artigo 982 do CPC).

¹³Art. 981 do Código de Processo Civil: “Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”.

¹⁴Enunciado 91 do FPPC: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”.

¹⁵Enunciado 92 do FPPC: “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência”.

Importante ressaltar que, a admissão do incidente processual delimita o objeto, ou seja, a questão de direito em discussão, para que não se possa ampliar a tese vinculante a matérias distintas, o que violaria substancialmente o contraditório (MACHADO, 2016, p. 120).

A fase de julgamento do incidente seguirá a ordem disposta no art. 984 do CPC¹⁶, o qual elenca a demonstração pelo relator do objeto do incidente, abrindo espaço para sustentação de razões do autor, réu e Ministério Público pelo prazo de 30 minutos. Também oportunizará que as demais partes se manifestem, num prazo total de 30 minutos e inscrição com antecedência de dois dias.

Quando concluída a instrução, o relator determinará a data para julgamento do incidente. Na sessão de julgamento, proferirá seu voto junto aos demais julgadores, o qual abrangerá todos os fundamentos suscitados no processo para formação da tese jurídica (FERNANDES; SIMÃO FILHO, 2017, p. 121). Sua conclusão será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, presentes e futuros que tratem da tese decidida que tramitem no âmbito daquele tribunal, inclusive aos processos de juizados especiais (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 583).

A decisão que fixou tese jurídica pode ser sujeita a revisão pelo tribunal, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público ou Defensoria Pública (artigo 986 CPC), e contra ela também cabe a interposição dos recursos de embargos de declaração quando presentes os vícios do art. 1022 do CPC, além de recurso especial e extraordinário, que serão recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo.

A revisão se justifica, pois não há como permitir a inalterabilidade de um entendimento em um sistema de precedentes, pois isto é inerente a ele. A intenção não é que o sistema fique engessado, “impedido de evoluir a partir das mudanças dos paradigmas de interpretação do direito,

¹⁶Art. 984 do Código de Processo Civil: “No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I - o relator fará a exposição do objeto do incidente; II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. § 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado. § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

bem como, da influência das modificações das sociedades” (SCHELEDER, 2015, p. 195).

Convém mencionar o cabimento de reclamação¹⁷, nos termos do §1º do art. 985 do CPC, se não for observada a tese fixada no incidente “a reclamação constitui forma de cassar decisão que usurpou a competência ou desrespeitou autoridade de decisão do tribunal, ou seja, tem cabimento ainda que a decisão desrespeitada não tenha eficácia vinculante” (SCHELEDER, 2015, p. 205).

Por fim, se não for identificado pressuposto de admissibilidade, mas se este se tornar evidente no futuro, pode o IRDR ser novamente suscitado e admitido se assim for compreendido, demonstrada a alteração fática ou argumentação suficiente que dê ensejo a instauração do instituto (WAMBIER, 2015, p. 2182).

O IRDR, portanto, é um dos institutos introduzidos pelo CPC de 2015, e por ser capaz de suspender processos com questão idêntica de direito e que ofendam ou ameacem a segurança jurídica, revela-se um instrumento para resolver as demandas repetitivas. O procedimento representa um mecanismo democrático, que respeita o contraditório e ao mesmo tempo objetiva a duração razoável do processo. Com isso, importante investigar sua aplicação e resultados no TJR, no que tange à resolução das demandas repetitivas.

III - A realidade do IRDR no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

A aplicação do instituto do IRDR busca a harmonização das decisões para não violar a igualdade entre casos com idêntica questão de direito, bem como, visa a segurança jurídica. Assim, relevante observar os números desse incidente, a fim de que se verifique sua efetividade. Para isso, foi realizada pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), com intuito de constatar essa realidade.

¹⁷Enunciado 349 do FPPC: “Cabe reclamação para o tribunal que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas caso afrontada a autoridade dessa decisão”.

Após a análise das informações constantes no site do TJ/RS observa-se, que desde a entrada em vigor do CPC de 2015, foram interpostos doze (12) IRDRs, alguns já foram julgados e já transitaram em julgado, e outros, ainda, aguardam pelo julgamento ou estão tramitando. Importante ressaltar que a pesquisa realizada retrata somente a suspensão por IRDR, não contemplando todos os casos de demandas repetitivas (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O primeiro caso, tratou da possibilidade dos militares do estado do Rio Grande do Sul receberem ou não adicional noturno. Houve somente a suspensão estadual, do total de 79 processos. O incidente foi admitido para julgamento de IRDR na data de 15/08/2016, e a suspensão processual ocorreu em 09/03/2017. Foi julgado em 27/11/2017, publicado acórdão em 22/01/2018, e o término total da suspensão dos processos ocorreu na data de 03/04/2018, vindo a transitar em julgado na data de 04/06/2018. O julgamento, presidido pelo relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel, teve tese¹⁸ firmada na condição de que os militares não possuem o direito à remuneração noturna superior à diurna (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O segundo IRDR discutiu a aplicação ou não dos artigos 26 e 39 da Lei de Execução Fiscal na esfera estadual entre as Câmaras que compõem a 1ª Turma Cível do Tribunal. Neste caso, o relator não suspendeu os processos. O mesmo foi admitido para julgamento de IRDR na data de 05/08/2016, foi julgado em 13/03/2017, o acórdão publicado em 08/06/2017 e houve o trânsito em julgado na data de 06/09/2017. O julgamento, presidido pelo relator Desembargador Almir Porto da Rocha Filho, teve tese¹⁹ firmada no sentido de aplicar os referidos artigos nas

¹⁸“Tese revisada em embargos de declaração. Os militares do Estado do Rio Grande do Sul, porque submetidos pela Constituição Federal ao regramento próprio dos militares das Forças Armadas, não têm direito à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, não se lhes aplicando o regime jurídico dos servidores ocupantes de cargo público subsidiariamente para essa finalidade” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

¹⁹“São aplicáveis os artigos 26 e 39 da Lei 6.830/80 às execuções fiscais que tramitam na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul distribuídas antes da vigência da Lei Estadual nº 14.634/2014, excetuadas as hipóteses de tramitação em serventias privatizadas” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

execuções que tramitam na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

A terceira questão submetida a julgamento de IRDR refere-se à “possibilidade de ressarcimento, com caráter indenizatório, dos valores arcados pelo demandante a título de honorários contratuais do advogado escolhido para lhe representar no processo judicial”. Houve a suspensão estadual de 12 processos, foi admitido o IRDR em 11/07/2017, julgado em 19/03/2018, publicado o acórdão em 11/04/2018, bem como o final da suspensão e trânsito em julgado ocorreram em 16/05/2018. O julgamento, presidido pelo relator Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, firmou a Tese n. 3, declarando que “a contratação de advogado particular para a atuação judicial na defesa de interesses da parte não constitui dano material passível de indenização” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

A competência entre os Foros Central e Regionais na Comarca da Capital, inclusive quanto à possibilidade de declinação de ofício, foi tema de discussão da quarta aplicação de IRDR na justiça estadual do Rio Grande do Sul. Houve a suspensão de quatro processos. A admissão ocorreu em 11/07/2017, o julgamento em 19/03/2018 e o acórdão foi publicado em 11/04/2018. Já, o trânsito e julgado e o término da suspensão aconteceram em 16/05/2018. O julgamento, presidido pelo relator Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos, firmou Tese de n. 4, declarando que “em se tratando de conflito de competência entre os foros da capital, o litígio deve tramitar naquele escolhido pelo consumidor desde que observada uma das condições legais, descabendo declinação de ofício” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O quinto tema levado à discussão ainda não transitou em julgado e encontra-se suspenso no momento. O mesmo diz respeito a “possibilidade de as pessoas físicas e jurídicas não elencadas no inciso II do artigo 5º da Lei n. 12.153/09 (Juizado Especial da Fazenda Pública) figurarem no polo passivo em litisconsórcio com algum dos entes públicos lá arrolados”. Neste caso, houve a suspensão de três processos. A admissão ocorreu na data 11/12/2017, a data de julgamento foi 12/11/2018 e a data

de publicação de acórdão ocorreu em 19/12/2018, sendo relatora a Desembargadora Marilene Bonzanini. O julgamento firmou a tese de que o litisconsórcio passivo facultativo ou necessário com um dos entes arrolados no inciso II, do artigo 5º, da Lei 12.153/09, não afasta a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública para o processamento e julgamento da demanda (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

A controvérsia sobre “o termo inicial da prescrição intercorrente no âmbito das ações executivas e sobre a necessidade ou não de intimação do credor para a fluência do prazo prescricional” é o sexto caso admitido e possui como relator o Desembargador Pedro Celso Dal Prá. Porém, ainda não houve julgamento. O mesmo foi admitido em 19/03/2018 e ocasionou a suspensão de 82 processos (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O sétimo tema de IRDR trata sobre “a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para julgamento das ações envolvendo a concessão de medicamentos por prazo indeterminado, cujo custo anual não exceda a 60 salários mínimos”. O IRDR, no presente caso, foi admitido na data 17/04/2018 e não foi determinada a suspensão processual pelo relator Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini. O julgamento aconteceu em 05/11/2018 e o acórdão foi publicado em 01/04/2019. O entendimento firmado é de que, no caso de fornecimento de medicamentos de uso contínuo e por período indeterminado, a competência será das varas da Fazenda Pública quando o valor dos fármacos excederem o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, e será do Juizado Especial da Fazenda Pública se o custo anual do fármaco for inferior ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O oitavo ao décimo segundo casos de IRDR do TJRS foram admitidos, mas ainda não possuem julgamento. O oitavo caso, presidido pelo relator Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman, foi admitido em 07/05/2018, e trata da “possibilidade de titular de cargo público municipal se manter no cargo, mesmo após a aposentadoria voluntária pelo RGPS, nos casos de o ente municipal não possuir regime de previdência próprio”.

Neste caso, houve a suspensão de 280 processos estaduais, os quais aguardam julgamento (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

A “uniformização da cobrança de custas e despesas de precatórias relativas ao Estado, nos processos nos quais o ente municipal não tenha dado causa à referida rubrica, de acordo com os art. 980 e art. 982, inc. I, ambos do CPC” é o tema do nono caso de IRDR. O mesmo está sendo presidido pelo Desembargador Francisco Conti, foi admitido em 05/11/2018, suspendeu 36 processos e no momento aguarda pelo julgamento (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O décimo caso, que atualmente aguarda julgamento, é responsável pela maior suspensão do TJRS em razão do IRDR. A questão trata sobre “a competência para a execução individual de sentenças proferidas em ações coletivas referentes a diferenças remuneratórias de servidores públicos, quando o crédito é inferior ou igual a 60 salários mínimos”, e suspendeu 850 processos. O mesmo foi admitido em 09/11/2018, tendo por relator o Desembargador Leonel Pires Ohlweiler (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

O décimo primeiro caso, discute sobre “a retirada de patrocínio da Braskem do Plano Petros Copesul se ocorreu de acordo com os critérios estabelecidos pela legislação vigente e segundo as exigências da Superintendência de Previdência Complementar - PREVIC (órgão regulador)”. Houveram, no total, 18 questões específicas submetidas para julgamento. O mesmo foi admitido em 05/04/2019 e ocasionou a suspensão de 16 processos estaduais. O desembargador relator é Luís Augusto Coelho Braga, e, atualmente, esta questão aguarda julgamento (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

Por fim, o décimo segundo tema, trata da possibilidade ou não de os servidores públicos receberem danos morais se ocorrer o parcelamento salarial²⁰. O caso foi admitido em 14/05/2019, e houve a suspensão de

²⁰O décimo segundo tema de IRDR no TJRS trata das seguintes questões: “(1) se o atraso ou parcelamento dos vencimentos, soldos, proventos ou pensões de servidores públicos ativos, inativos e pensionistas, por si só enseja dano moral; (2) caso positivo, se há necessidade de comprovação ou se o mesmo está in re ipsa; (3) admitidas tais hipóteses, se pode cada servidor/pensionista, modo individual, propor mais de uma ação, (3.1) a relativamente a

213 processos estaduais. O desembargador relator é Armínio José Abreu Lima da Rosa, e essa questão ainda se encontra sem julgamento (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019).

Ao firmar uma tese jurídica para as demandas repetitivas, haverá tratamento isonômico entre os processos que discutem a mesma questão de direito, de tal maneira que o Poder Judiciário estará assegurando a isonomia. Desse modo, a isonomia decorrente do IRDR, é princípio que vem previsto no artigo 5º da Constituição Federal e se traduz na “proibição de privilégios e de discriminações por uma das partes, ou seja, nenhuma das partes pode ter vantagens. O tratamento paritário deve ser isonômico, sem diferenciações processuais” (SCHELEDER, 2015, p. 282).

Ainda, a ideia de segurança jurídica baseia-se no princípio da proteção da confiança, ou seja, traduz-se “na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos” (CANOTILHO, 1993, p. 372).

Portanto, o IRDR realiza a tutela jurisdicional de maneira uniforme para causas com idêntica questão de direito, o que resulta na concretização dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da efetividade. O instituto inibe a possibilidade de entendimentos díspares sobre a mesma questão de direito e faz com que as demandas tenham um tratamento igualitário perante a justiça, o que contribui para a celeridade dos julgamentos, pois a tese fixada abarcará vários processos que discutem a mesma questão.

Considerações finais

Existem litígios com muitas particularidades, porém, existem demandas com idênticas questões de direito que acabam congestionando as vias judiciais. Assim, o IRDR se constitui em um instrumento destinado a resolver a litigiosidade repetitiva e visa garantir a celeridade, a isonomia

e a segurança jurídica, visto que as demandas que discutem as mesmas questões de direito, devem ser tratadas de forma igualitária e previsível.

Assim, quando suscitado o IRDR ocorre a suspensão por determinado período dos processos que abarcam as situações idênticas, para que no julgamento seja dado um desfecho único, com a aplicação da tese uniformizadora a todos os feitos suspensos.

Através da aplicação do IRDR, as contendas massificadas contam com uma decisão judicial que abrange a todos os casos atuais e futuros. Assim, pode-se dizer que o instrumento está de acordo com os valores trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial a efetividade, pois pelo IRDR se materializa um resultado útil da demanda em um prazo razoável.

Ainda, o IRDR permite a concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, na medida em que possibilita aos jurisdicionados, que todas as demandas que tratam de questão idênticas terão o mesmo entendimento, trazendo a certeza e a estabilidade para as relações jurídicas.

Assim, para que exista a funcionalidade do rito e a publicidade das teses submetidas a julgamento, os tribunais disponibilizam em seus portais o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes, que são munidos de dados referentes às teses lá propostas. Desse modo, observando os dados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito da instauração de IRDR's, desde a entrada em vigor do CPC de 2015, conclui-se o grande número de processos com idênticas questões de direito, que puderam ter seus caminhos simplificados, com prazo razoável e com segurança jurídica.

Portanto, o IRDR revela-se um meio que confere a celeridade processual, que consolida a jurisprudência, na medida em que aplica a todos os casos idênticos o mesmo entendimento, e, conseqüentemente, gera a segurança jurídica, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Referências

AUFIERO, Mario Vitor. **Técnicas para julgamento de casos repetitivos no novo código de processo civil**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 265, março de 2017.

BASÍLIO, Ana Tereza; BEZERRA DE MELO, Daniela Muniz. **IRDR potencializa resultado de julgamentos de processos repetitivos.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-02/irdr-potencializa-resultado-julgamentos-processos-repetitivos>>. Acesso em: 04 de abril de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018 com dados dos 90 tribunais.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>> Acesso em: 23 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ defere primeiro pedido de suspensão nacional de processos em decorrência do IRDR.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Do *amicus curiae*. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dirlle, CUNHA, Leonardo Carneiro da (organizadores) e FREIRE, Alexandre (coordenador executivo). **Comentários ao Código de processo civil:** de acordo com a lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (organizadores) e DIDIER JUNIOR, Fredie (coordenador). **Coleção Novo CPC:** Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2 ed. Salvador: Editoria Juspodivm, 2017, v. 6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** Julgamento de casos repetitivos. Vol. 10. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Bruno Marcelo Ferreira; SIMÃO FILHO, Adalberto. Os efeitos da alteração da tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas. **XXVI Encontro Nacional Do Conpedi Brasília - DF,** 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/1743z27d/RW6aaaZR2u7e3Xoo.pdf>> Acesso em: 15 de junho de 2018.

- GOMES, José Renato Rocco Roland. **Incidente de resolução de demandas repetitivas como forma de proteção dos interesses transindividuais**. Dissertação de mestrado. Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2016.
- MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do Incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo**: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: Julgamento de casos repetitivos. Vol. 10. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 243, maio de 2015.
- NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**. Disponível em <<http://www.justificando.com/2015/02/18/0-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>> Acesso em: 02 de abril de 2018.
- OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. **Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do Novo Código de Processo Civil**: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0154697-13.2016.8.21.7000**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0212283-08.2016.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0251696-28.2016.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0240033-82.2016.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0266590-72.2017.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0378785-97.2017.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0035044-46.2018.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0137698-14.2018.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0280783-58.2018.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0027410-96.2018.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** nº **0385001-40.2018.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0085023-40.2019.8.21.7000.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **A (in)constitucionalidade da aplicação do Incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais estaduais cíveis.** Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

TESCHEINER, José Maria Rosa; OLIVEIRA, Daniele Viafore de. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: ALVIM, Angélica Arruda, ASSIS, Araken de, ALVIM, Eduardo Arruda, LEITE, George Salomão (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 50ª Ed. Vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Os negócios jurídicos processuais como instrumento de concretização da efetividade processual à luz do modelo cooperativo de processo

*Lais Scariot*¹

*Nadya Regina Gusella Tonial*²

Introdução

O presente artigo analisa os negócios jurídicos processuais frente ao modelo cooperativo do processo. Em especial, para compreender a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais atípicos, estabelecida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil (CPC), que possibilita que as partes moldem o procedimento das demandas sobre direitos disponíveis, de modo a adequar o desenvolvimento do processo às especificidades do direito material.

Desse modo, objetiva-se investigar a introdução da categoria dos negócios jurídicos processuais atípicos, no CPC de 2015, que permite a modificação do procedimento e possibilita a realização de ajustes procedimentais embasados na vontade dos litigantes. Também, compreender o modelo cooperativo de processo incorporado ao procedimento, bem como analisar se as convenções processuais podem ser instrumento para a concretização do princípio da efetividade processual.

¹ scariot.lais@gmail.com

² nadyatonial@gmail.com

Apesar da amplitude, o Código de Processo Civil também estabelece diversos limites a realização dos negócios jurídicos processuais, necessários para o controle da sua validade. Contudo, o objetivo maior dessa categoria jurídica é proporcionar maior participação dos sujeitos processuais no processo, estabelecendo um forte diálogo e cooperação entre eles, com o propósito maior de alcançar a efetividade processual e a decisão justa.

I - O modelo processual civil no Código de Processo Civil de 2015

O modelo processual civil brasileiro atual sucedeu os modelos processuais concebidos como adversarial (ou isonômico) e inquisitorial (ou assimétrico). Hoje, tem-se o modelo cooperativo de processo, que é um instrumento fundamentado na colaboração entre todos os sujeitos do processo, que devem cooperar para o resultado útil da prestação jurisdicional. Tal modelo ganhou ênfase a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Atualmente, o sistema processual civil comporta traços acusatórios e inquisitivos, pois tanto no Código de Processo Civil de 1973, quanto no Código de Processo Civil de 2015 é possível identificar funções relativas às partes e outras de incumbência do magistrado. Por exemplo, a iniciativa de inaugurar um processo vem da parte, já a complementação de provas pode ser determinada de ofício pelo juiz (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017).

Percebe-se que o processo civil brasileiro evoluiu, pois o legislador passou a se importar menos com os requisitos formais, dando ênfase e maior importância aos resultados práticos decorrentes do processo. Assim, o processo passou a ser visto como “um fim em si mesmo para crer em um processo como instrumento de consecução de decisões mais justas e efetivas” (AUILO, 2017, p. 46).

Nesse sentido, refere Didier Jr. que “os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao

autorregramento da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação³, que é fundamento do novo modelo cooperativo de processo civil (2018, p. 156).

Com origem no direito português, o princípio da cooperação visa estabelecer maior colaboração entre as partes e o Estado-juiz, além de fortalecer o diálogo entre estes, a fim de se alcançar a solução mais justa e adequada em cada caso controvertido. Logo, o artigo 6º do CPC assegura um modelo de processo civil cooperativo⁴, propiciando maior participação de todos os sujeitos processuais, durante todo o desenvolvimento do processo (BUENO, 2017, p. 101).

O CPC de 2015, com base no seu artigo 6º, traz como regra fundamental o dever de cooperação, inerente a todos os sujeitos envolvidos no processo, com o objetivo de alcançar uma decisão justa e efetiva. Diante disso, é possível observar que o princípio constitucional do contraditório passa a atingir todos os sujeitos processuais, e não somente as partes litigantes (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 81).

Destaca-se a necessidade de compreender a cooperação como corolário do contraditório. Assim, o princípio do contraditório é a garantia constitucional que assegura o direito de manifestação das partes sobre qualquer ato realizado no processo, e dele, extrai-se a referida cooperação. Conforme Bueno, o “contraditório deve ser entendido como possibilidade de participação e colaboração ou cooperação ampla de todos os sujeitos processuais ao longo de todo o processo”. Logo, deve-se estender a todos os envolvidos no processo (2017, p. 50-51).

Com a efetiva participação de todos os sujeitos processuais no processo, assegurada pelo princípio do contraditório, a decisão de mérito pode concretizar uma solução mais justa e correta ao direito tutelado,

³ O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 6º, consagrou o princípio da cooperação: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴ Segundo Didier Jr. “esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida” (2018, p. 156).

pois o magistrado irá decidir com base no que for alegado na discussão, frente ao ambiente de cooperação, tornando assim, a prestação jurisdicional mais efetiva (AUILO, 2017, p. 50).

O modelo cooperativo de processo civil configura maior alcance ao princípio constitucional do contraditório, pois engloba o magistrado e demais auxiliares que fazem parte do órgão da justiça. Todos os envolvidos na tutela jurisdicional devem ter ampla participação no processo. Assim, o magistrado não será apenas a autoridade do procedimento, ele deve participar efetivamente, o que estruturará uma verdadeira democracia (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017).

O processo desenvolve-se por meio de um forte diálogo⁵, colocando os sujeitos processuais em pé de igualdade, criando uma espécie de comunidade de trabalho. O magistrado apenas fiscalizará o andar do procedimento, até o momento de proferir a sua decisão (MATOS, 2010, p. 158-159). O modelo cooperativo⁶ de processo civil “busca uma condução do processo sem destaques a algum sujeito em específico, cabendo ao juiz distanciar-se das partes somente no momento de proferir sua decisão” (MITIDIERO, 2015, p. 114-115).

Deve ser estabelecido um ambiente de equilíbrio entre as partes e o juiz, fundado no diálogo, de modo que o juiz só se afastará das partes no momento de decidir o mérito. Isso configura uma releitura do princípio do contraditório, devido ao alcance a todos os sujeitos processuais. As partes irão discutir em um espaço norteado pela cooperação (AUILO, 2017, p. 52).

A cooperação⁷ alcança todos os figurantes envolvidos na tutela jurisdicional, não se limita as partes e o magistrado. Disso resulta o dever

⁵ “A condução do processo deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais” (DIDIER JR., 2018, p.156).

⁶ “Isto induz à assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devem atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação” (THEODORO JÚNIOR *et. al*, 2016, p. 88).

⁷ A cooperação “deve ser praticada por todos os sujeitos do processo. Não se trata, portanto, de envolvimento apenas entre as partes (autor e réu) e de seus procuradores, aí compreendidas também os membros da advocacia

de cooperação mútua entre partes e o Tribunal (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 83). Do dever de cooperação, é possível extrair deveres inerentes à função do magistrado, os quais se desdobram em dever de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio. O dever de esclarecimento se relaciona às partes, devendo estas esclarecer qualquer ato que o juiz solicitar; o dever de consulta impõe ao juiz que realize a oitiva das partes sobre qualquer ato realizado no processo; o dever de prevenção determina que o magistrado deve alertar as partes sobre as vantagens, desvantagens e consequências dos atos praticados no processo; e por fim, o dever de auxílio estabelece que o juiz deve auxiliar as partes em qualquer circunstância, amparando-as nas dificuldades e no exercício dos seus direitos processuais (BUENO, 2017, p. 101).

A decisão final de mérito é ato exclusivo do juiz. O processo irá se desenvolver baseado na colaboração e cooperação de todos os sujeitos processuais, com o objetivo de proporcionar uma solução mais justa e correta ao caso concreto, “pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”, mas ao final, quem irá determinar o resultado é o juiz (DIDIER JR., 2018, p. 157).

O Código de Processo Civil de 2015 traz inúmeras premissas que estimulam o diálogo e a cooperação, como por exemplo, os princípios da boa-fé processual, da fundamentação das decisões e do contraditório, os quais permitem que as partes influenciem e participem da resolução da causa (THEODORO JÚNIOR *et. al*, 2016, p. 92).

O princípio da cooperação almeja uma marcha processual pacífica, para evitar condutas que embaracem ou atrasem o desenvolvimento do pleito, elevando a cota de participação dos sujeitos processuais e estruturando um ambiente democrático, de modo que, todos trabalhem juntos para alcançar uma decisão de mérito verdadeiramente efetiva (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 84).

pública e da defensoria pública, mas também de eventuais terceiros intervenientes (em qualquer uma das diversas modalidades de intervenção de terceiros), do próprio magistrado, de auxiliares da Justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atuar na qualidade de fiscal da ordem pública” (BUENO, 2017, p. 102).

O modelo cooperativo é sucedâneo dos modelos adversarial e inquisitivo de processo civil (DIDIER JR., 2018, p. 158). Tal modelo preconiza o alcance de decisões mais justas, respaldadas nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Com a participação de todos os sujeitos processuais, é possível atingir o grau máximo de efetividade da tutela jurisdicional (BEDAQUE, 2011, p. 28).

As garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé processual e da economia processual devem ser aplicadas, simultaneamente, ao princípio da cooperação, para que seja possível concretizar o modelo cooperativo de processo civil (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017).

Portanto, resta claro que o modelo cooperativo de processo visa garantir a ampla participação de todos os sujeitos processuais. As partes e o Estado-Juiz são colocados em posição de igualdade e equilíbrio durante todo o desenvolvimento do processo para que cooperem mútua e harmonicamente, sendo que o forte diálogo estabelecido entre eles busca flexibilizar e adequar o procedimento às especificidades de cada caso concreto, para que se obtenha uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo considerado razoável. Como decorrência dessa cooperação apresenta-se a flexibilização processual, em especial, pela figura dos negócios jurídicos processuais.

II - Negócios jurídicos processuais: realidade de existência no CPC de 2015

O Código de Processo Civil de 1973 já trazia em seu texto, a possibilidade de realização de negócio jurídico processual, todavia eram negócios jurídicos típicos, elaborados a partir das normas previstas no sistema processual. Com a criação do Código de Processo Civil de 2015, além desses negócios jurídicos processuais adotados pela codificação anterior, surgiu uma nova modalidade, qual seja, o negócio jurídico processual atípico, que oportuniza, por meio de uma cláusula geral, que as

partes realizem convenções de acordo com seus interesses e vontades, para que o procedimento se ajuste conforme o caso em discussão.

O negócio jurídico propicia aos negociantes a liberdade de estipulação e celebração, em sede de acordo, sobre determinado assunto que seja objeto de discussão entre eles. A legislação não impõe determinado regramento aos negócios, ficando no poder das partes convencionar da forma que acharem mais adequada ao caso (GAIO JÚNIOR; GOMES; FAIRBANKS, 2017, p.10).

As convenções em matéria processual já existiam no Código de Processo Civil de 1973, como por exemplo a suspensão do processo e a dispensa de audiência, porém o CPC de 2015 abriu novas oportunidades para a realização de negociações, ou seja, criou a possibilidade de construção dos negócios jurídicos processuais atípicos (CRUZ E TUCCI, 2017, p. 26).

Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novos parâmetros aos negócios jurídicos processuais, pois prevê maior flexibilização procedimental dentro do processo. O artigo 190⁸ e seu parágrafo único, expressam a possibilidade de mudança no procedimento se as partes assim preferirem, mas sempre respeitados os princípios constitucionais (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 494).

Com o artigo 190 do CPC de 2015, criou-se uma nova modalidade de negócio jurídico processual, que ultrapassa as normas já previstas no regramento e possibilita a flexibilização procedimental. É possível que as partes estipulem e convencionem sobre o procedimento e negociem sobre seus ônus, faculdades, direitos e deveres relacionados ao processo. Trata-se de negócio jurídico processual atípico, o qual é ajustado conforme o interesse das partes litigantes (NOGUEIRA, 2018, p. 263).

Dessa forma, percebe-se que as partes têm o poder de moldar o procedimento conforme as suas conveniências e necessidades, sem preci-

⁸ Artigo 190 do Código de Processo Civil: "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

sar seguir rigorosa e detalhadamente o que a lei prevê, como no caso dos negócios jurídicos típicos. As partes podem negociar sobre o desenvolvimento da demanda, da forma que for mais favorável e apropriado a elas, sendo possível assim, evitar conflitos (CUNHA, 2017, p. 56).

A intenção do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 é adequar o procedimento a cada caso concreto, de acordo com o que for mais apropriado aos sujeitos processuais. A norma possibilita que o procedimento seja organizado e até modificado pelas partes, conforme os seus interesses. Tem-se uma cláusula geral de negociação criada pelo novo sistema normativo (GAIO JÚNIOS; GOMES; FAIRBANKS, 2017, p. 11).

A nova cláusula está ligada ao princípio da autonomia da vontade, previsto no artigo 3º, §3º⁹, do CPC, o qual assegura o dever de estimular a autocomposição no processo, decorrente do princípio maior do autorregramento da vontade, pois se abre espaço para que as partes atuem de forma mais autônoma, ditando o andar do procedimento (NOGUEIRA, 2018, p. 289). Ainda, da cláusula geral de negociação, é possível deduzir o princípio da atipicidade da negociação processual, que serve para materializar e efetivar o princípio do autorregramento da vontade no processo (DIDIER JR., 2018, p. 443).

Segundo Cunha “põe-se por descoberto, no novo CPC, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento, é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal”. Sendo assim, percebe-se que do direito à liberdade¹⁰ decorre o direito ao autorregramento da vontade no processo (2017, p. 62).

O princípio do autorregramento da vontade propicia às partes um amplo espaço para convencionar e acordar sobre o processo, a fim de encontrar uma solução adequada. O órgão jurisdicional não participa da autocomposição, mas tem a função de controlar a validade da mesma, de

⁹ Artigo 3º do Código de Processo Civil: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

¹⁰O direito de liberdade consagra “a liberdade de expressão intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença” (PIRES, 2016, p. 215).

forma que só irá homologar o que foi estipulado pelas partes se achar pertinente e compatível com o caso concreto. Nesse sentido, percebe-se que a função do juiz sofre uma mudança frente aos negócios jurídicos processuais, pois ele “se transforma num facilitador da negociação, possuindo o dever de implementar e assegurar o cumprimento do que foi convenionado pelas partes e também de controlar a validade das convenções” (NOGUEIRA, 2018, p. 261-262).

Dessa forma, nota-se que os negócios jurídicos processuais são instrumentos que possibilitam a flexibilização procedimental, com o objetivo de adequar o processo a cada caso concreto e satisfazer os interesses das partes litigantes, tornando a tutela jurisdicional verdadeiramente efetiva (GAIO JÚNIOR; GOMES; FAIRBANKS, 2017, p. 8). Essa ideia está relacionada com o princípio da cooperação, previsto no artigo 6º¹¹ do Código de Processo Civil, que assegura maior diálogo e participação de todos os sujeitos processuais, incluindo o magistrado, para que se obtenha uma solução efetiva e justa (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 494).

Nessa senda, “entende-se por negócio jurídico processual a declaração de vontade expressa, tácita ou implícita, a que são reconhecidos efeitos jurídicos, conferindo-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais” (DIDIER JR., 2018, p. 376-377). O negócio jurídico processual é um fato jurídico voluntário, que proporciona às partes a capacidade de estipular, regular e até alterar alguns detalhes do procedimento, para que este se ajuste ao caso em discussão, mas sempre à luz dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (DIDIER JR., 2017, p. 105).

É possível ainda, definir o negócio jurídico processual como “o ato jurídico voluntário pelo qual as partes, no processo ou fora dele, mas sempre nele visando produzir efeitos, podem determinar o conteúdo e o efeito de situações jurídicas processuais” (FREITAS; ABREU; GONÇALVES, 2017).

¹¹Artigo 6º do Código de Processo Civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Através dos negócios jurídicos processuais atípicos¹², as partes podem convencionar sobre seus direitos, faculdades, ônus¹³ e deveres¹⁴ processuais, ocorrendo a flexibilização do procedimento e fazendo com que os efeitos deste fenômeno se reflitam dentro do processo ou, até mesmo, fora dele. É o que caracteriza a natureza negocial do negócio jurídico (GAIO JÚNIOR; GOMES; FAIRBANKS, 2017, p. 8).

É possível a realização de negócios jurídicos processuais atípicos quando se tratar de “(a) ônus, faculdades, deveres e poderes das partes (criando, extinguindo ou modificando direitos subjetivos processuais); (b) redefinição da forma ou ordem dos atos processuais (procedimento)”. Dessa forma, é permitido as partes pactuar sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais e estipular mudanças no próprio procedimento (TAVARES, 2016, p. 7).

Os negócios jurídicos processuais positivados pelo artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 são acordos bilaterais, que admitem a flexibilização procedimental se for a vontade das partes. Deve-se levar em conta que “as especificidades da causa mencionadas no enunciado normativo constituem as circunstâncias que as próprias partes convencionam como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento”. Desse modo, nota-se que é poder das partes escolher quais as situações jurídicas processuais serão modificadas ou ajustadas (NOGUEIRA, 2017, p. 102).

A doutrina traz inúmeros exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos, como o acordo de instância única, acordo de ampliação ou

¹²Nos ensinamentos de Didier Jr. “o negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais - ônus, faculdades, deveres e poderes (“poderes”, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual - redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos” (2018, p. 443-444).

¹³Os ônus processuais “não obrigam a parte a praticar determinados atos no curso do processo, mas lhe acarretam prejuízos jurídicos quando descumpridos”. “Os ônus, diversamente do que se passa com os deveres e obrigações, só existem para as partes. A eles não se submetem nem o juiz nem seus órgãos auxiliares” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 189).

¹⁴Os deveres processuais são prestações “que não as de expressão econômica, a que se sujeitam as partes de qualquer relação jurídica”. “Os deveres processuais são de natureza pública, e seu descumprimento, em muitos casos, gera graves sanções, até de natureza penal” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 188-189).

redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário. Além disso, do artigo 190 se desdobram as regras gerais que regulam os negócios jurídicos processuais, sendo que o dispositivo em questão, deve ser interpretado juntamente com o artigo 200 do mesmo sistema normativo, pois juntos definem os limites que devem seguir as negociações (DIDIER JR., 2018, p. 445-446).

Nos ensinamentos de Theodoro Júnior:

a alteração convencional de alguns procedimentos, que a lei autoriza para ajustá-los às especificidades da causa, exige o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) a causa deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; e (iii) a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes (art. 190, caput). O ajuste pode ocorrer antes ou durante a marcha processual (2018, p. 495).

O CPC de 2015 buscou enumerar alguns requisitos para a realização de negócios jurídicos processuais com a preocupação de evitar o abuso de direito, devido a possibilidade de as partes possuírem poder para convencionalizar sobre o procedimento. Por isso, só é possível o negócio quando se tratarem de direitos que admitem autocomposição, quando estiver provada a capacidade das partes e quando estas não se encontrarem em situação de vulnerabilidade (NOGUEIRA, 2017, p. 103). O artigo 190, em seu parágrafo único, traz a possibilidade de incapacidade pela situação de vulnerabilidade, ou seja, se as partes se encontrarem em situação de desequilíbrio, em que não exista igualdade de condições para celebrar o negócio, este não será possível (DIDIER JR., 2018, p. 450).

Contudo, antes de preenchidos os requisitos de validade já mencionados, primeiramente, “para que o negócio processual exista é necessária a manifestação da vontade de criar ou aceitar o negócio e, a partir disso, determinar a categoria jurídica processual pertinente para a configuração

de superveniente eficácia processual” (GAIO JÚNIOR; GOMES; FAIRBANKS, 2017, p. 9).

Nesse sentido, são pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais os requisitos subjetivos, como a capacidade processual e postulatória; os requisitos objetivos, como o respeito ao formalismo processual; e, a ausência de vícios de vontade, como coação, erro, dolo e fraude (NOGUEIRA, 2018, p. 270-271).

Explica Didier Jr. que

para serem válidos, os negócios processuais devem: a) ser celebrados por pessoas capazes; b) possuir objeto lícito; c) observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167, Código Civil). O desrespeito a qualquer desses requisitos implica nulidade do negócio processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190 (2018, p. 448).

Ainda, no que se refere aos requisitos do negócio jurídico, para ele ser válido é necessário “um consentimento livre e de boa-fé” (TAVARES, 2016, p. 8). Isto porque, o negócio jurídico processual é um ato de livre vontade, de modo que é necessário a aceitação livre de ambas as partes para que seja possível a negociação. Ainda, durante todo o procedimento deve ser observado o princípio da boa-fé processual, previsto no artigo 5^o¹⁵ do Código de Processo Civil de 2015 (DIDIER JR., 2018, p. 459).

Ademais, para a realização de qualquer ato negocial de natureza processual devem ser observados e cumpridos todos os requisitos gerais de validade estabelecidos para a execução de todos os demais atos processuais que existam no processo. As normas que regem o sistema de invalidades também se estendem aos negócios jurídicos processuais, positivadas pelo artigo 276 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 (NOGUEIRA, 2018, p. 271).

Dessa forma, é necessário o cumprimento dos requisitos de validade para que seja possível a elaboração de negócio jurídico processual (típico

¹⁵Artigo 5º do Código de Processo Civil: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

e atípico). Constatase ainda, que para a realização de negócio jurídico atípico, além dos pressupostos já mencionados, é necessária a observância do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil que disciplina essa modalidade de negócio (NOGUEIRA, 2018, p. 271).

Dentro dos limites estabelecidos pela lei, é possível que o juiz e as partes acordem e estipulem juntos sobre o procedimento, criando um forte diálogo e cooperação entre eles, a fim de adequar o processo ao caso concreto em discussão e satisfazer os interesses dos litigantes, para obter, ao final da demanda, uma solução justa e efetiva (NOGUEIRA, 2017, p. 103-104).

Didier Jr. aponta que “embora o caput do art. 190 do CPC mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional”. É autorizada a participação do magistrado no negócio jurídico processual, de forma que este, além de controlar a validade do negócio, também possa ser sujeito ativo na negociação (2018, p. 446).

O Código de Processo Civil de 2015 buscou tornar o processo mais democrático, valorizando e permitindo maior participação das partes, durante o processo e na construção de uma solução efetiva. Os negócios jurídicos processuais atípicos são instrumentos de flexibilização procedimental, a fim de adequar o procedimento ao caso em litígio, de modo a assegurar mais eficiência à decisão jurisdicional e à própria jurisdição (GAIO JÚNIOR; GOMES; FAIRBANKS, 2017, p. 11).

Portanto, nota-se que os negócios jurídicos processuais atípicos são mecanismos de incentivo à celebração de convenções processuais. Decorrem dos princípios da autonomia da vontade e do autorregramento da vontade no processo, os quais possibilitam maior autonomia e espaço para a realização de acordos entre as partes, construindo um ambiente de cooperação. O objetivo dos negócios jurídicos processuais é ajustar o procedimento ao caso submetido à análise judicial, conforme os interesses das partes, para que seja alcançada uma solução harmônica, justa e

verdadeiramente efetiva. Contudo, tais convenções ficam submetidas a limites estabelecidos em lei.

III - A efetividade dos negócios jurídicos processuais atípicos

A adequação procedimental viabilizada pelos negócios jurídicos processuais atípicos precisa ser efetiva para que possa externar os seus efeitos na prática e satisfazer os interesses dos litigantes. Para isso, é preciso analisar as consequências que se desdobram dessas negociações atípicas, para verificar se é possível a concretização da efetividade processual.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidades que romperam com o sistema do Código de Processo Civil de 1973. As premissas do Código atual são totalmente diferentes das do anterior. As três principais inovações são a cláusula geral de atipicidade, diante da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos, o autorregramento da vontade, de modo que prevalece a vontade das partes, e a possibilidade de adequação do procedimento pelas partes e pelo magistrado (REDONDO, 2017, p. 396-397).

Os negócios jurídicos processuais atípicos oportunizam às partes a possibilidade de dispor sobre algumas situações processuais, quando o litígio for passível de autocomposição, para que convençionem e estipulem sobre seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais e sobre o procedimento, para adequar o processo ao caso concreto e atingir um resultado útil, justo e efetivo (BUENO, 2017, p. 224-226).

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos é concretizada por uma cláusula geral, a qual abre amplo espaço para convenções de acordo com a vontade das partes. Porém, ao mesmo tempo que amplia a possibilidade de realizar negociações, também deixa de estabelecer limites prévios para o controle das mesmas, pois o legislador não criou normas específicas, de modo taxativo, para restringir o uso e o alcance dos negócios jurídicos (REDONDO, 2017, p. 398).

O artigo 190 do Código de Processo Civil, em seu texto, expressa o objeto dos negócios jurídicos processuais, quais sejam, ônus, deveres, poderes e faculdades processuais, mas deixa uma lacuna a respeito de quem são os titulares do objeto. Por essa razão, o primeiro passo é identificar os titulares das situações processuais postas à convenção (REDONDO, 2017, p. 398).

Além disso, inúmeras outras situações poderão surgir diante da possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais, situações essas que necessitarão de cuidadosa interpretação e análise do aplicador das normas, para adequá-las ao procedimento de forma correta e conveniente, respeitando sempre os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (REDONDO, 2017, p. 398).

Nesse sentido, mostra-se necessária a quebra de paradigma em face do Código de Processo Civil de 1973 para a perfeita interpretação do Código de Processo Civil de 2015, pois as premissas são totalmente diferentes. Os propósitos positivados no Código de Processo Civil de 1973 devem ser abandonados, para que seja possível observar as novas metas que o estatuto de 2015 abrange (REDONDO, 2017, 399).

Nesse sentido, vislumbra-se que os negócios jurídicos processuais atípicos possuem amplo alcance, e podem trazer inúmeros benefícios não só às partes envolvidas, como também ao sistema judiciário, pois tal instrumento pode se tornar um forte meio de solução consensual de conflitos. Para isso, é necessário que os negócios jurídicos se desenvolvessem, durante todo o procedimento, dentro dos limites das normas fundamentais estabelecidas pelo ordenamento jurídico, para atingir a máxima da efetividade e sua realização seja efetivada pelo magistrado (CABRAL, 2018, p. 380-390).

A efetividade é fundamento dos negócios jurídicos processuais e da adequação do procedimento e assegura que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (REDONDO, 2017, p. 100). O princípio da efetividade é estabelecido pelo artigo 5º, inciso XXXV

da Constituição Federal e garante que os instrumentos processuais “devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 75).

Dessa forma, os negócios jurídicos processuais podem ser um importante instrumento de concretização da efetividade processual, pois eles acontecem conforme a vontade e os interesses das partes, podendo propiciar uma decisão justa e célere, em que todos os sujeitos processuais tiveram a oportunidade de se manifestar (CABRAL, 2018, p. 228-231).

O princípio da efetividade, ainda, engloba a duração razoável do processo, consagrado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, pois para ser efetivo o processo necessita durar tempo conveniente e necessário para alcançar um resultado justo. Um processo lento pode estender a situação litigiosa e não atingir a solução almejada, violando assim, o princípio da efetividade (REDONDO, 2017, p. 100-101).

A efetividade da tutela jurisdicional é essencial a qualquer pleito, pois o resultado do processo só externará os seus efeitos se for justo e efetivo. Conforme assevera Marinoni, o processo é o “instrumento de que dispõe a jurisdição para cumprir o seu dever e exercer o seu poder – deve ser estruturado de modo a permitir a outorga das tutelas prometidas pelo direito material” (2011, p. 432).

Com isso, os negócios jurídicos processuais têm por objetivo realizar o direito material, por meio da colaboração, do diálogo, da igualdade e demais premissas inovadas e asseguradas pelo Código de Processo Civil de 2015. A adequação do procedimento busca a interação entre as partes e o magistrado, para que trabalhem juntos na busca da melhor solução ao caso concreto (REDONDO, 2017, p. 138-139).

Portanto, falar em efetividade, significa falar em instrumentalidade. O processo é o instrumento que o Estado coloca à disposição das partes para a solução de litígios. É através dele que o Estado cumpre a tutela jurisdicional, realiza o direito material e concede uma solução ao caso controvertido. Porém, só é possível considerar o processo como instru-

mento, a partir do momento em que ele realiza os seus objetivos. Quando o processo atinge os seus objetivos, quer dizer que ele alcançou a efetividade. (DINAMARCO, 2003, p. 181).

Os objetivos do processo são a realização dos escopos que se desdobram dele, quais sejam, o escopo social, o escopo jurídico e o escopo político. O escopo social objetiva a paz social, ou seja, a tutela jurisdicional deve proporcionar uma solução justa, de modo a promover a pacificação social; o escopo jurídico se relaciona com a busca da verdade para a realização da justiça; e o escopo político promove a participação de todos no processo, constituindo uma democracia (DINAMARCO, 2003, p. 194-220).

Assim, os negócios jurídicos processuais precisam atingir os objetivos sociais, jurídicos e políticos, pois são a base para a perfeita e efetiva realização da tutela jurisdicional e da externalização de seus efeitos. Os escopos do processo possuem ligação com os elementos necessários para a concretização dos negócios jurídicos processuais, quais sejam, a possibilidade de manifestação de vontade das partes, a efetiva participação e colaboração de todos os sujeitos e a estipulação e adequação do procedimento (CABRAL, 2018, p. 421).

Aduz Dinamarco, que a efetividade do processo “significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade” (2003, p. 331).

Nesse sentido, os negócios jurídicos podem ser importante instrumento para satisfazer os interesses das partes frente aos seus direitos, em face da maior participação proporcionada. Com isso, por meio da convenção, as partes deliberam o regular andar do processo, da forma que melhor lhes agrada, mas sempre dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico e respeitando a posição da parte adversária, em busca do melhor resultado para o problema (REDONDO, 2017, p. 126-129).

A insatisfação das partes pode comprometer a paz social, *status* objetivado pelo processo. “É preciso adequar o processo ao cumprimento de

toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (“toda decepção é muito triste”), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema”. Como a adequação do procedimento se dá por esforços das partes, mais facilmente será atingido o contentamento dos sujeitos envolvidos (DINAMARCO, 2003, p. 331).

O processo, norteado pela instrumentalidade, alcançará o direito material, conduzindo o procedimento de acordo com as peculiaridades e características do caso em discussão, para atingir a efetividade processual esperada. Então, os negócios jurídicos processuais, pautados nos elementos necessários a sua realização, atingirão o objetivo final estabelecido pelas partes e serão efetivos (REDONDO, 2017, p. 174-175).

As convenções se realizam em um ambiente que favorece a colaboração e participação de todos os sujeitos envolvidos, constituindo uma comunidade de trabalho, em que há uma divisão de funções e de cota de participação. Isso cria um espaço coordenado pela boa-fé e pela cooperação, na qual o juiz e as partes juntam seus esforços para encontrar a melhor solução para a causa (CABRAL, 2018, p. 215-216).

A ideia de adequação do procedimento é compatível com a flexibilização procedimental fixada pelo Código de Processo Civil de 2015. Ela possibilita a interpretação da situação em litígio e das normas positivas, quando não existirem regras específicas, para que o procedimento se amolde ao caso concreto, e preenche as lacunas deixadas pela falta de legislação, para obter, no final, decisão favorável e efetiva (REDONDO, 2017, p. 154-155).

Na opinião de Cabral

se a convencionalidade é uma estruturação, o acordo processual será um instrumento de previsão e regramento de relações futuras; mas pode ser também uma maneira de modificar e extinguir situações já existentes, e então a convenção presta-se à função de mecanismo gerencial do processo atual. Portanto, processo e convenção encontram-se e convergem mais uma vez por serem técnicas de organização e reorganização de relações jurídicas. [...] As convenções processuais promovem um rearranjo das relações entre o

direito e processo como nunca antes se experimentou. As regras do procedimento assumiram um maior valor econômico e, no negócio jurídico, as partes podem pensar em trocas entre direito material e direito processual, um *trade-off* entre formalidades processuais e benefícios no campo do direito material (2018, p. 242).

Redondo, também, refere que

utilizada de forma ponderada (isto é, observados todos os pressupostos/requisitos necessários), a adequação atípica do procedimento – não apenas pelo juiz, como também pelas partes (arts. 190 e 200 do CPC) – apresentam-se como mais um importantíssimo instrumento para o alcance do verdadeiro objetivo do Direito Processual: a mais plena efetividade da tutela do direito (arts. 4^a e 6^o), mediante uma prestação jurisdicional eficiente (art. 8^o) e justa (2017, p. 214-215).

Nesse sentido, quando

em vários campos da atividade estatal, fala-se em eficiência, efetividade, redução de custos, simplificação e celeridade, paulatinamente o procedimento foi sendo atropelado por sucessivas reformas da lei processual. A solução legislativa para a crise de eficiência do processo tem sido, nos últimos anos, a drástica redução do procedimento. Mas o processo estatal não poderá simplificar-se eternamente. A supressão dos atos processuais tem limite: não é possível mutilar o processo *ad infinitum*; há um mínimo de garantias que o procedimento oferece às partes. Assim, se, para evoluir, o legislador não pode simplesmente suprimir o procedimento, é imperativo que o processualista admita formas processuais alternativas à legalidade estrita, e que possam concretizar todos estes espaços sem eliminar o procedimento; ao contrário, autorizando-lhe a adaptação (CABRAL, 2018, p. 236).

Logo, vantajosa é a possibilidade de adequação do procedimento por meio dos negócios jurídicos processuais atípicos. Tal fato não viola os princípios e garantias fundamentais, pois deve ser realizado de acordo com as normas gerais fixadas pelo ordenamento jurídico, podendo trazer benefícios às partes a à própria jurisdição. Revela-se um instrumento célere e comprometido com os propósitos de legalidade, proporcionali-

dade, razoabilidade, conveniência e segurança jurídica (REDONDO, 2017, p. 158-159).

A celebração de convenções favorece o diálogo e o debate entre os envolvidos, possibilitando às partes que se manifestem e estipulem sobre o desenvolvimento do procedimento. Assim, os acordos instaurados, sejam eles pré-processuais ou incidentais, podem contribuir para a eliminação de conflitos e para o alcance de maior eficiência do resultado final (CABRAL, 2018, p. 221-226).

Salienta-se que o Judiciário não pode prever todos os casos que buscarão a tutela jurisdicional, mesmo diante de todas as normas que o ordenamento jurídico possui para enquadrar aos acontecimentos. Em face disso, as negociações atípicas podem servir de relevante instrumento para resolver situações em que a lei não pode prever ou situações que podem advir das condutas das partes no próprio processo. Logo, mesmo diante da grande demanda da prestação jurisdicional, para cada caso seria possível estabelecer “regras” apropriadas para resolvê-lo, mas sempre dentro dos limites estabelecidos pela legislação (CABRAL, 2018, p. 228).

As negociações processuais podem trazer economia processual, tornando o trâmite do pleito mais célere, pois pela possibilidade de adequação do procedimento, serão aplicados os institutos que mantiverem relação com o caso concreto e com as necessidades e objetivos dos envolvidos. Além disso, as convenções processuais transmitem segurança jurídica e previsibilidade quanto à aplicação das normas sobre o direito tutelado (CABRAL, 2018, p. 228-229).

Portanto, compreende-se que os negócios jurídicos processuais atípicos revelam-se um mecanismo de concretização da efetividade, pois o processo irá amoldar-se de forma a satisfazer as vontades dos sujeitos processuais, respeitando o direito tutelado pelo Estado. Também, o procedimento ocorrerá de forma mais célere, devido ao empenho das partes litigantes em cumprir as convenções, visto que estabelecem cláusulas que facilitam o trâmite da demanda. O negócio jurídico processual atípico é

um forte instrumento para a solução de conflitos de forma cooperativa, que objetiva proporcionar um resultado satisfatório, justo e efetivo.

Considerações finais

O Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo cooperativo de processo com intuito de tornar o processo mais justo e eficaz. Com a superação dos modelos inquisitorial e adversarial, os quais posicionavam o juiz como figura distante e superior às partes, o modelo cooperativo de processo trouxe a participação de todos os sujeitos processuais no desenvolvimento da demanda, promovendo um ambiente de cooperação, em que todos trabalham juntos para a obtenção da melhor solução ao caso concreto.

Juntamente com o modelo cooperativo de processo, foi positivado o instituto dos negócios jurídicos processuais, os quais se dividem em típicos e atípicos. Os típicos, já se encontravam positivados pelo Código de Processo Civil de 1973. Já os atípicos, foram instituídos pelo artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, e permitem a flexibilização procedimental em demandas envolvendo direitos disponíveis, ou seja, a regulação do procedimento conforme a vontade e interesses dos litigantes e as peculiaridades do direito material, com o objetivo de obter uma decisão de mérito mais justa e efetiva.

Com a implementação dos negócios jurídicos processuais atípicos surgiu a possibilidade das partes celebrarem convenções, com o objetivo de adaptar o procedimento às especificidades do caso concreto. Tais acordos representam importante instrumento para a solução consensual de conflitos, pois as partes assumem um amplo espaço de participação durante todo o procedimento, podendo adequar o rito. Todavia, a pactuação das partes deve respeitar as garantias constitucionais do processo, que não podem ser abolidas ou mitigadas por se tratarem de direitos fundamentais. Nesse viés, o magistrado possui papel importante na cele-

bração dos negócios jurídicos processuais, pois a ele caberá controlar a validade das convenções e confirmar a aplicação das mesmas.

Ressalta-se que, o modelo cooperativo de processo exige situação de equilíbrio entre os litigantes para a realização de convenções. Nenhuma das partes pode se encontrar em situação de vulnerabilidade, para não ocorrer vantagens excessivas, desvantagens ou prejuízos em relação a alguma delas. A igualdade, decorrente da paridade de condições, é requisito de validade dos negócios jurídicos processuais.

Com isso, constata-se que os negócios jurídicos processuais representam um mecanismo que promove a efetiva solução de conflitos, pois possibilitam que as partes debatam e regulem o procedimento, dispondo sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais, de acordo com os seus interesses e com as peculiaridades do direito tutelado. Isso é possível em face do modelo cooperativo que propicia um amplo ambiente de participação de todos os sujeitos processuais, oportunizando a celebração das convenções.

Portanto, os negócios jurídicos processuais, à luz do modelo cooperativo processo, promovem a obtenção de uma decisão de mérito mais célere e justa, visto que embasada na vontade das partes, concretizando, dessa forma, a efetividade processual.

Referências

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BEDAQUE, José Carlos Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual**. Revista dos Tribunais, vol. 40, ano 2015, n. 241, Mar. 2015.

CAMBI; Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. **Princípio da cooperação processual o novo CPC**. Revista dos Tribunais, vol. 984, ano 2017, n. 6417, p. 345-384, Out. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Natureza e objeto das convenções processuais”. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, 20ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, S. H. Z.; ABREU; J. R. S. C.; GONÇALVES, M. F. C. Negócio jurídico processual: um estudo sobre a viabilidade do negócio jurídico na evolução da ciência processual e no modelo cooperativo de processo no Brasil. **VII Encontro Internacional do Conpedi/Braga – Portugal**, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/1568og9r/MCi1D45ZS66vY44e.pdf>>. Acesso em 23 out. 2018.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. **Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015**. Revista dos Tribunais, vol. 267, ano 2017, n. 1028, p. 43-73, Maio 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Wolter Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos**. Revista dos Tribunais, vol. 254, ano 2016, n. 19687, p. 91-109, Abr. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 58ª ed., Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 59^a ed., Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/cfi/6/40!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA; Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 3^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16^a ed., reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A capacidade civil e o direito à inclusão social das pessoas com transtorno do espectro autista: uma questão de respeito à dignidade humana

*Patrícia Besson de Moraes*¹
*Nadya Regina Gusella Tonial*²

Introdução

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual assegura o direito à inclusão e o respeito às pessoas com deficiência. Essas disposições encontram-se incorporadas como direitos fundamentais na Constituição Federal e deram ensejo a elaboração de um microsistema protetivo específico, por meio da Lei n. 13.146/2015, denominado de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No que tange ao autismo, não existia nenhuma proteção específica garantida por parte do Estado para as pessoas com transtorno do espectro autista. Somente após a edição da Lei n. 12.764/12, os autistas conquistaram o direito que os equipara às pessoas com deficiência para todos os efeitos legais.

Com isso, as pessoas com transtorno do espectro autista foram equiparadas às pessoas com deficiência e adquiriram os direitos estabelecidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que confere proteção, com

¹ pbessondemora@gmail.com

² nadyatonial@gmail.com

intuito de promover a igualdade, gerar a autonomia e respeitar a personalidade de cada indivíduo.

Diante dessa realidade, o presente estudo possui um duplo viés: compreender o autismo e sua proteção legal; e ainda investigar sobre a questão da capacidade civil das pessoas com transtorno do espectro autista.

I - O transtorno do espectro autista: considerações essenciais

Todas as pessoas possuem dignidade e merecem respeito por serem membros da família humana. Assim, as pessoas com deficiência devem receber uma proteção especial, em face de sua vulnerabilidade, ou seja, devem ser tratadas de modo desigual, na medida de sua desigualdade.

Existem certas deficiências que são mais fáceis de diagnosticar, seja pelas condições físicas, seja pelas intelectuais. Contudo, existem outras que são mais difíceis, como é o caso do autismo. Desse modo, percebe-se pessoas que não nasceram com uma deficiência, mas com uma maneira diferente de ver o mundo: os autistas.

Nessa linha, o neurologista Stelzer explica que

de todas as doenças já descritas, poucas causaram (e ainda causam) tanta confusão quanto o autismo. Talvez contribua para isso o fato de que não há exames capazes de determinar o diagnóstico de autismo, estabelecido somente com base na avaliação médica e na observação do comportamento. Além disto, diversos estereótipos, presentes ainda nos dias de hoje, contribuem para a dificuldade de identificação de pessoas autistas, como o da criança isolada do mundo, muda, com dificuldade de fixar o olhar nos demais e que fica se embalando constantemente [...] (2010, p. 5).

Utilizada pela primeira vez por Eugene Bleuler no ano de 1911, a expressão “autismo” foi designada para a “perda de contato com a realidade com dificuldade ou impossibilidade de comunicação, comportamento esse que foi, por ele, observado em pacientes diagnosticados com quadro de esquizofrenia” (ASSUMPCÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 3).

O psiquiatra Leo Kanner em 1943, descreveu em seu artigo “*Autistic Disturbances of Affective Contact*”³ sobre onze crianças com quadros que apresentavam “isolamento extremo, obsessividade, estereotípias⁴ e ecolalia⁵, definindo o transtorno que conhecemos hoje” e utilizou a expressão autismo para designar a situação. “Entretanto, ele considerou que esse conjunto de sinais se constituía em uma doença específica que relacionou com fenômenos da linha esquizofrênica” (ASSUMPCÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 3).

Em 1944, Hans Asperger em Viena na Áustria “[...] publicou sua tese de doutorado, descrevendo quatro crianças com características semelhantes às descritas por Kanner, inclusive empregando o mesmo termo – autista, para descrever seus sintomas”. Os dois trabalhos foram publicados muito próximos, mas eles só foram comparados “[...] em 1981, quando Lorna Wing traduziu o artigo de Hans Asperger e o publicou em uma revista de língua inglesa” (ASSUMPCÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 3).

Nesse viés, “[...] ambos, Kanner e Asperger, descrevem crianças com habilidades cognitivas irregulares, habilidades extraordinárias, sobretudo no campo da memória e das habilidades visuais, que coexistiam com profundos déficits de senso comum e julgamento”, mesmo existindo um oceano de distância entre eles, as pesquisas de ambos mostravam que as crianças com aquelas características não estavam somente em um lugar do mundo (ASSUMPCÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 3).

As crianças eram descritas fisicamente como crianças normais. Ainda, Kanner analisando os pais dessas crianças “[...] descrevia que todos

³ “Distúrbios Autísticos de Contato Afetivo”

⁴ São movimentos corporais ou de fala, que são realizados de forma repetitiva, mas, mais realizados em momentos de ansiedade na busca de sensações de tranquilidade e bem estar, por exemplo balançar o corpo sempre no mesmo sentido ou, ficar mexendo na barriga com uma mão e com a outra mexendo a cabeça, etc.

⁵ “Uma das características mais relatadas pela literatura e pela prática clínica no que se refere às alterações de linguagem de indivíduos TEA é a presença de ecolalia. Entende-se por ecolalia a repetição da fala do outro, fenômeno que representa característica marcada da criança autista e que pode ser imediata ou tardia, total ou parcial. A ecolalia é tida como um discurso que não agrega informações, e pode ser entendida como indicio de desenvolvimento de linguagem, além de se configurar como uma estratégia de aprendizagem do jogo verbal” (PERISSINOTO, 2013; apud ARMONIA, 2015, p. 95).

eram altamente inteligentes, com nível superior, com interesse em ciências, medicina, literatura e artes, com pouco interesse genuíno em pessoas”. Kanner destacava que “oito das onze mães eram formadas em faculdade”, para a época não era normal, nível superior para as mulheres. Ainda, “muitas vezes, estas características estendiam-se aos avós e demais colaterais” (KANNER, 1943; apud STELZER, 2010, p. 7).

Kanner buscou respostas para o autismo nos pais das crianças, mas nenhuma pesquisa comprova até os dias de hoje que o autismo seja genético, logo, o autismo não é um problema relacionado aos pais. O autismo deve ser visto de forma biológica, para “abordar a questão sob o ponto de vista terapêutico” (ASSUMPÇÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 6).

Então, passou-se a considerar

[...] não mais a visão romântica do autismo como “um dos maiores mistérios e desafios da Psiquiatria Infantil contemporânea”, conforme se dizia em meados dos anos 1960, mas sim uma síndrome comportamental definida, com etiologias orgânicas também definidas. Sobre esse conceito é que se estruturaram as características sintomatológicas, etiologias e diagnóstico diferencial, bem como os aspectos terapêuticos desses transtornos da maneira como são encarrados atualmente (ASSUMPÇÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 6).

No manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM-III, ele era chamado de “autismo infantil” e estava no rol de vários transtornos globais de desenvolvimento. Nele foram incluídos outros transtornos relacionados no DSM-III e no DSM-IV, sendo “transtorno de Rett, o transtorno desintegrativo da infância, o transtorno de Asperger e o transtorno global de desenvolvimento sem outra especificação” (BLACK, 2015, p. 40).

Em 2013 o DSM-5⁶ substituiu todos por um único diagnóstico, transtorno do espectro autista - TEA, sendo considerado como um transtorno do neurodesenvolvimento, teve um novo conceito “espectro”, o qual inclui

⁶ DSM-5 ou Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5ª edição, é um manual diagnósticos e estatísticas feito pela Associação Americana de Psiquiatria para definir como deve ser feito o diagnóstico de transtornos mentais, esse manual tem sido uma das bases de diagnósticos mais usados no mundo.

todos os transtornos que foram descritos anteriormente. “Embora esteja presente desde a infância, o transtorno pode não ser detectado até mais tarde em função de demandas sociais mínimas e apoio por parte dos pais ou responsáveis nos primeiros anos de vida” (BLACK, 2015, p. 40).

O DSM- 5 apresenta os critérios para o diagnóstico sendo: o primeiro “A” refere-se a “Déficits persistentes na comunicação social e na interação social em múltiplos contextos [...]”. Esse primeiro critério é sobre “déficits na reciprocidade socioemocional”, com dificuldades para estabelecer uma conversa, para iniciar ou responder e compartilhar interesses, afeto e emoções. Sobre “déficits nos comportamentos comunicativos não verbais usados para interação social”, no contato visual e linguagem corporal ou compreensão e o uso dos gestos, ausência total de expressões faciais e comunicação não verbal. Sobre “déficits pra desenvolver, manter e compreender relacionamentos”, com dificuldade de ajustar o comportamento para se adequar a contextos sociais diversos e dificuldades em compartilhar brincadeiras imaginárias ou de fazer amigos (DSM-5, 2014, p. 50).

A principal característica do transtorno do espectro autista é o forte e persistente déficit “na comunicação social e na interação social em múltiplos contextos”. As manifestações das características do critério “A” dependem, em parte, da idade em que se encontra o indivíduo, do nível intelectual e habilidade linguística, das diferenças individuais na sua personalidade e de fatores como o apoio que estão recebendo e da história do tratamento. “Déficits na reciprocidade socioemocional são claramente evidentes, e crianças menores com o transtorno podem mostrar pouca ou nenhuma iniciação em interações sociais e nenhum compartilhamento de emoções”, a característica mais precoce que ocorre no autista é ele não ter contato visual ou esse ser mínimo (BLACK, 2015, p. 43).

O segundo critério do DSM-5 é o “B”, ou seja “padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades [...]”. Esse critério refere-se aos “movimentos motores, uso de objetos ou fala estereotipados ou repetitivos”. Ainda, sobre “interesses fixos e altamente

restritos que são anormais em intensidade ou foco”. O autista tem um forte interesse em um objeto incomum com a idade ou ambiente e, sobre “hiper ou hiporreatividade a estímulos sensoriais ou interesse incomum por aspectos sensoriais do ambiente”, ele tem reações a sons contrárias ao esperado por outra pessoa, e também cheira objetos ou alimentos de forma excessiva (DSM-5, 2014, p. 50).

No critério “B” a criança tem “padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades”, a criança quer a mesma rotina todos os dias, o caminho para a escola deve ser sempre o mesmo, a roupa deve ser colocada sempre na mesma ordem, “um interesse intenso e focado em tópicos específicos”, como escrever e repetir as letras e números a todo tempo. “A adesão excessiva a rotinas e a padrões restritos de comportamento pode ser manifestada como uma resistência a mudanças ou como padrões ritualizados de comunicação verbal e não verbal [...]”, com relação a hiper ou hiporreatividade a estímulos sensoriais aponta-se a fascinação por objetos giratórios, por cheirar ou tocar determinados objetos, sempre de maneira excessiva (BLACK, 2015, p. 43).

Existem ainda os critérios “C. Os sintomas devem estar presentes precocemente no período do desenvolvimento”, o “D. Os sintomas causam prejuízo clinicamente significativo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo no presente”, e o “E. Essas perturbações não são mais bem explicadas por deficiência intelectual [...] ou por atraso global do desenvolvimento” (DSM-5, 2014, p. 50).

As crianças apresentam diversidade desde o início da vida. Quanto a essa questão, Black refere que

nos primeiros 3 a 6 meses, os pais podem perceber que a criança não desenvolve um padrão normal de sorrisos ou de resposta a carícias. O primeiro sinal claro de anormalidade costuma ser no campo da linguagem. À medida que a criança cresce, ela não alcança os marcos do desenvolvimento, [...] e parece distante, retraída e isolada. Em vez de desenvolver padrões afetuosos de relacionamentos com seus pais, a criança pode envolver-se em comportamentos de auto-estimulação, [...]. Por fim, fica evidente que há algo

profundamente errado, e as características do transtorno continuam a ficar mais aparentes ao longo do tempo, à medida que essas crianças falham em desenvolver uma comunicação verbal e interpessoal normal (2015, p. 44).

O autismo então “passa a ser visto como afetando indivíduos de todas as raças e culturas; com ampla gama de funcionamento, sendo uma condição permanente que pode se manifestar sob diversas formas ao longo dos anos” (ASSUMPCÃO JÚNIOR; KUCZYNSKY, 2015, p. 7).

O autismo precisa continuar sendo estudado, para propiciar a melhora da qualidade de vida das pessoas com autismo. As políticas públicas necessitam ser planejadas e aplicadas para garantir a essas pessoas melhores condições e acesso à assistência, para que se efetive a dignidade e elas conquistem sua autonomia.

II - A Lei n. 12.764/12 e a proteção da pessoa autista

A Lei n. 12.764/12 foi promulgada em 27 de dezembro de 2012, dispondo sobre a política nacional de proteção dos direitos das pessoas com transtorno do espectro autista (TEA). Essa lei também é conhecida como Lei Berenice Piana, porque Berenice “ficou conhecida por ser mãe de uma criança autista, tendo auxiliado na criação da legislação por meio de uma proposta apresentada à Comissão de Direitos Humanos do Senado” (VALENTE, 2017, p. 5).

Destaca-se de início o parágrafo segundo⁷ do artigo 1º, o qual equipara as pessoas com transtorno do espectro autista às pessoas com deficiência para todos os efeitos legais. Ocorre que, as pessoas com transtorno do espectro autista, ao buscar a proteção do Estado se deparavam com a barreira de que não eram pessoas com deficiência. O Estado não interpretava o autismo como deficiência, e por isso eles não tinham as garantias de assistência e atendimento especial. Posteriormente a publicação da Lei n. 12.764/12 houve sua regulamentação por meio do Decreto

⁷ Artigo 1º da Lei n. 12.764/12, parágrafo 2º: “[...] A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.”

n. 8.368/14 para aplicar aos autistas, os direitos e obrigações previstos na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, “bem como seu protocolo facultativo, além da legislação pertinente às pessoas com deficiência”, nos termos do artigo 1º⁸ e parágrafo único do mencionado diploma legal (VALENTE, 2017, p. 5).

Quando as pessoas com transtorno do espectro autista têm, “os direitos equiparados aos deficientes” pode-se “analisar o que se possibilita em termos práticos à facilitação do atendimento aos que possuem o transtorno de espectro de autismo”, como por exemplo “em estabelecimentos privados” (GONÇALVES, 2015, p. 72).

Conforme Gonçalves,

no tocante aos deficientes, é dever do Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de existência para todos os membros da sociedade. E também é sua função corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais não forem respeitados. Portanto, esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos direitos fundamentais (2015, p. 74).

O primeiro artigo da Lei n. 12.764/12 determina em seu parágrafo 1º⁹ as características para uma pessoa ser considerada autista, apesar disso, é importante observar os critérios que o DSM-5 apresenta, visto que ele é posterior a publicação da Lei n. 12.764/12 e fez alterações de grande importância.

Observa-se, que a Lei n. 12.764/12

⁸ Artigo 1º do Decreto n. 8.368/14: “A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais. Parágrafo único. Aplicam-se às pessoas com transtorno do espectro autista os direitos e obrigações previstos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, e na legislação pertinente às pessoas com deficiência.”

⁹ Artigo 1º da Lei n. 12.764/12: “Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução. § 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II: I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento; II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.”

[...] apresenta as diretrizes da Política Nacional de Proteção, destacando a importância da intersetorialidade no desenvolvimento de ações, de políticas e no atendimento do autismo, que já não devem ser pensadas apenas no âmbito médico, mas sim, por meio de um conjunto de áreas (VALENTE, 2017, p. 6).

Com isso, o Estado deve promover as diretrizes que estão fundamentadas no artigo 2º¹⁰ da Lei n. 12.764/12, ou seja, as políticas públicas devem existir e ser efetivadas, também realizar investimentos em pesquisas para melhor compreender o que é o autismo, e como esse transtorno, que acomete tantas pessoas no mundo se dá, eis que não existe comprovação de ser genético ou hereditário.

Conforme a Lei n. 12.764/12, a inserção social dos autistas deve ocorrer de duas maneiras: “na formulação de políticas públicas que atendam às necessidades das pessoas com TEA, e no controle, acompanhamento e avaliação de seu desenvolvimento”, Nessa linha, importante ressaltar o artigo 4º¹¹ do Decreto n 8.368/14, o qual trata que o Estado em conjunto com a família, a sociedade e a comunidade escolar devem assegurar um sistema educacional inclusivo, da educação infantil

¹⁰ Artigo 2º da Lei 12.764/12: “São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista: I - a intersetorialidade no desenvolvimento das ações e das políticas e no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista; II - a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação; III - a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes; IV - (VETADO); V - o estímulo à inserção da pessoa com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, observadas as peculiaridades da deficiência e as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI - a responsabilidade do poder público quanto à informação pública relativa ao transtorno e suas implicações; VII - o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista, bem como a pais e responsáveis; VIII - o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País. Parágrafo único. Para cumprimento das diretrizes de que trata este artigo, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado.”

¹¹ Artigo 4º do Decreto n. 8.368/14: “É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar o direito da pessoa com transtorno do espectro autista à educação, em sistema educacional inclusivo, garantida a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior. § 1º O direito de que trata o caput será assegurado nas políticas de educação, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, de acordo com os preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. § 2º Caso seja comprovada a necessidade de apoio às atividades de comunicação, interação social, locomoção, alimentação e cuidados pessoais, a instituição de ensino em que a pessoa com transtorno do espectro autista ou com outra deficiência estiver matriculada disponibilizará acompanhante especializado no contexto escolar, nos termos do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 12.764, de 2012.”

até o ensino superior, garantindo a sua transversalidade. Em seguida, o parágrafo primeiro assegura com base nos preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que essa inclusão deverá ser por meio das políticas públicas baseadas na igualdade de oportunidade e sem discriminação (VALENTE, 2017, p. 6).

A próxima diretriz refere-se ao “respeito à atenção integral à saúde, dando a pessoa com TEA, a garantia do diagnóstico precoce”, sendo necessário que o Estado forneça um “atendimento multiprofissional e o amplo acesso a medicamentos e nutrientes necessários”. O Decreto n. 8.368/14 regulamentou essa diretriz, pelo artigo 2º¹², “que expõe de forma exaustiva, o direito da pessoa com TEA ao atendimento necessário no Sistema Único de Saúde, respeitadas suas especificidades” (VALENTE, 2017, p. 6).

Outra diretriz aborda a questão de inserir as pessoas com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, determinando que o autismo não seja motivo de não contratação dessas pessoas, observando as questões das peculiaridades das deficiência.

A última diretriz trazida pela Lei é o “respeito à ampliação das informações quanto ao autismo” e as demais características do espectro autista, como as estereotípias por exemplo, visto que cada pessoa autista tem características únicas. “Bem como o incentivo à capacitação de pro-

¹² Artigo 2º do Decreto n. 8.368/14: “É garantido à pessoa com transtorno do espectro autista o direito à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, respeitadas as suas especificidades. § 1º Ao Ministério da Saúde compete: I - promover a qualificação e a articulação das ações e dos serviços da Rede de Atenção à Saúde para assistência à saúde adequada das pessoas com transtorno do espectro autista, para garantir: a) o cuidado integral no âmbito da atenção básica, especializada e hospitalar; b) a ampliação e o fortalecimento da oferta de serviços de cuidados em saúde bucal das pessoas com espectro autista na atenção básica, especializada e hospitalar; e c) a qualificação e o fortalecimento da rede de atenção psicossocial e da rede de cuidados de saúde da pessoa com deficiência no atendimento das pessoas com o transtorno do espectro autista, que envolva diagnóstico diferencial, estimulação precoce, habilitação, reabilitação e outros procedimentos definidos pelo projeto terapêutico singular; II - garantir a disponibilidade de medicamentos incorporados ao SUS necessários ao tratamento de pessoas com transtorno do espectro autista; III - apoiar e promover processos de educação permanente e de qualificação técnica dos profissionais da Rede de Atenção à Saúde quanto ao atendimento das pessoas com o transtorno do espectro autista; IV - apoiar pesquisas que visem ao aprimoramento da atenção à saúde e à melhoria da qualidade de vida das pessoas com transtorno do espectro autista; e V - adotar diretrizes clínicas e terapêuticas com orientações referentes ao cuidado à saúde das pessoas com transtorno do espectro autista, observando suas especificidades de acessibilidade, de comunicação e atendimento. § 2º A atenção à saúde à pessoa com transtorno do espectro autista tomará como base a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF e a Classificação Internacional de Doenças - CID-10.”

fissionais” para trabalhar com essas pessoas, desde crianças até adultos; e “à pesquisa científica” para tentar descobrir a origem e maior qualidade de vida, “como forma de contribuir para a expansão do conhecimento na sociedade com a consequente diminuição do preconceito” (VALENTE, 2017, p. 6).

Conforme Valente

[...] a lei deixa claro que para que seja possível o cumprimento de todas as diretrizes, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado. Isso se faz necessário para que o atendimento seja amplo e eficaz, não caindo no argumento de “faltarem profissionais especializados” (2017, p. 6).

O artigo 3^o¹³ da Lei n. 12.764/12 trata dos direitos que são assegurados para as pessoas com transtorno do espectro autista, como: a vida digna e a educação. Na sequência o artigo 4^o¹⁴ prevê que a pessoa autista não será submetida a tratamento desumano ou degradante, e nem será privada do convívio familiar e muito menos será discriminada por sua deficiência. E no artigo 5^o “é assegurada à pessoa com TEA a possibilidade de participar de planos privados de assistência à saúde” (VALENTE, 2017, p. 7).

Em seus últimos artigos¹⁵, “a lei prevê que o gestor escolar não poderá se recusar a fazer a matrícula de uma criança que possua TEA”, e

¹³ Artigo 3^o da Lei n. 12.764/12: “São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista: I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer; II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração; III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo: a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo; b) o atendimento multiprofissional; c) a nutrição adequada e a terapia nutricional; d) os medicamentos; e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento; IV - o acesso: a) à educação e ao ensino profissionalizante; b) à moradia, inclusive à residência protegida; c) ao mercado de trabalho; d) à previdência social e à assistência social. Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2^o, terá direito a acompanhante especializado.”

¹⁴ Artigo 4^o da Lei 12.764/12: “A pessoa com transtorno do espectro autista não será submetida a tratamento desumano ou degradante, não será privada de sua liberdade ou do convívio familiar nem sofrerá discriminação por motivo da deficiência. Parágrafo único. Nos casos de necessidade de internação médica em unidades especializadas, observar-se-á o que dispõe o art. 4^o da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.”

¹⁵ Artigo 7^o da Lei 12.764/12: “O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos. § 1^o Em caso de reincidência, apurada por processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, haverá a perda do cargo. § 2^o (VETADO).”

penaliza o gestor no pagamento de multa, caso haja descumprimento (VALENTE, 2017, p. 7).

Valente destaca que

[...] a lei é expositiva, e traz com coerência todo o suporte necessário para prestar e garantir os direitos da pessoa com Transtorno do Espectro Autista resta saber se tais disposições estão sendo efetivas no sentido de cumprirem o que se dispõe a fazer: garantir acesso aos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, bem como incluí-lo na sociedade, sem qualquer tipo de discriminação por sua condição (2017, p. 7).

Percebe-se “a necessidade de um melhor desenvolvimento dos mecanismos legais (civil e processual civil)”, sendo que o espectro se divide em graus, logo existe a necessidade de analisar cada pessoa, “pois nem todos os autistas são incapazes, como regia o Código Civil de 2002 e nem todos são parcialmente incapazes, como dispõe a alteração que criou o Estatuto do Deficiente”. Revela-se importante criar mecanismos que favoreçam as condições de cada pessoa, analisando o grau do espectro que se encontre (SALGADO, 2017, p. 318).

Para Salgado,

[...] não foi inserida na lei nenhuma previsão de tratamento diferenciado para os diferenciados graus de autismo. Em que pese a boa intenção do legislador em querer garantir uma proteção ampla na lei às pessoas com espectro autista, pode haver aí um excesso pela não discriminação dos graus de comprometimento do transtorno, e esse excesso pode vir a ocasionar o tão recorrente preconceito que nenhum cidadão quer sentir (2017, p. 315).

Portanto, a Lei n. 12.764/12 trouxe o benefício dos autistas de serem equiparados aos deficientes para todos os efeitos legais, todavia existem autistas que estão em um grau mais leve de acometimento e, consequentemente, as características do transtorno são menores do que daqueles que estão em um grau mais severo do espectro. Por isso, é necessário analisar e refletir a situação de cada pessoa, eis que não existe um autista igual ao outro no mundo.

III - A capacidade civil das pessoas com transtornos do espectro autista, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

A pessoa com transtorno do espectro autista já nasce com uma restrição. Então, de fundamental importância serem observadas as suas peculiaridades, com base na proteção da Lei n. 12.764/12 que incluiu os autistas no rol de deficientes, para garantir os efeitos legais e conferir os direitos estabelecidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O transtorno do espectro autista é um transtorno neurológico que varia de um grau leve até um grau severo, interfere no comportamento, comunicação e interação social. Cada pessoa autista tem as suas características, e as suas peculiaridades, “com variações consideráveis para cada indivíduo”. É comum que “haja muita dificuldade no desenvolvimento de habilidades sociais e comunicativas, ocorrendo com bastante frequência comportamentos repetitivos, estereotípias e obsessões” (FONTANA, 2017, p. 87).

As características do autismo são, atualmente, de conhecimento cada vez maior por parte da população. As mobilizações de pais de autistas seguem “buscando apoio político para que medidas inclusivas sejam adotadas em prol das pessoas autistas”, como por exemplo a Lei n. 12.764/12, que instituiu a política nacional de proteção para autistas, conhecida por conta disso, também como Lei Berenice Piana, uma mãe pioneira da causa (FONTANA, 2017, p. 88).

Sustenta Fontana, que

[...] inquestionável que o autismo se trata de deficiência, tendo a Lei n. 12.764/12, buscado regulamentar especificamente os direitos das pessoas portadoras deste transtorno, não deixando margem para tratamentos distintos ou excludentes. Assim, havendo o diagnóstico de transtorno do espectro autista tratar-se-á como deficiência, independentemente da evolução comportamental e cognitiva da pessoa acometida. Considerando que o autismo se apresenta de forma variável, em graus leves e severos, sempre houve dúvidas quanto ao comportamento destas pessoas, muitas vezes vistos como

“estranhos” perante a sociedade, especialmente nos dias atuais, em que realmente há uma presença maior em escolas e locais públicos [...] (2017, p. 88).

É invariável que os autistas “estarão fora de alguns padrões de comportamento, comunicação e sociabilidade”, mesmo que fisicamente não possuam características próprias evidentes. Não se pode concluir que uma pessoa é autista apenas pelo seu físico, sendo que esse diagnóstico é complexo e demorado (FONTANA, 2017, p. 88).

O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas – ONU, “pelo ordenamento pátrio com *status* de emenda constitucional”, mas somente após a promulgação da Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão “que passaram a ser exteriorizados e concretizados os deveres contidos na Convenção” (YOUNG, 2017, p. 186).

Tendo como base, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, “diante do primado personalista”, no ordenamento jurídico brasileiro “erige-se o estatuto jurídico da pessoa com deficiência a partir da realidade social, realçando as suas diferenças como promoção da igualdade substancial”, reforçando tratar os desiguais de modo desigual na medida de sua desigualdade (COLOMBO, 2017, p. 244).

O legislador no artigo 4^o¹⁶ do Estatuto “assegura a igualdade substancial para as pessoas com deficiência” quando reconhece o “direito à igualdade de oportunidades com condições idênticas àquelas dos demais cidadãos”, significa dizer também que “protege o livre e digno desenvolvimento da personalidade destes indivíduos”, deixando bem especificado “que a *ratio legis* presente é a de que a raça humana é uma só, de maneira que não comporta visões fraturadas e discriminatórias *in malam partem*”, que venham a importar “em barreiras à construção da potencialidade e da vocação natural individual e/ou coletiva”, em especial no que diz respeito as pessoas com deficiência (ABREU, 2018, p. 44-45).

¹⁶ Artigo 4º da Lei n. 13.146/15, caput: “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. [...]”

O caput do artigo 4º dispõe sobre o direito à igualdade de oportunidades, que “inclui idênticas condições de” oportunidades “para aqueles que possuem uma desigualdade oriunda do nascimento” os quais necessariamente precisam “de uma recolocação mais isonômica no seio social”, relacionando-se com o inciso II¹⁷, do parágrafo 1º, do artigo 227 da Constituição Federal (ABREU, 2018, p. 45).

O artigo 6º¹⁸ “assume caráter estratégico” no capítulo II, que trata da igualdade e da não discriminação, para “reafirmar para o intérprete” que as pessoas com deficiência possuem “a capacidade civil verdadeiro pressuposto para que seja possível assegurar a igualdade e a não discriminação” (BARBOZA; ALMEIDA, 2018, p. 61).

Ainda, conforme Barboza e Almeida

a interpretação sistemática da Lei revela que o elenco de hipóteses ali contido não é exaustivo. Foram, porém, contempladas as situações nas quais mais fortemente se faziam presentes a desigualdade e a discriminação das pessoas com deficiência, inclusive nos textos legais. A presença de uma deficiência era pressuposto bastante para retirar das pessoas a capacidade jurídica para estabelecer relações existenciais, tomando-se sempre como argumento o caso das deficiências mais severas, as quais eram e ainda são generalizadas para impedir, de modo difuso, o exercício de direitos existenciais, notadamente os relacionados à vida familiar (2018, p. 61).

Assim, a pessoa com deficiência ganhou proteção ampla, principalmente, no que se refere a autonomia para gerenciar a sua vida, nas questões pessoais. O curador e os apoiadores nas tomadas de decisões não podem interferir perante a sua dignidade, somente nas questões patrimo-

¹⁷ Artigo 227 da Constituição Federal, parágrafo 1º, inciso II: “[...] criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). [...]”

¹⁸ Artigo 6º da Lei n. 13.146/15: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

niais e negociais. A pessoa com deficiência tem direito à dignidade e à personalidade, sem distinções com as demais. O Estatuto revela-se um instrumento de proteção dos direitos e não de discriminação e exclusão.

A pessoa autista podia ser entendida como absolutamente incapaz, e ter declarada judicialmente a sua interdição. Com a promulgação da Lei n. 13.146/15, ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, as teorias das incapacidades foram completamente alteradas, sendo que hoje somente o menor de dezesseis anos é considerado absolutamente incapaz, enquanto a pessoa com deficiência “poderá ser levada no máximo à condição de relativamente incapaz”. Ainda, limita-se a curatela “à restrição da prática de atos patrimoniais”, ou seja, conforme a atual legislação, as pessoas com transtorno do espectro autista são civilmente capazes, “podendo, eventualmente, ser curatelado para fins patrimoniais” (FONTANA, 2017, p. 88-89).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência não eliminou a teoria da incapacidade, ele simplesmente afastou a ideia de “uma incapacidade absoluta para tais indivíduos”, sendo que a incapacidade relativa será curatelada, “em regra, restrita a um suporte da vontade nos aspectos puramente econômicos” (FONTANA, 2017, p. 89).

Fontana destaca que

[...] a nova lei objetivou dar tratamento isonômico para todas as pessoas com deficiência, visando a não discriminação e ampla inclusão social. No entanto, há um equívoco em incluírem-se todas as deficiências, sejam físicas ou mentais, em uma mesma classificação, pois os níveis de proteção estatal que os indivíduos deverão receber são completamente diferentes. Enquanto a mobilidade física será o impedimento para o exercício de uma vida plena para alguns, para outros a falta de consciência e discernimento será fator primordial para a concessão de medidas protetivas (2017, p. 89).

Fixar a curatela “é de grande relevância para a questão da autonomia do sujeito que a ela estará submetido”, quando este não puder fazer sozinho. Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015, “a regra passa a ser a garantia do exercício da

capacidade legal”, conforme o artigo 84 do Estatuto, “a curatela passa a ter caráter de medida excepcional, extraordinária”. Conforme o parágrafo 2º do artigo 85, a curatela será adotada “somente quando e na medida em que for necessária” (REQUIÃO, 2016, p. 165).

A pessoa com transtorno do espectro autista, “assim como qualquer pessoa acometida de deficiência mental ou intelectual, pode ser submetida à curatela”. Tal instituto foi modificado para o melhor interesse do deficiente e, agora, “possui caráter nitidamente protetivo, afastando-se do modelo anterior de restrição ao exercício de direitos” (FONTANA, 2017, p 89).

Nessa senda, argumenta Fontana que

a intenção do instituto, calcada em princípios como da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, regulamentado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, é de possibilitar que estas pessoas sejam amparadas quanto aos aspectos patrimoniais e negociais, conforme a necessidade concreta de cada caso, o que deverá ser analisado e motivado individualmente pelos juízes (2017, p. 89-90).

No ordenamento jurídico brasileiro “o regime das incapacidades sempre cumpriu o papel de proteger as pessoas” que não se mostravam “aptas a agirem de forma autônoma, racional e consentida”. Logo, não é possível “ignorar esta finalidade protetiva”, visto que “pode acarretar mais exclusão social e discriminação” (FONTANA, 2017, p. 92).

Os autistas que adquirirem a maioria aos dezoito anos e não tiverem “plenas condições de realizar negócios ou tomar decisões conscientes”, devem ser curatelados, mesmo “que o objetivo primordial seja o da autonomia, o respeito à vontade e às preferências individuais”, pois “o fato é que as chances de autistas serem vítimas de locupletamento são superiores aos demais indivíduos” (FONTANA, 2017, p. 93).

Fontana assevera que

[...] a interdição, nos moldes anteriores ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda era vista por pais e responsáveis como mecanismo de proteção

para as pessoas portadoras de autismo, as quais possuem um discernimento reduzido e precisarão conviver com a síndrome por toda a vida. Parece que a Lei n. 13.146/15 foi brilhante no que tange à ampliação de direitos, humanização de tratamento, combate à discriminação e inclusão social, deixando, entretanto, evidente lacuna quanto à proteção adequada e efetiva das pessoas com ausência de discernimento, como é o caso dos portadores de autismo [...] (2017, p. 95).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência desviou “o foco estatal de teor protecionista, para o de inclusão social, no qual o indivíduo não será mais retirado civilmente da sociedade”, como ocorreu por centenas de anos. Assim, o poder público “deverá adaptar-se e proporcionar os meios necessários para a inclusão das pessoas com deficiência” (FONTANA, 2017, p. 96).

Salienta-se que, se a pessoa com transtorno do espectro autista tiver um diagnóstico cedo, receber um tratamento adequado desde a infância, com medicações recomendadas por neurologistas e psiquiatras e tiver acesso a terapias comportamentais regularmente, pode chegar com plena capacidade na fase adulta. Contudo, os níveis do autismo nem sempre permitem um avanço, e os autistas com graus mais elevados podem necessitar da curatela, que se encontra disciplinada no Código de Processo Civil, como procedimento voluntário, a ser promovida quando é necessária a interdição da pessoa.

O artigo 747¹⁹ do Código de Processo Civil regula a legitimidade para promover a ação de interdição, “mediante a devida comprovação da qualificação do requerente”. Fica de fora, apenas, a própria pessoa que vai ser interditada, (curatelada), a qual “acredita-se que também se deveria incluir no rol dos possíveis requerente”, já que “ninguém mais legitimado para pensar em impor restrições à sua autonomia do que o próprio sujeito” (REQUIÃO, 2016, p. 172).

¹⁹ Artigo 747 do Código de Processo Civil: “A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.”

O Estatuto da Pessoa com Deficiência “realizou a correção de tal falha”, mas “devida à tramitação temporal sobreposta entre as duas legislações”, o artigo 1.768²⁰ que foi incluído no Código Civil pelo Estatuto foi, posteriormente, revogado quando o Código de Processo Civil entrou em vigor, “tal detalhe provavelmente não foi notado pelo legislador”. No artigo 749²¹ do Código de Processo Civil, o legislador impõe que o autor na petição inicial demonstre a incapacidade do interditando de administrar seus bens e de praticar os atos da vida civil, e, ainda, quando se revelou a incapacidade (REQUIÃO, 2016, p. 172-173).

Conforme Requião

[...] a chegada do Estatuto traz mudanças, já que o estabelecimento da curatela e, por conseguinte, o procedimento de interdição, não estarão necessariamente vinculados à situação da incapacidade. Para que não se faça necessária reforma da redação do referido artigo, o ideal é que se dê a ele interpretação literal. Ou seja, a prova que deve ser feita é da incapacidade fática da prática de certos atos, não da condição de sujeito incapaz (2016, p. 173).

No artigo 751²² o interditado será citado para comparecer a uma entrevista, não mais a um interrogatório como no Código de 1973. O novo procedimento traduz uma maneira mais adequada para o ato, em que o juiz poderá se deslocar até o entrevistado, caso esse não possa deslocar-

²⁰ Artigo 1.768 do Código Civil: “O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: (Redação dada pela Lei n.º 13.146, de 2015) (Vigência) (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência) I - pelos pais ou tutores; (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência) II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente; (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência) III - pelo Ministério Público. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência) IV - pela própria pessoa. (Incluído pela Lei n.º 13.146, de 2015) (Vigência) (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência).”

²¹ Artigo 749 do Código de Processo Civil: “Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. Parágrafo único. Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.”

²² Artigo 751 do Código de Processo Civil: “O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. § 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. § 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista. § 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas. § 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.”

se, e a seu critério a entrevista pode ser acompanhada por especialistas. Tal mudança tem real significado, visto que o juiz pode não compreender o transtorno. Ainda, o juiz, a seu critério, pode proceder na oitiva de parente e pessoas mais próximas.

Explica Requião que

[...] o que deve ocorrer aqui não é um interrogatório regular, como quando busca o juiz verificar se determinada testemunha diz a verdade ou não sobre um pagamento que se discute se foi realizado. Não há um aspecto inquisitorial. Ao revés, deve ele entrevistar o interditando sobre os aspectos mais diversos da sua vida, buscando a partir do resultado da entrevista, que será reduzida a termo, entender a dimensão de eventuais necessidades que possa ele ter (2016, p. 174-175).

O interditando pode impugnar²³ no prazo de 15 dias da entrevista o pedido. Somente após esse prazo o juiz dará andamento, determinando a produção de prova pericial²⁴, e concluído todos os procedimentos, proferirá a sentença²⁵. Na sentença que o juiz decretar a interdição²⁶, além de nomear o curador, deverá fixar os limites da curatela, considerando as características pessoais do interditando (REQUIÃO, 2016, p. 180).

²³ Artigo 752 do Código de Processo Civil: “Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido. § 1º O Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica. § 2º O interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial. § 3º Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.”

²⁴ Artigo 753 do Código de Processo Civil: “Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil. § 1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar. § 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.”

²⁵ Artigo 754 do Código de Processo Civil: “Apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença.”

²⁶ Artigo 755 do Código de Processo Civil: “Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. § 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. § 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz. § 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.”

Poderá ocorrer o levantamento da curatela, “caso cesse a causa que a determinou”, e pode ser feito pelo interditado, pelo curador, e pelo Ministério Público. Importante destacar o artigo 758, o qual refere que o curador deve buscar tratamento e apoio adequados para o interditado conquistar a sua autonomia (REQUIÃO, 2016, p. 181).

Ainda,

[...] o levantamento da interdição não precisa ser feito em termos de tudo ou nada, sendo possível que venha ele a restaurar formalmente ao interdito parte da autonomia que tenha faticamente reconquistado. Ademais, há sempre que se considerar também a possibilidade da substituição da curatela pelo regime de tomada de decisão apoiada [...] (REQUIÃO, 2016, p. 182).

Portanto, o processo de interdição sempre tem que considerar a autonomia da pessoa com transtorno do espectro autista e à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência compreender as diferenças, respeitar a dignidade e promover a inclusão social. Assim, as pessoas com o transtorno do espectro autista podem comandar as suas próprias vidas, visto que cada autista tem suas peculiaridades.

Considerações finais

O transtorno do espectro autista é um transtorno neurológico, com manifestações no comportamento, comunicação e interação social da pessoa. Já foi compreendido como um amplo campo, englobando síndromes e outros transtornos. Contudo, o último DSM-5 modificou esse pensamento e transformou-o em um espectro, dividindo-o em graus de acometimento, conforme as características de cada pessoa.

Na busca para garantir proteção às pessoas com transtorno do espectro autista, a Lei n. 12. 764/12 equiparou os autistas às pessoas com deficiência para todos os efeitos legais. Desse modo, os autistas não podem ser excluídos do auxílio do Estado, quando necessário, e devem receber o mesmo tratamento quando em questões preferenciais e outros direitos, nos termos concedidos às pessoas com deficiência.

O Brasil ao ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, se comprometeu em assegurar as garantias previstas nela. Posteriormente, então, criou um microsistema protetivo no ordenamento jurídico brasileiro, através de um Estatuto que toma como base a referida Convenção, igualando as pessoas com deficiência com as demais, oportunizando autonomia para administrar os seus direitos e deveres. A referida legislação é o Estatuto da Pessoa Com Deficiência, ou seja, a Lei n. 13.146/15.

Do mesmo modo que os autistas são considerados pessoas com deficiência, também são considerados pessoas com capacidade civil, devendo esta ser estabelecida com base no grau em que a pessoa se encontra no espectro. Assim, os autistas serão protegidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Entretanto, quando o autista não puder ter sua autonomia para todos os atos da vida civil, pois existe um grau mais elevado do espectro, o Estatuto da Pessoa com Deficiência o protegerá com as medidas de curatela e de tomada de decisão apoiada.

Constata-se que o autismo não tem cura, a pessoa nasce e morre com o transtorno. O que precisa ser realizada é a melhora da qualidade de vida dessa pessoa, através da efetiva proteção e inclusão social por parte do Estado e respeito por parte da sociedade. Somente com políticas públicas organizadas, que permitam um diagnóstico precoce e ofereçam tratamentos adequados, haverá a possibilidade de preparar o indivíduo para a sociedade, em conjunto com a própria sociedade.

Portanto, o Estado precisa efetivar políticas públicas que venham a garantir que as pessoas com transtorno do espectro autista tenham autonomia na fase adulta, não apenas contida na legislação, mas acontecendo na prática, no campo da concretização desses direitos fundamentais. Com o apoio da família, respeito da sociedade e efetivação de políticas públicas pelo Estado a pessoa com transtorno do espectro autista pode alcançar a capacidade de fato. Por fim, independente da capacidade para os atos da vida civil, o relevante é o respeito à dignidade das pessoas autistas, para que ao seu modo elas surpreendam o mundo.

Referências

- ABREU, Célia Barbosa. Comentários ao artigo 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 43-53.
- ASSUMPÇÃO JÚNIOR, Francisco Baptista; KUCZYNSKY, Evelyn. **Autismo infantil: novas tendências e perspectivas**. 2. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2015.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Comentários ao artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da constituição da república**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 293-297.
- BLACK, Donald W. **Guia para o DSM-5: complemento essencial para o manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. Porto Alegre, 2015. ISBN 978-85-8271-187-3.
- COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se expressar. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 243-269.
- FONTANA, Andressa Tonetto. **A necessária proteção da pessoa portadora de autismo e a promoção de sua autonomia perante o estatuto da pessoa com deficiência**. Revista IBDFAM: famílias e sucessões. v. 23. Belo Horizonte: set./out. 2017. p. 85-97.
- GONÇALVES, Antonio Baptista. **A defesa da preferência às pessoas com transtorno do espectro de autismo ante a falta de procedimento**. Revista síntese direito de família. v. 15. São Paulo: fev./mar. 2015. p. 67-81.
- Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. American Psychiatric Association. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento et al; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli et al – 5. ed. – Porto Alegre: 2014.
- REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SALGADO, Ana Clara Lopes. **Capacidade civil dos portadores do transtorno do espectro autista**: Análise do conceito e dos mecanismos da capacidade civil perante os diversos tipos do transtorno psicológico. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16780/16780-59458-1>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

STELZER, Fernando Gustavo. **Uma pequena história do autismo**. Cadernos pandorga de autismo. São Leopoldo: Editora Oikos, 2010.

VALENTE, Nara Luiza. **A Lei 12.764/2012**: uma análise da proteção jurídica ao autista. Disponível em: <https://www.congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/131625.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

YOUNG, Beatriz Capanema. A lei brasileira de inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 185-216.

O atual regime de agravo de instrumento e a efetividade processual

*Jovana De Cezaro*¹

*Nadya Regina Gusella Tonial*²

Introdução

O presente estudo constitui-se na análise da atual sistemática do agravo de instrumento positivada no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Ainda, busca-se verificar se as alterações trazidas pela legislação são capazes de concretizar o princípio da efetividade processual.

Através de um panorama constitucional tem-se um duplo propósito: objetiva-se compreender a sistemática recursal instituída pelo CPC de 2015, em especial, o atual regime do agravo de instrumento, bem como, verificar a natureza do rol do artigo 1.015 da codificação processual civil, apresentando as diferentes e contraditórias interpretações dadas pela doutrina e pela jurisprudência, frente a efetivação do princípio da efetividade processual.

Assim, diante do antagonismo existente sobre a matéria, perquire-se: qual é a natureza jurídica da lista das decisões interlocutórias elencadas no artigo 1.015 do CPC? Essa nova sistemática, levando em conta que o Estado tem como atribuição principal a realização do bem comum,

¹ jovanadc@hotmail.com

² nadyatonial@gmail.com

concretiza a efetividade processual? Importante refletir sobre o assunto com fundamento nas garantias constitucionais processuais e no princípio da efetividade.

I - O agravo de instrumento no CPC de 2015

O CPC de 2015, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 trouxe amplas modificações no sistema recursal, em especial no recurso de agravo de instrumento. Diferentemente do Código de 1973, retroagiu ao modelo do Código de 1939, optando pela enumeração casuística de decisões interlocutórias que desafiam o agravo de instrumento.

Atualmente o agravo de instrumento, na definição de Câmara “é o recurso adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas em lei como sendo recorríveis em separado” (2016, p. 522). Dessa forma, o recurso deve ser encaixado em uma das hipóteses do artigo 1.015 do CPC, ou em casos previstos em lei, sob pena de não ser conhecido pelo relator.

O agravo de instrumento é exceção ao sistema recursal, isso porque é interposto diretamente no tribunal *ad quem*, ou seja, diretamente ao tribunal competente para o julgamento e será processado fora dos autos da causa em que se deu a decisão impugnada, conforme se depreende na codificação processual.

Deverá ser interposto no prazo de quinze dias, contados em dias úteis, por meio de petição com os requisitos elencados no artigo 1.016 do CPC de 2015, quais sejam, nome das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e do próprio pedido, o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo (DONIZETTI, 2018, p. 1411).

Também é necessária a juntada dos documentos exigidos no artigo 1.017 do CPC de 2015, sendo eles, obrigatoriamente: cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro

documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, declaração de inexistência de qualquer dos documentos acima referidos feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal. Ainda, de modo facultativo, o agravante poderá acostar cópia de outras peças que reputar úteis.

Além disso, deverá haver a comunicação da interposição do recurso ao juízo de primeiro grau de jurisdição, no prazo de três dias, sob pena de negativa de seguimento do recurso, desde que alegado e provado pelo agravado. A finalidade da comunicação se faz necessária a fim de que se permita o juízo de retratação ao magistrado, que pode ser feito a qualquer tempo, além da ciência do agravado sobre a interposição do recurso e de seu conteúdo. Tal comunicação se torna facultade se o processo for eletrônico³ (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 726-727).

O recurso poderá ser interposto por protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo, por protocolo na própria comarca, seção ou subseção judiciárias (protocolo integrado), por postagem, sob registro, com aviso de recebimento, por transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei ou, por outra forma prevista em lei, como, por exemplo, por meio eletrônico, quando se tratar de autos da espécie (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1046).

Cumprе ressaltar que todos os agravos de instrumento que ingresarem no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), deverão tramitar exclusiva e obrigatoriamente por meio de processo eletrônico. Tal regra foi imposta pelo Ato nº 017/2012-P, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Poder Judiciário Estadual (RIO GRANDE DO SUL. Diário da Justiça Eletrônico, 2012, p. 01).

Quando da interposição do agravo o agravante deve comprovar o pagamento das custas e porte de retorno. Caso haja insuficiência do valor, haverá prazo de cinco dias para suprir, se não feito implica em pena

³ Nas palavras de Donizetti “por certo nos sistemas informatizados haverá um aviso alertando o juiz sobre a interposição do agravo de instrumento, a fim de oportunizar ao magistrado o juízo de retratação” (2018, p. 1414).

de deserção, ou seja, presume-se que desistiu do recurso⁴. Ainda, o CPC de 2015 trouxe a possibilidade de que, se não comprovado o recolhimento do preparo o agravante será intimado para realizar em dobro, sob pena de deserção. Também, revelando a prevalência do saneamento, se algum requisito da petição se mostrar ausente, será concedido o prazo de cinco dias para este sane eventual vício ou complemente a documentação exigida (DONIZETTI, 2018, p. 1412).

Quando recebido o agravo de instrumento no tribunal, pode o relator julgar monocraticamente, atribuir efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal, requisitar informações complementares, intimar o agravado para responder o recurso no prazo de quinze dias⁵ e intimar o Ministério Público para que se manifeste sobre o recurso também no prazo de quinze dias, quando o caso enseje atuação ministerial (DONIZETTI, 2018, p. 1415).

Em prazo não superior a um mês da intimação do agravado o relator solicitará dia para julgamento, sendo o agravo incluído na pauta de julgamento. Contudo, destaca-se que se trata de um prazo administrativo, sem efeitos preclusivos (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1053).

Com relação aos efeitos, normalmente, o agravo de instrumento limita-se ao efeito devolutivo, não sendo dotado de efeito suspensivo, em regra. Porém, o efeito suspensivo, poderá ser concedido em certos casos pelo relator⁶. Sendo assim, a decisão interlocutória passível de agravo de instrumento, nasce apta a produzir seus efeitos (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1047).

⁴ No âmbito do processo civil, deserção, é o abandono processual pelas partes em decorrência do não recolhimento das custas devidas, em prazo legal. Sem o pagamento de custas "o recurso torna-se descabido" (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1033).

⁵ Nas palavras de Donizetti "a intimação para responder ao recurso pode ser feita pessoalmente ao agravado, por carta com aviso de recebimento, quando este não tiver procurador constituído. Se já existir advogado habilitado, a intimação será dirigida ao patrono do agravado, por carta com aviso de recebimento ou por meio do Diário da Justiça" (2018, p. 1415).

⁶ Theodoro Junior afirma que "dois são os requisitos da lei, a serem cumpridos cumulativamente, para a obtenção desse benefício: (i) a imediata produção de efeitos da decisão recorrida deverá gerar risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação; e (ii) a demonstração da probabilidade de provimento do recurso" (2016, p. 1047).

A sistemática introduzida no CPC de 2015, que busca um processo simplificado e tempestivo, espelhou-se no sistema da irrecorribilidade das decisões interlocutórias encontrado no processo do trabalho e nos Juizados Especiais (JOBIM; CAVALHO, 2014, p. 268).

Verifica-se que, o legislador da codificação de 2015, na esperança de diminuir o número de agravos de instrumento nos tribunais, criou um rol de decisões interlocutórias recorríveis, visto que as mesmas estão sujeitas a preclusão caso não impugnadas por agravo de instrumento⁷ (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 2233).

Frente a essa sistemática surge uma indagação: as decisões interlocutórias que não estão no rol do artigo 1.015 do CPC são irrecorríveis? Notório que não. Existe a recorribilidade, não imediata, mas sim com a interposição de recurso próprio. É inadequado afirmar que existem decisões irrecorríveis no sistema do CPC de 2015, apenas pelo fato de o agravo retido ter sido extinto⁸ e de o agravo de instrumento atacar determinadas hipóteses e não todas as decisões interlocutórias proferidas pelos juízes (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1.040).

Todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal, o que há é que algumas decisões (elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC de 2015) são imediatamente atacáveis pelo agravo de instrumento e outras, não elencadas no rol, se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação ou ainda, as contrarrazões de apelação pelos tribunais quando do julgamento do recurso final do processo de primeiro grau (BARTILOTTI, 2017, p. 178).

Em decisões não agraváveis, pode também a parte vencedora recorrer por meio de apelação. Theodoro Junior afirma que se “a parte prejudicada pela decisão interlocutória for vencida na ação, deverá arguir a matéria em preliminar de apelação, sendo a parte contrária intimada para contrarrazoar”. Porém, se “a sentença lhe for favorável, a impugna-

⁷ A parte perde o direito de impugnar posteriormente. Segundo Nery e Nery Junior “o que significa dizer, por exemplo, não poderão ser impugnadas nas razões ou contrarrazões de apelação” (2016, p. 2233).

⁸ O agravo retido, segundo Nery e Nery Junior foi mantido, porém “sob outra roupagem, a da preliminar de apelação” (2016, p. 2234).

ção poderá ocorrer em sede de contrarrazões de eventual apelação interposta pela parte contrária” (2016, p. 1041).

Nery e Nery Junior justificam que “o sistema abarca o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias como regra”, porém, o problema não se refere a “irrecorribilidade da interlocutória que não se encontra no rol do CPC 1015, mas de recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação” (2016, p. 2233).

Todas as decisões interlocutórias são recorríveis, mesmo que seja ao final. Porém a impugnabilidade tardia das decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, embora cabível apelação, pode se tornar ineficaz. Assim, como aconteceu no CPC de 1939, poderão ser utilizados o mandado de segurança, a correição parcial e o pedido de reconsideração, como sucedâneos do agravo de instrumento, para impugnar as decisões proferidas no primeiro grau, em que o recurso de apelação se mostrar inútil (MEDINA, 2016, p. 1334-1335).

Desse modo, o legislador, ao enumerar as hipóteses do agravo de instrumento, proposital ou involuntariamente, reviveu as polêmicas e discussões a respeito do cabimento do mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento. Contudo, estabeleceu um rito célere.

Portanto, constata-se no agravo de instrumento previsto no CPC de 2015, uma característica diferencial, que é a rapidez no seu procedimento. Optou o legislador por limitar a quantidade de matérias que podem ser agravadas imediatamente e diminuir o número de interposição, para que a tramitação seja célere e atinja o grau de efetividade que dele se espera.

Portanto, ao elencar as decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento no artigo 1.015 do CPC de 2015, o legislador externou que o referido rol é taxativo. Porém, grande parte dos doutrinadores posicionam-se contra essa, alegada taxatividade, da lista de decisões, afirmando que o agravo de instrumento, para não causar prejuízo as partes, deveria se encaixar em todas as hipóteses de decisões interlocutórias.

II - A flexibilização do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015

O CPC de 2015 criou um rol de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento. Com isso, as decisões interlocutórias passíveis de agravo sujeitam-se a preclusão, já as outras não sofrem, visto que, ocorre a recorribilidade não imediata, em sede de preliminar de apelação ou em contrarrazões. Sendo assim, a decisão interlocutória não é irrecorrível, apenas ocorre seu exame em momento futuro.

O referido Código ampliou o rol de matérias que admitem apelação e restringiu a utilização do agravo, daí a tentativa de enumeração. Em tese, o rol deveria abranger todas as situações que necessitem de julgamento imediato da lide, mas a enumeração tem se mostrado ineficiente na prática.

Cumprido ressaltar que a controvérsia limita-se tão somente às decisões interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, salvo no caso do inventário. Diante dessa realidade, indaga-se: qual é a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015? À luz das garantias constitucionais, como deve ser interpretado? A doutrina apresenta quatro correntes para responder as questões.

A primeira corrente é defendida por Nery Junior e Nery, que sustentam que somente as decisões interlocutórias previstas no rol do artigo 1.105 do CPC são recorríveis (*numerus clausus*), visto que a lista legal é taxativa e não permite hipótese de interpretação analógica ou extensiva (2016, p. 2233). Ainda, Noronha afirma que “somente a lei pode criar recursos, de forma que somente são recorríveis as decisões que integrem o rol previsto na lei, rol taxativo” (2018, p. 09).

A citada corrente acredita que houve consciente opção legislativa pela enumeração taxativa das hipóteses, as quais, a seu ver, demandariam imediato reexame pelo Tribunal, deixando as demais questões para rediscussão futura. Dessa forma, é requisito de admissibilidade do agravo de instrumento que a decisão interlocutória esteja prevista no dispositivo legal (GONÇALVES, 2016, p. 305).

As decisões interlocutórias não previstas no rol são irrecorríveis por agravo de instrumento, mas não ocorre a preclusão, momento que poderão ser impugnadas nas razões ou contrarrazões de apelação. Já no que se refere às decisões interlocutórias previstas no rol do artigo, ocorre à preclusão. Sendo assim, se a parte não impugnar com o recurso de agravo de instrumento, perde o direito de impugnar nas razões ou contrarrazões de apelação (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 2233).

Segundo Oliveira Jr, “o ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, com o pretendido desafogo ao Poder Judiciário”. Porém, a taxatividade daquele rol despertou inúmeras discussões diante da dificuldade da lei de esgotar todas as situações agraváveis, ou seja, um rol que pretende ser taxativo raramente enuncia todas as hipóteses vinculadas a sua razão de existir (2018, p. 1028).

Ainda, segundo o mesmo autor, “o rol apresentado pelo art. 1.015 é manifestamente insuficiente” e está em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil. Além do mais “a opção legislativa não foi feliz ao estabelecer rol fechado quanto ao cabimento do agravo, tampouco deu conta da realidade processual nas hipóteses listadas no art. 1.015”, na medida em que, questões urgentes não foram abarcadas pelo artigo 1.015 do CPC de 2015 (OLIVEIRA JR, 2018, p. 1028).

Já Fernandes defende a taxatividade do rol do agravo de instrumento, aborda que “não podemos julgar de acordo com o sistema que achamos ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente com a função de legislar” (2018, p. 03).

Oliveira Jr. afirma, ainda, que “não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código”. Deste modo, “os limites do texto legal devem ser observados, principalmente no que estabelece rol fechado, *numerus clausus*, para cabimento do agravo, que é o piso sobre o qual está edificado o sistema de preclusões do procedimento comum estatuído pelo Código”.

Sendo assim, “resolver tal piso é deixar a construção instável e sob permanente risco. Um erro não se corrige com outro” (2018, p. 1028).

A segunda corrente, sustentada por Ferreira, defende que o referido rol é somente exemplificativo, assinalando que todas as decisões interlocutórias são recorríveis via agravo de instrumento, pois em virtude de características próprias são impraticáveis em preliminar de apelação ou contrarrazões (2017, p. 02-05).

Ferreira apresenta como exemplo para elucidar sua tese de que o artigo 1.015 do CPC é meramente exemplificativo o caso de dano irreparável ou de difícil reparação, “como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto de perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido”, desaparece, “a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento” (2017, p. 04).

Somente o rol do artigo 1.015 do CPC é insuficiente, pois deixa de abordar inúmeras questões que, se analisadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões, trariam grave prejuízo as partes. Estando, ausente a recorribilidade imediata da decisão interlocutória, em algumas situações, a sua impugnação em preliminar de apelação ou nas contrarrazões se torna inútil (ROCHA, 2018, p. 02).

A terceira posição sustenta que há insuficiência do rol do artigo 1.015 do Código de 2015. Dessa forma, utilizando a técnica da hermenêutica, observa-se que existe uma taxatividade, porém cabe interpretação extensiva ou analógica. Segundo Didier Junior e Cunha, “a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva”. Embora as hipóteses de decisões agraváveis sejam taxativas, é possível a interpretação literal de cada um dos seus tipos, de modo a acomodar situações semelhantes àquelas expressamente mencionadas no rol (2016, p. 209).

Ainda, a interpretação extensiva “amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra” e “opera por comparações e isonominâncias, não por encaixes e subsunções”. Não se pode confundir com a

interpretação extensiva, que importa ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente do indicado⁹ (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p. 209-211).

Notariano Jr. e Bruschi indagam: “Caso a decisão cause lesão grave e de difícil reparação e não esteja no rol de cabimento do agravo de instrumento, é possível a impetração de Mandado de Segurança?” (2015, p. 2501). Não adotando a interpretação extensiva, existe o risco de suscitar o uso excessivo do mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento, em casos que não se pode aguardar a análise em recurso de apelação¹⁰ (MEDINA, 2016, p. 1334-1335).

Ferreira aborda que “em breve tempo os tribunais terão um número maior de mandados de segurança do que de outros recursos e se isto acontecer, todos terão imensa saudade do agravo de instrumento” do sistema anterior ao CPC de 2015. Porém, depende dos próprios Tribunais evitar o manejo abusivo de mandados de segurança contra as decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015 do Código de 2015 (2017, p. 05).

O pedido de reconsideração tende a ser também bastante utilizado. Medina afirma que “tal remédio mostra-se adequado, no entanto, apenas quando se estiver diante de situação em que se autoriza a prolação de nova decisão, pelo juiz, a respeito do tema que já examinara”¹¹ (2016, p. 1334-1335). Essa corrente reconhece a insuficiência do rol para tutelar adequadamente as diversas questões apresentadas.

Um quarto pensamento é esposado pela ministra Nancy Andrighi, relatora dos Recursos Especiais números 1696396/MT e 1704520/MT.

⁹ Segundo Didier Junior e Cunha “no âmbito do processo penal, também se entende que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva”, como exemplos cita-se as “hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito são taxativas, mas se admite interpretação extensiva, “desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do CPP”, também “as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, previstas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, mas admitem interpretação extensiva” (2016, p. 210-211).

¹⁰ Um exemplo citado por Donizetti é “a decisão que indefere prova pericial [...] Assim, se não for o caso de produção antecipada de prova – pleito cautelar, inserido no âmbito da tutela provisória, para a qual há previsão de agravo de instrumento –, pode a parte prejudicada, em tese, impetrar mandado de segurança” (2018, p. 1407).

¹¹ O pedido de reconsideração não suspende e nem interrompe prazo para interposição de outro recurso (MEDINA, 2016, p. 1335).

Sustenta a julgadora que, com fundamento na efetividade do processo, existe no artigo 1.015 do CPC de 2015, uma taxatividade mitigada pelo requisito objetivo da urgência. A tese proposta pela ministra consiste em agravar decisões interlocutórias que envolvem questões urgentes, com prejuízo irremediável à parte e que não estejam elencadas no rol do artigo 1.015 do Código (2018, p. 45-46).

Dessa forma possibilita a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias não inclusas na lista legal do citado artigo. Vale ressaltar que essa recorribilidade sempre opera em caráter excepcional, em que se torna infrutífera a discussão em preliminar de apelação ou em contrarrazões (ANDRIGHI, 2018, p. 47).

Recentemente, a Corte Especial do STJ, por meio do julgamento dos Recursos Especiais acima citados, processados e julgados sob o rito dos recursos repetitivos, decidiu chancelando a posição da ministra Nancy Andrichi, ou seja, pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015 (BRASIL, STJ, 2018, p. 98).

O resultado do julgamento se deu por maioria de votos (sete a cinco) demonstrando a divergência existente no que se refere à natureza do rol do agravo de instrumento. Acompanharam o entendimento da relatora os ministros Jorge Mussi, Luís Felipe Salomão, Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer, Benedito Gonçalves e Raul Araújo (BRASIL, STJ, 2018, p. 98).

A divergência foi levantada pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, defendendo a taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015. Seu entendimento foi acompanhado pelos ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (BRASIL, STJ, 2018, p. 98).

Andrichi, defendendo sua posição, citou como exemplo o caso de uma decisão que nega segredo de justiça. “Imagine-se que a parte, para deduzir a sua pretensão em juízo, necessite que certos fatos relacionados a sua intimidade tenham de ser expostos na ação judicial” é imprescindível o deferimento do segredo de justiça, visto que “a publicização de tais

fatos impedirá o restabelecimento do *status quo ante*”, tratando-se de medida irreversível (2018, p. 40).

Argumentou, ainda, a ministra do STJ que, caso o requerimento do segredo seja indeferido, pela letra do artigo 1.015 se teria uma decisão irrecurável, que somente seria contestada em preliminar de apelação, quando “seria inútil, pois todos os detalhes da intimidade do jurisdicionado teriam sido devassados pela publicidade”. Dessa forma, “revela-se inconcebível, [...] que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato enfrentamento”¹² (ANDRIGHI, 2018, p. 40-41).

Quanto à preclusão, apenas precluem as decisões que possuem conteúdo descrito nas hipóteses previstas no artigo 1.015 do Código de 2015. Ainda, a ministra afirmou que, se admitida a possibilidade de impugnar decisões interlocutórias urgentes, não elencadas no artigo 1.015 do CPC e a parte não o fizer, não haverá de se falar em preclusão de qualquer espécie (ANDRIGHI, 2018, p. 49).

Há, nesse critério judicial criado pelo STJ, uma forte influência do revogado artigo 522 do CPC de 1973, que previa o cabimento do agravo de instrumento contra a “[...] decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Por fim, a Corte Especial do STJ limitou os efeitos do precedente para o futuro, devendo incidir sobre as decisões interlocutórias proferidas a partir da publicação do acórdão, conforme prevê o artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB (BRASIL, STJ, 2018, p. 02-03). Dessa forma, “adotado o regime de transição, a modulação será feita com a aplicação da tese somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que a fixar” (ANDRIGHI, 2018, p. 51)

Mesmo com a decisão do STJ pela taxatividade mitigada dos recursos especiais repetitivos, percebe-se que ainda há na doutrina e na jurisprudência forte controvérsia quanto a natureza do rol do artigo 1.015

¹² Outro exemplo semelhante é o da competência. Não é admissível que um processo tramite em juízo incompetente e somente ao final, em preliminar de apelação ou em contrarrazões, possa ser arguida a incompetência e remetido o feito ao juízo competente a fim de ser julgado novamente (ANDRIGHI, 2018, p. 42).

do CPC de 2015, que trata do agravo de instrumento. Diante disso, apesar da tentativa do STJ em solucionar as controvérsias envolvendo a taxatividade do rol do supracitado, verifica-se que o problema embora uniformizado, ainda persiste.

III - A irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e o princípio da efetividade processual

O processo civil, no Estado Democrático de Direito, se fundamenta na Constituição Federal (CF), devendo aplicado e interpretado à luz do texto constitucional. A Constituição estabelece a base e o vértice do sistema processual, dentre os quais destacam-se as garantias processuais do acesso à justiça, da duração razoável do processo e do devido processo legal, do que decorre o princípio da efetividade. Verifica-se que a tutela jurisdicional tem ligação direta com a efetividade processual, fato de grande complexidade que se revela um problema antigo e de difícil solução.

Para tanto, o acesso à justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Marinoni aborda o acesso à justiça como “rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social” (2000, p. 21-22). Logo, o Estado, por meio do acesso à justiça, “busca produzir na sociedade uma sensação geral de paz social” (AUILO, 2017, p. 28). Com isso, o processo é o meio que instrumentaliza o acesso à justiça, elimina litígios e traz a pacificação social (ASSIS, 1999, p. 10).

Para que seja possível atingir a pacificação social, é necessário que a prestação jurisdicional esteja revestida de segurança jurídica, que se define pela “necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social” (ALMEIDA; SOUZA BRITO, 2010, p. 187).

O CPC de 2015 trouxe a necessidade de interpretação com novas lentes, sendo aceitável a restrição de cabimento do agravo de instrumento visando a duração razoável do processo. Dessa forma, relevante analisar os números referentes à interposição do recurso de agravo de instrumento, do mandado de segurança e da correção parcial a partir do ano de 2014, quando ainda em vigência do CPC de 1973, até o ano de 2018, já na vigência o sistema recursal do CPC de 2015, para observar se o objetivo do legislador de 2015 foi atingido, no que tange a diminuição dos agravos de instrumento. A pesquisa refere-se à justiça estadual gaúcha e os dados foram obtidos junto ao site do TJRS, conforme resultados presentes nos Anexos A, B e C deste trabalho.

No ano de 2014 foram interpostos um total de 111.610 agravos de instrumento, enquanto foram julgados 117.119. Quanto ao mandado de segurança foram distribuídos um montante de 657, enquanto 753 foram julgados. No que se refere à correção parcial foram distribuídas um total de 56, ao mesmo tempo que 57 decididas. Pode-se observar que o número de decisões foi maior que o número de distribuições no citado ano, revelando um passivo anterior (ANEXOS A, B e C).

No ano de 2015, ainda na vigência do CPC de 1973, porém já com a publicação do CPC de 2015, percebeu-se uma diminuição de agravos de instrumento interpostos, o que se somou um total de 94.767, enquanto 102.490 foram decididos. No que se refere ao mandado de segurança houve um aumento significativo, onde foram distribuídos um total de 837 mandados de segurança e 778 foram decididos. Quanto à correção parcial também houve um singelo aumento, em que foram distribuídos um total de 61 e 59 decididas (ANEXOS A, B e C).

Em 2016, com a vigência do CPC de 2015 a partir do mês de março, observa-se uma significativa queda na interposição do agravo de instrumento, somando um total de 73.377 agravos interpostos e um total de 77.657 agravos decididos. No que tange ao mandado de segurança percebe-se um aumento considerável, passando a ser 1.078 o número distribuído, enquanto 1.213 foram decididos. A correção parcial também

teve um expressivo aumento, passando a 85 o número distribuído e 90 o número decidido (ANEXOS A, B e C).

Em 2017 novamente uma queda na interposição do recurso de agravo de instrumento, o que somou um número de 70.607 novos recursos, enquanto 78.366 foram julgados. No que refere ao mandado de segurança constata-se um pequeno aumento com o total de 1.128 interpostos e 1.254 decididos. Quanto à correção parcial nota-se um aumento considerável, sendo que 118 foram interpostas e 119 julgadas (ANEXOS A, B e C).

No último ano, 2018, novamente uma queda no número de agravo de instrumento interpostos, o número não passou dos 70 mil, sendo de 69.981 agravos interpostos, enquanto 75.079 foram decididos. O mandado de segurança teve uma leve diminuição, em que foram interpostos 1.074 e 1.357 julgados. No que se refere a correção parcial também houve uma pequena diminuição, em que foram distribuídas um total de 100 e julgadas 105 (ANEXOS A, B e C).

Com a presente pesquisa, pode-se perceber uma diminuição de 37,3% na interposição do agravo de instrumento com a vigência do CPC de 2015 ou seja, de um total de 111.610 passou para 69.981, o que promove um desafogamento do Judiciário, levando a uma maior celeridade processual. Nessa linha, percebe-se que o objetivo do legislador de 2015, no que tange a diminuição dos recursos de agravos de instrumento, foi atingido. Porém notou-se significativo crescimento na interposição de mandados de segurança.

O crescimento de interposição de mandados de segurança, como sucedâneo do agravo de instrumento, pode trazer prejuízo a duração razoável do processo e a sua efetividade, pois o mesmo possui um andar mais lento e prazo bem mais elástico do que o agravo de instrumento, o que congestionará os tribunais. Dessa forma, a interposição do agravo de instrumento pela sistemática do CPC de 2015 revela-se mais célere e se apresenta muito mais eficiente para reexame e eventual correção da decisão judicial interlocutória do que outros meios alternativos.

Jobim e Carvalho afirmam que “não se busca apenas a solução (sentença), mas que essa solução seja apresentada de forma tempestiva e efetiva”, ou seja, justiça ao caso concreto, visto que, “vive-se em uma sociedade da pressa”. Ainda, se busca “um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, que possibilite à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados” (2014, p. 266-268).

Nesse sentido, o processo não é somente um conjunto de normas que disciplinam os atos processuais, mas sim uma possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa, que traga resultados úteis às partes. O processo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de obter uma sentença justa que decorre da correta aplicação da lei diante do caso concreto apresentado e promove a resolução do conflito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 65), isso revela a efetividade.

A necessidade da eficiência é expressamente colocada no CPC de 2015, em seu artigo 8º. Wambier e Talamini afirmam que “significa que os mecanismos processuais [...] devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados” (2016, p. 75). Complementa Medina que “só pode ser considerada eficiente a tutela jurisdicional se prestada tempestivamente, e não tardiamente”, sendo assim, “a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficientemente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte” (2016, p. 134).

Wambier e Talamini afirmam que a efetividade do processo não depende somente de uma imposição judiciária ao conduzir o processo, mas também de “normas legais que estabeleçam procedimentos e técnicas de tutelas adequadas, juízes e auxiliares da Justiça devidamente preparados e recursos materiais suficientes para o Poder Judiciário” (2016, p. 75).

A efetividade do processo “constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”, produzindo resultados úteis e visíveis fora dos autos (DINAMARCO, 1996, p. 330).

No que se refere ao recurso de agravo de instrumento, Silva afirma que o mesmo “deveria ser um recurso com solução célere”, pois “em razão da situação de urgência envolvida, pode levar vários meses ou mesmo anos até ter seu julgamento finalizado” (2013, p. 01). Para solucionar esse conflito foi necessário uniformizar a interpretação e aplicação do artigo 1.015 do CPC de 2015 (MOURA, 2018, p. 06).

Ao julgar o Tema nº 988 dos Recursos Repetitivos, originado dos recursos especiais, REsp n. 1.696.396/MT e REsp n. 1.704.520/MT, a Corte Especial do STJ fixou a seguinte tese: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (BRASIL, STJ, 2018, p. 02).

Na visão da Corte a solução mais adequada foi a de taxatividade mitigada, ou na expressão utilizada no voto da relatora Andri ghi, uma “cláusula adicional de cabimento” (2018, p. 45-46). Dessa forma, não há um amplo poder do julgador de criar situações de cabimento do agravo de instrumento, ao mesmo tempo que o direito de recorrer não se restringe ao previsto no artigo 1.015 do CPC de 2015, conforme precedente criado.

Porém, a adoção de precedentes não significa “o engessamento do direito”. Pode ocorrer a superação¹³ da tese criada, “denominação atribuída à técnica de alteração de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento”. Dessa forma a “existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito” (PEIXOTO, 2017, p. 04).

O principal fundamento para a adoção da taxatividade mitigada estabelecido pelo STJ é a urgência, isto é, o perigo da demora, decorrente da decisão decidida em primeiro grau não ter recorribilidade imediata, mas somente em sede de apelação, capaz de tornar inútil a apreciação do tema em momento posterior. Também “o processo não pode e não deve

¹³ Peixoto afirma que “a realização da superação de precedentes pode ocorrer tanto por meio de um processo traumático, em que a mudança jurisprudencial ocorre de forma abrupta, como pode ser decorrente de uma modificação paulatina da *ratio decidendi*, que, ao fim, ocasiona a mudança total do entendimento inicial de forma quase natural” (2017, p. 11).

ser um instrumento de retrocesso na pacificação de conflitos” (ANDRIGHI, 2018, p. 41).

Com a decisão dos dois recursos repetitivos, questiona-se como será feita a análise da urgência (MOURA, 2018, p. 05). Noronha refere que o conceito de urgência “é extremamente aberto, subjetivo e mutante, não se constituindo em pilar seguro para sustentar o sistema recursal no ponto, especialmente se caberá apenas à parte decidir se há (ou não) urgência no caso concreto” (2018, p. 07). Ainda, “caberá a cada julgador fixar, de modo subjetivo, o que será urgência no caso concreto?”. Moura alega que a utilização do critério urgência poderá gerar insegurança jurídica (2018, p. 05-09).

Fernandes afirma que “tal requisito da urgência sequer foi ventilado pelo legislador, consistindo em ampliação do rol muito além da sugerida até mesmo pela doutrina que propõe a sua interpretação extensiva” (2018, p. 02).

Também, com a decisão de possibilidade de taxatividade mitigada, Moura levanta o seguinte questionamento: “como ficarão as hipóteses dos demais incisos? Outros repetitivos é que irão definir?”. Acredita que “cada tribunal decidirá conforme sua convicção. Ou seja, o repetitivo não cumprirá sua função paradigmática” (2018, p. 05-09).

Moura afirma que, apesar de todo esforço em buscar a efetividade da prestação jurisdicional, “a fixação de uma tese tão aberta, que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado, parece [...] perigosa”, ainda, “frustra a pretensão de pacificar e uniformizar a aplicação do direito federal pela sistemática do recurso representativo da controvérsia”, visto que “deixará a análise sobre o cabimento ou não do agravo para cada caso concreto, neutralizando, assim, a ideia posta na lei processual vigente, ao tratar do recurso repetitivo” (2018, p. 06).

Noronha afirma que “o dinamismo social atual não se coaduna mais com a ideia de um processo demorado, de cognição plena e exauriente, pois, em tais hipóteses, a satisfação chega, mas, muitas vezes, desacompanhada da necessidade do autor”. Assim, “a opção do legislador –

sempre um reflexo dos anseios sociais – vem atrelada à necessidade de solução, mesmo que haja algum sacrifício em relação aos direitos pleiteados”. Afirma, ainda, que o CPC de 2015, em relação aos Códigos anteriores, “tem natureza mais satisfativa” (2018, p. 05).

Observa-se que decisões equivocadas podem trazer prejuízos à parte e ao processo, visto que a demora em sua avaliação não trará resultado útil ao recorrente, por outro lado, um processo célere “corroborar para que o direito seja devidamente tutelado”. Por esse motivo, é necessário que as decisões interlocutórias sejam discutidas no momento em que proferidas e não posteriormente através da recorribilidade diferida. Além disso, a decisão equivocada trará morosidade e ineficiência ao processo, como a nulidade dos atos processuais ou ineficácia pelo decurso do tempo (LONGEN, 2017, p. 258).

Como exemplo, pode-se citar quando uma das partes requer produção de prova pericial e a mesma for indeferida, não estando esta decisão no rol de decisões agraváveis, o processo vai ter sua tramitação normal e ao final, com a sentença, caso a parte seja sucumbente, tratará a matéria como preliminar de apelação. Entendendo-se que a prova era realmente necessária será anulada a sentença e determinada a realização da perícia. Atos como este causarão prejuízos, além de ferir a duração razoável do processo comprometendo sua eficiência. Tal situação poderá ser objeto de mandado de segurança, levando muito mais tempo para ser analisada (BARTILOTTI, 2017, p. 187). Ou a parte agravará, com fundamento na tese firmada no Tema 988, invocando situações de urgência e da inutilidade de invocar a questão no recurso de apelação, e ficará na expectativa de interpretação do respectivo Tribunal (LUZ, 2019).

O legislativo ao prever o rol taxativo fez uma escolha, certamente voltada a reduzir a interposição do recurso de agravo de instrumento. Já o Judiciário, em sua decisão, revogou o rol do agravo de instrumento, levantando assim a questão do ativismo judicial, que se constitui na recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes (MACHADO, 2018).

Desse modo, conclui-se que a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, prevista no artigo 1.015 do CPC de 2015, pode trazer um prejuízo irreversível às partes, pois algumas questões que necessitam de decisão imediata serão lançadas a um julgamento futuro. Contudo, a interpretação extensiva proferida pelo Tema 988 do STJ, abranda esse dilema, momento que poderão ser objeto de agravo de instrumento, aquelas decisões interlocutórias que, mesmo não elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC, venham a se encaixar na situação de “urgência” prevista no precedente.

Considerações finais

O CPC de 2015 optou pela enumeração casuística de decisões interlocutórias que desafiam o agravo de instrumento. Com a tentativa de enumeração, houve forte discussão a respeito da natureza do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015. Com isso, a doutrina apresentou quatro correntes para responder a questão.

Recentemente, a Corte Especial do STJ, por meio de julgamento de dois Recursos Especiais, decidiu, chancelando a posição da ministra Nancy Andrighi, pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC de 2015. Tal decisão criou precedente vinculativo que se apresenta por meio do Tema n. 988 dos Recursos Especiais Repetitivos do STJ. Mesmo com tal decisão, percebe-se que ainda há controvérsia quanto ao rol do artigo 1.015 do CPC de 2015.

Contudo, compreende-se que a interpretação que melhor aplica a norma é a extensiva, visto que elimina o apego exacerbado ao texto legal e com isso promove a concretização do princípio constitucional da efetividade processual conjugado ao processo justo.

A par disso, conclui-se que o atual regime do agravo de instrumento promove a efetividade processual, visto que houve uma diminuição do número de interposições do agravo de instrumento, conforme pesquisa realizada junto ao site do TJRS. Dessa forma, os Tribunais conseguem se

manifestar de modo mais célere, o que revela um maior número de agravos julgados do que distribuídos, bem como proferindo a decisão em um menor espaço de tempo, o que possibilita concretizar a duração razoável do processo e alcançar a paz social.

Referências

ALMEIDA, João Alberto de; SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>. Acesso em 01 de maio de 2019.

ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade**. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (COORD). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 10-46.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

BARTILOTTI, Alexandre Soares. Principais inovações do recurso de “agravo de instrumento” no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**. Arapiraca/ Alagoas: Cesmac Faculdade do Agreste, v.1, n.1, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520 – MT** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702719246>>. Acesso 29 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1696396/MT**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>>. Acesso 29 de abril de 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**- Vol. 3, 13. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 330.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias**. In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194-197.

FONSECA, Edson Pires da. **O que é modulação temporal dos efeitos da decisão?** Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/concursos/o-que-e-modulacao-temporal-dos-efeitos-da-decisao/2133/> >. Acesso em 20 de maio de 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil, processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. Vol. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. **A disciplina dos agravos no projeto do novo código de processo civil**. Disponível em<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/336/271>>. Acesso em 17 de abril de 2019.

LONGEN, Israel. **O agravo de instrumento nas decisões que versam sobre competência**. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/1743227d/sMx6u5ZpWuHl6qBR.pdf>>. Acesso em 16 de abril de 2019.

LUZ, Eduardo Calich. **A modulação dos efeitos da decisão vinculante do STJ sobre admissão do agravo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-09/eduardo-luz-efeitos-decisao-stj-admissao-agravo>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Et al. **O ativismo do ativismo do ativismo: STJ e revogação judicial do art. 1015 do CPC**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/novo-cpc/ativismo-ativismo-stj-revogacao-judicial-art-1015-cpc-05122018?fbclid=IwAR1688Liz-SsektaWnrWRhhkeX-itKhBS53us-LZF9xf9Zlu-7QbjV67a6w>>. Acesso em 11 de abril de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 17. ed. atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOTARIANO JR, Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau: de acordo com as recentes reformas processuais e com o CPC/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **Do agravo de instrumento**. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**. v.3, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. Acesso em 01 de maio de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em <http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=o&ed=4850&pag=1&ult=29&va=9.0>. Acesso em 01 de maio de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório anual**. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/>. Acesso em 04 de abril de 2019.

ROCHA, Henrique de Moraes Fleury. **Cabimento do agravo de instrumento segundo o Código de Processo Civil brasileiro de 2015: aspectos polêmicos**. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 282, p. 299-317, agosto de 2018.

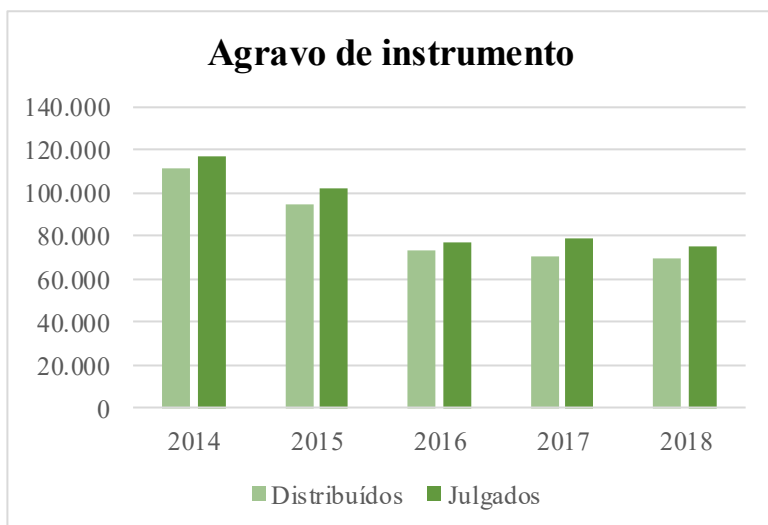
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**- v.3. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v.1.16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

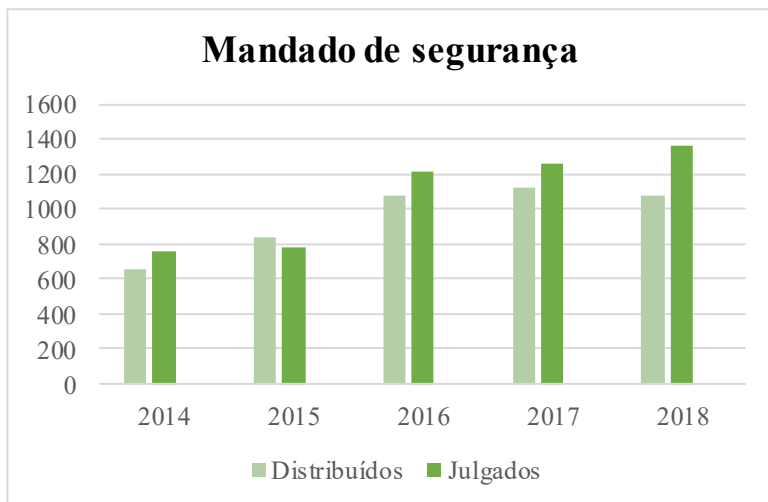
Anexos

Anexo A

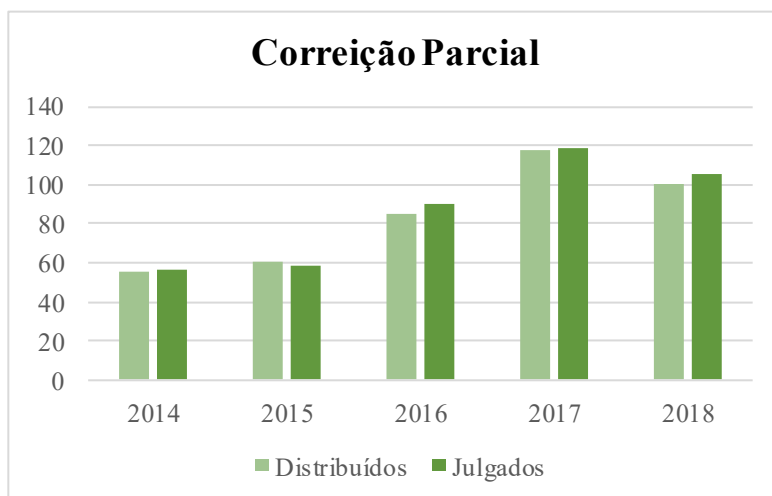
Agravo de Instrumento - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul



Anexo B
Mandado de Segurança - Tribunal de Justiça
do Estado do Rio Grande do Sul



Anexo C
Correção Parcial - Tribunal de Justiça
do Estado do Rio Grande do Sul



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org