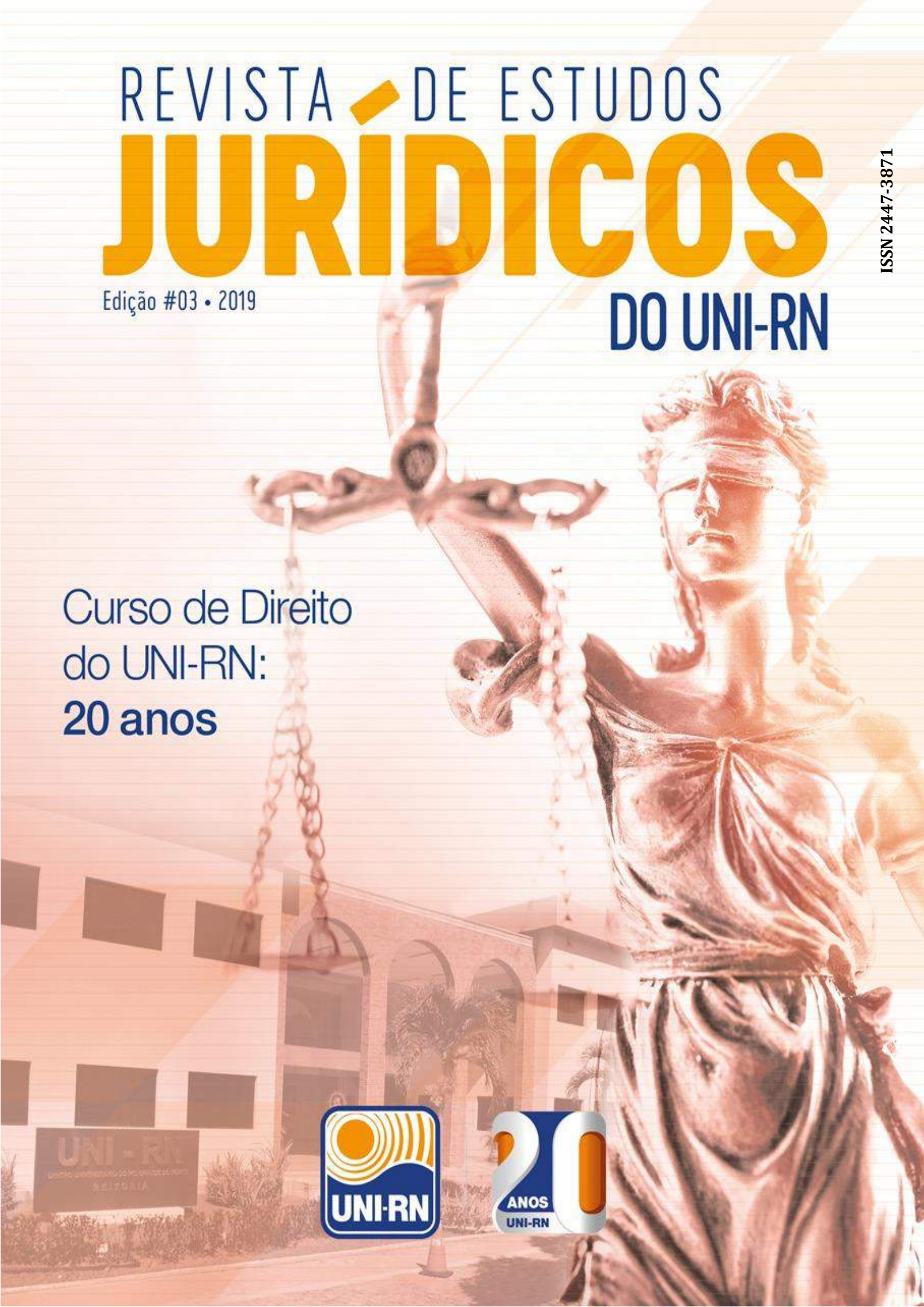


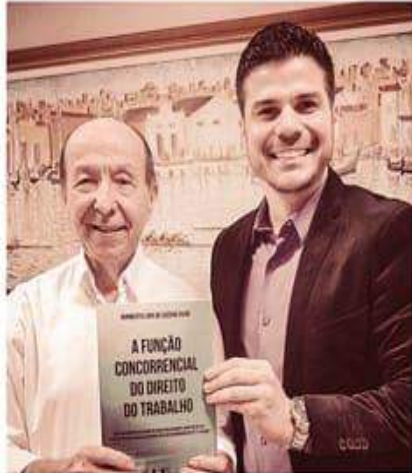
REVISTA DE ESTUDOS **JURÍDICOS** DO UNI-RN

Edição #03 • 2019

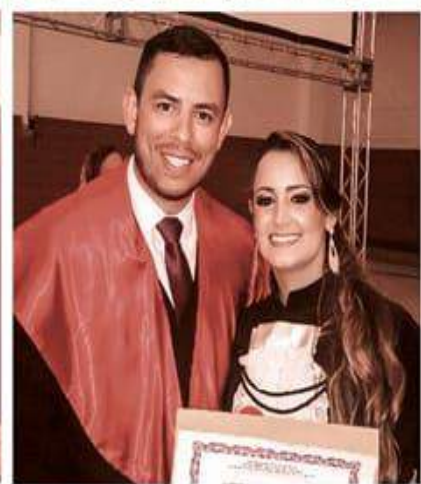
ISSN 2447-3871

Curso de Direito
do UNI-RN:
20 anos





CURSO DE DIREITO DO UNI-RN: 20 ANOS UMA HISTÓRIA





REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

Centro universitário do Rio Grande do Norte

N.3, Janeiro / Dezembro 2019

e- ISSN 2447-3871



Copyright: Direitos desta edição reservados ao
Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN (e-ISSN 2447-3871)

On-line - <http://revistas.unirn.edu.br/>

E-mail: revistajuridica@unirn.edu.br

Catálogo na Publicação – Biblioteca UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

R454

Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN / Centro Universitário do
Rio Grande do Norte. – n.3 (jan./dez.2019)- . – Natal : UNI-RN,
2019-

Anual

Descrição baseada em n. 3 (jan. /dez. 2019).

e-ISSN: 2447-3871

1. Direito 2. Igualdade de gênero - Trabalho. 3. Cibercultura. 4.
Adoção de crianças – Casais homossexuais. 5. Erga Omnes – União
estável. 6. Direitos humanos. 7. Patrimônio sucessório. 8. Encargos
sociais – Empregador doméstico e empresarial. 9. Conciliação –
Justiça do Rio Grande do Norte. 10. Memória jurídica.

RN/UNI-RN

CDU 34

Fernando Roberto Brandão da Silva (CRB 15/383)

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

Presidente

Dr. Manoel de Medeiros Brito

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

Reitor

Prof. Daladier Pessoa Cunha Lima

Vice-reitora

Prof^a Ângela Maria Guerra Fonseca

Pró-reitora Acadêmica

Prof^a Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Prof. Alúcio Alberto Dantas

Coordenadores do Curso de Direito

Prof^a Úrsula Bezerra e Silva Lira

Prof^a Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
Rua Prefeita Eliane Barros, 2000 – Tirol – Natal/RN – CEP 59.014-540
Portal: <http://revistas.unirn.edu.br>
E-mail: revistajuridica@unirn.edu.br

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

Presidente

Ana Beatriz Presgrave Ferreira Rebello

Ednaldo Benício de Sá Júnior

Everton da Silva Rocha

José Eduardo de Almeida Moura

Lenice Silveira Moreira de Moura

Walber Cunha Lima

Ilustração da Capa

Executiva propaganda

Editoração

Fernando Roberto Brandão da Silva

Diagramação e Normalização

Fernando Roberto Brandão da Silva

Revisão

João Maria de Lima

Coordenação Editorial

Prof^o Fábio Fidelis de Oliveira

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	7
<i>Fábio Fidelis de Oliveira</i>	
I - ARTIGOS:	
A BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO: 20 ANOS DE LUTAS E DERROTAS.....	8
<i>Andréa de Andrade Fernandes</i>	
A DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA NA INTERNET COMO GARANTIDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NAS ERAS DA ANTICIÊNCIA E DA CIBERCULTURA.....	27
<i>Luiz Felipe Pinheiro Neto e Stella Araújo.</i>	
ADOÇÃO DE CRIANÇAS EM NATAL/RN: A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS QUANTO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS E A COMPARAÇÃO EM RELAÇÃO A CASAIS HETEROSSEXUAIS.....	49
<i>Calinne Carla Aguiar Silva, Eduardo Andrade Galvêncio Rodrigues e Maria Júlia Pereira Galvão.</i>	
A EFICÁCIA ERGA OMNES DOS CONTRATOS DE UNIÃO ESTÁVEL: REFLEXOS NO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL.....	78
<i>Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes</i>	
A (IN) EXISTÊNCIA DE DIÁLOGO JUDICIAL INTERNACIONAL ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA (IM) PRESCRITIBILIDADE DOS DELITOS EM MATÉRIA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	97
<i>Emmanueli Karina De Brito Gondim Moura Soares e Paulo Hemetério Aragão Silva.</i>	
HERANÇA DIGITAL: BENS VIRTUAIS COMO PATRIMÔNIO SUCESSÓRIO.....	121
<i>Luana Maria Figueiredo de Lima Caldas e Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes.</i>	
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS ENCARGOS SOCIAIS COBRADOS DO EMPREGADOR DOMÉSTICO E DO EMPREGADOR EMPRESARIAL.....	152
<i>Cíntia de Fátima Silva, Diego Sidrim Gomes de Melo e Percy Lopes Júnior.</i>	
UMA CRÍTICA SOCIOLOGICA SOBRE O INSTRUMENTO LEGAL DA CONCILIAÇÃO: UMA VISÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE DURKHEIM, WEBER E MARX E DOS CONCILIADORES PSICÓLOGOS QUE ATUAM NO COMPLEXO DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE.....	187
<i>Daniel Lucas Leite Macedo, Guilherme do Nascimento Medeiros e Ygor Bastos Mesquita Minora de Almeida.</i>	

II - MEMÓRIA JURÍDICA:

DISCURSO DE COLAÇÃO DE GRAU DA PRIMEIRA TURMA DO CURSO DE DIREITO.....	204
Daladier Pessoa Cunha Lima.	
20 ANOS DE SONHOS E LEMBRANÇAS.....	210
João Batista Machado Barbosa.	

EDITORIAL

O presente número da Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN vem dar continuidade ao projeto de publicações científicas idealizado pelo nosso Centro Universitário mantendo o mesmo impulso de divulgação da escrita acadêmica dos docentes, discentes e da comunidade jurídica.

Aqui, em alusão ao relevante marco de 20 anos do Curso de Direito na instituição, figuram como temáticas especiais às contribuições dos professores sobre a mutação temporal dos institutos jurídicos debatidos em suas disciplinas no transcurso de duas décadas.

Contudo, para além das comemorações alusivas ao ano de 2019, este número também vem contemplar uma natural demanda para a publicação de artigos confeccionados pelo alunado e demais interessados em contribuir com o necessário intercâmbio científico.

Já no espaço “Memória Jurídica”, também disposto para rememorar marcantes momentos da construção do ensino jurídico potiguar, constam em destaque tanto o discurso proferido na primeira cerimônia de formatura pelo Reitor, o Professor Daladier Cunha Lima (também no ensejo de homenagem ao Professor Paulo Bonavides) quanto uma reflexão sobre a caminhada acadêmica empreendida ao longo destes 20 anos, a cargo do Professor João Batista Barbosa.

E por acreditarmos que apenas a manutenção da qualidade educacional pode efetivar a implementação de uma cultura jurídica plural, livre e concretamente democrática é que entregamos, ao público leitor, uma edição especialmente elaborada a demarcar a perenidade dos esforços em defesa destes mesmos postulados.

Fábio Fidelis de Oliveira.

Editor.

REVISTA DE ESTUDOS
JURÍDICOS
DO UNI-RN

I-ARTIGOS



A BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO: 20 ANOS DE LUTAS E DERROTAS

Andréa de Andrade Fernandes¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a efetividade das Leis 9.029/95 e 9.799/99 como normas promocionais ao trabalho da mulher coadunando com os novos ideais promovidos pela Constituição de 1988. Através de uma pesquisa bibliográfica acerca do Direito do Trabalho e Sociologia do Trabalho, além de apreciações legislativas, por meio do método de abordagem dedutivo, utilizando-se principalmente de procedimentos comparativo e estatístico, verificou-se que, apesar de possuírem tais leis a intenção de promover o trabalho da mulher, pouco se caminhou para a igualdade de gênero dentro da relação empregatícia. Muitos ainda são os empecilhos que dificultam a ascensão feminina no ambiente de trabalho e, apesar dos anos, o papel da mulher na família ainda é o maior deles.

Palavras-chave: Igualdade de gênero. Trabalho da mulher. Discriminação. Lei 9.029/95. Lei 9.799/99. Promoção do trabalho da mulher. Proteção ao trabalho da mulher.

THE SEARCH FOR GENDER EQUALITY IN THE WORKPLACE: 20 YEARS OF FIGHTING AND DEFEATING

ABSTRACT

This article aims to analyze the effectiveness of Laws 9.029/95 and 9.799/99 as promotional norms for women's work in line with the new ideals promoted by the 1988 Constitution. Through a bibliographical research on Labor Law and Sociology of Labor, as well as legislative appraisals, through the deductive

¹ Advogada. Professora Especialista do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: professoraandreaandrade@outlook.com

approach method, using mainly the comparative and statistical procedure methods, it was found that, despite having such laws The intention to promote the work of women did not move towards gender equality within the employment relationship. Many are still the obstacles that hinder women's rise in the workplace, and despite the years, the role of women in the family is still the biggest one.

Keywords: Gender equality. Women's work. Discrimination. Law 9.029/95. Law 9.799/99. Promotion of Women's Work. Protection of Women's Work.

1 INTRODUÇÃO

Muitos artigos já foram escritos sobre a desigualdade entre homens e mulheres no âmbito trabalhista. Muitos autores já desenvolveram teses, sobre as mais variadas justificativas, para a proteção legislativa criada com o intuito de, de alguma forma, proteger e promover a ocupação pelas mulheres no mercado de trabalho. A distinção entre gêneros sempre pautou a atuação social e a laboral e, por mais que hajam algumas proteções visando evitar a segregação, os séculos de discriminação não desaparecem instantaneamente.

Ao longo das últimas décadas, pouco se caminhou na tentativa de promoção a inserção da mulher no mercado de trabalho, todavia, não foram poucas as conversas, discussões e promulgações com essa intenção, restando-nos analisar a efetividade dessas conversas, discussões e promulgações, bem como os conflitos de interesse existentes em tais debates. Da proibição ao trabalho feminino e sua clandestinidade, à promoção da igualdade no acesso e permanência no mercado de trabalho; da economia na substituição da mão-de-obra masculina pela feminina ao excesso de direitos protetivos segregadores; da igualdade legislativa para a paridade factual; o trabalho feminino esteve nas rodas de debates nacionais e internacionais, e a única conclusão que ainda se chega é que, apesar de tantas leis a realidade vivenciada ainda é paritária, tanto no ambiente social como trabalhista.

Através de uma pesquisa bibliográfica utilizando o método dedutivo, vamos analisar especificamente a efetividade das leis 9.029 de abril de 1995 e 9.799 de maio de 1999. Tais legislações completaram recentemente vinte anos de vigência e

seu intuito original era quebrar o paradigma da proteção ao trabalho da mulher e transformá-lo em uma promoção ao trabalho feminino, modificando o entendimento de que a mulher era um ser inferior que necessitava de proteção, mas buscando promover a sua inserção no mercado de trabalho em condições paritárias.

Para analisar a efetividade abordaremos inicialmente a proteção ao trabalho da mulher promovida pela legislação nacional e seus reflexos no mercado de trabalho e na sociedade. Passaremos então a discorrer sobre as alterações promovidas pela Constituição Federal e as legislações decorrentes dessa mudança de visão, até abordarmos as justificativas de edição das leis 9.029/95 e 9.799/99 com suas devidas atualizações. Por último vamos analisar a atualidade dessas leis e sua efetividade na promoção do trabalho da mulher, abordando essencialmente a necessidade de readequação social como base para o desenvolvimento de uma mentalidade inclusiva e não segregativa.

2 O DIREITO AO TRABALHO DA MULHER NA HISTÓRIA - DA PROTEÇÃO A PROMOÇÃO

Da exclusão à promoção, o trabalho da mulher já foi visto de diversas formas dependendo da época e da sociedade sob análise. Vamos nos ater, no entanto, no direito trabalhista da mulher e o acesso ao mercado de trabalho nacional e para isso foi necessário retornarmos aos primórdios de nossa sociedade, da colonização ao império, da democracia à atualidade, para concluirmos que o papel da mulher sempre foi pautado pela classe social ao qual esta fazia parte. As relações laborais femininas sempre dependeram da alocação social dada a mulher na família e na sociedade.

Do estabelecimento da colônia ao império, o papel da mulher dependia de sua classe social: as mulheres de família abastada se capacitavam para administrar seus lares, prestar assistência moral à família, sendo direcionadas ao matrimônio e a maternidade; mulheres com um nível um pouco menos elevado, na ausência de seus maridos, administravam as casas, atendiam os doentes e participavam da educação das crianças; as camponesas eram responsáveis por cuidar das crianças,

fiar lã, tecer e cultivar a terra; mas independente da classe social, nenhuma mulher deveria ter papel social de destaque ou participação no contexto político.

As mulheres eram submetidas a uma doutrina moral e cultural de fragilidade e subordinação, ensinadas desde a infância a serem boas esposas, boas mães e a desenvolverem atividades manuais domésticas. Todavia, nem todas as mulheres possuíam esses “privilégios” e as mudanças socioeconômicas estabelecidas pelo fim da escravidão e posteriormente pela mecanização nas fábricas, alteraram paulatinamente o papel da mulher na sociedade e no mercado de trabalho. A inserção das mulheres em um mercado de trabalho predominantemente masculino e a ausência de legislações que regulamentassem essa nova relação, permitiram abusos dos mais variados possíveis. Jornadas exaustivas, salários baixos e acidentes de trabalho recorrentes, foram fatores que motivaram a intervenção estatal e a criação das primeiras leis protetivas, mas acima de tudo proibitivas, não apenas para os empregadores, mas restritivas às mulheres que ficaram impedidas de exercer algumas funções, inclusive necessitando da autorização do pai ou do marido para o trabalho.

Leis que vieram a proibir o trabalho feminino extraordinário ou noturno não possuíam intenção real de proteger, havendo divergência na doutrina sobre os reais motivos para a formulação destas. Alguns entenderam que a intenção era proteger o dever familiar da mulher colocando-o em primeiro plano, sendo o trabalho uma mera obrigação secundária, já outros afirmavam que tais limitações vieram para equilibrar o interesse nas contratações masculinas e femininas, afinal, o custo com as mulheres era mais baixo, enquanto a liberdade no comando da mão de obra com os homens deveria por tanto ser mais ampla. Todavia, ambas as correntes tinham em comum a valorização do papel da mulher na família e o entendimento que a liberdade na contratação feminina colocaria em risco a organização familiar e o poder do marido na relação matrimonial.

Para entendermos o papel da mulher no ambiente laboral precisamos entender seu papel na sociedade, afinal a CLT foi redigida sob a vigência do Código Civil de 1916, que estabelecia restrições a mulher, inserindo-a no rol dos relativamente incapazes, fazendo com que esta necessitasse da autorização do pai ou do marido para a participação dos atos da vida civil, inclusive celebrar contrato de trabalho.

A Constituição de 1934 foi a primeira a falar a respeito de direitos do trabalho da mulher em seu artigo 121, onde proibia a diferença de salário, bem como o trabalho noturno e insalubre, e trazer tal temática ao bojo constitucional incentivou o desenvolvimento de legislações infraconstitucionais. A própria CLT, decreto 5.452 de 1º de maio de 1943, apesar de inovadora, possuía caráter cerceador com relação ao trabalho feminino, deixando marcas da sociedade patriarcal em sua redação como por exemplo, a necessidade de autorização do cônjuge ou genitor para ingresso no seio laboral. Tal entendimento só veio a ser alterado com a promulgação da Lei 4.121 de agosto de 1962, que passou a considerar a mulher capaz para os atos da vida civil, inclusive para o trabalho, desvinculando ainda, o fruto de seu trabalho das obrigações financeiras de seu marido.

Somente após a Constituição de 1988 passamos a alterar o entendimento protecionista para o promocional ao trabalho feminino. O Princípio da Igualdade abordado no texto constitucional traz a isonomia entre homem e mulher inserida na lei, porém ainda precisa ser refletida verdadeiramente em fatos, pois em alguns pontos essa igualdade não existe na sociedade (SANTOS, 2000). Cabe ao Estado a função de promover o combate às desigualdades, determinando políticas que levem em consideração as especificidades de grupos sociais diferentes, ou seja, igualdade de gênero abraça a ideia de que os indivíduos são diferentes e que essas particularidades devem ser levadas em consideração a fim de garantir que, independentemente de seu gênero, todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades para se desenvolver, com suas ações e vozes sendo valorizadas igualmente (TAVASSI, 2019).

A luta pela efetividade da igualdade prevista no artigo 5º, I da Constituição² ainda causa desavenças cotidianas e atinge diversas áreas, como por exemplo, a Lei 9.504 de setembro de 1997, que garante o mínimo de 30% (trinta por cento) de vagas para candidaturas femininas nas coligações ou partidos políticos. No ambiente laboral preceitua o artigo 7º, nos incisos XX e XXX da Constituição

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Federal³, a proteção nos termos da lei e a proibição de diferenças em salário e função.

O texto constitucional impulsionou mudanças na legislação revogando as que não eram mais compatíveis com a nova realidade vivida e criando novas que visassem reestabelecer o equilíbrio social, todavia, qualquer diferença, por menor que seja, traz a sociedade novas discussões sobre o real significado da igualdade pretendida pelo legislador constituinte e ainda, se cabe à mulher a classificação de minoria, necessitando de proteção legal que permita sua ampla atuação no mercado de trabalho.

Do contexto protecionista do Estado, onde as leis pretendiam manter o perfil cultural e social da “mulher do lar”, mesmo no ambiente de trabalho, para leis que pretendem promover a contratação da mulher tornando viável sua profissionalização, muito se conversou, porém pouco se produziu e o texto constitucional que previa a proteção ao mercado de trabalho da mulher, tornou-se vazio com a ausência de leis que viabilizem e regulamentem tal inserção. Nesse âmbito, duas grandes leis trabalhistas abordaram essa visão para a mulher no ambiente de trabalho, foram as Leis 9.029 de 1995 e a Lei 9.799 de 1999.

3 A CRIAÇÃO DAS LEIS PROMOCIONAIS 9.029/95 E 9.799/99

O direito do trabalho da mulher caminhou em paridade com o direito civil, alterando a classificação anterior de pessoa relativamente incapaz para lhe conferir a capacidade plena, o que afetou a vida social, familiar e laboral da mulher. Todavia, apesar de não mais ser considerada inferior ao homem, a mulher ainda hoje luta para ser, não apenas inserida, mas mantida no ambiente de trabalho.

Em março de 1991 dois projetos de lei foram apresentados ao plenário da Câmara dos deputados, ambos voltados a proteção e promoção da mulher no ambiente de trabalho. Em 06 de março de 1991, o projeto de lei 229/1991 foi apresentado pela deputada Benedita da Silva, e tinha como objetivo coibir as

³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

práticas discriminatórias e injustas para com as trabalhadoras, nos seguintes termos:

(...) A primeira delas diz respeito à exigência de exame ou atestados que comprovem a esterilidade ou gravidez de candidatos a emprego. Não satisfeitos em se garantirem contra empregadas grávidas, alguns empregadores querem também a certeza da esterilidade como critério de recrutamento. Entendemos inadmissível essa discriminação contra a mulher, especialmente num momento em que a própria Constituição reconhece a função social da maternidade, a ser amparada e protegida. Complementar à proibição da exigência de exames comprobatórios de gravidez ou esterilidade, estamos propondo ainda multas para os infratores da estabilidade provisória da trabalhadora gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto conforme prevista nas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição. (SILVA, 1991)

Verifica-se pelas palavras utilizadas no discurso da deputada uma realidade torpe, onde o empregador solicitava nas seleções de emprego que as candidatas apresentassem atestados negativos de gravidez e/ou atestado de esterilização, com o intuito de contornar a nova garantia constitucional de proteção a maternidade.

Em 19 de março de 1991 foi apresentado o projeto de lei 382/91 de autoria da deputada Rita Camata, com o intuito de regulamentar o inciso XX do artigo 7º da Constituição. A justificativa oferecida àquela casa merece análise comparativa que abordaremos em tópico oportuno, salientando o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho, mas com um evidente desequilíbrio nos setores da economia atingidos, bem como a persistente diferença salarial em razão do gênero. Reafirmava a discriminação na relação empregatícia feminina, que deveria ser coibida diante das proteções constitucionais e o desenvolvimento de uma política de igualdade de oportunidades que considerasse as diferenças de gênero, mas sem limitar o acesso e permanência da mulher no mercado de trabalho.

3.1 OBJETIVOS E APLICABILIDADE DA LEI 9.029/95

O projeto de lei 229/91, que deu origem a Lei 9.029/95, em sua redação original, proibia a exigência, pelo empregador, de atestado ou exame de qualquer natureza que visasse a comprovação de esterilidade ou gravidez. Posteriormente o artigo 1º foi alterado para que, de forma ampla, viesse a coibir a prática

discriminatória no acesso ao mercado de trabalho ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros.

O interesse do projeto proposto era bem específico e reduzido, além de coibir a prática discriminatória em face da mulher, previa multa em dobro dos salários referentes ao período de estabilidade para aqueles que infringissem o disposto no artigo 10, II, b dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Necessário lembrar que a estabilidade à gestante, garantida pela Constituição de 1988, foi considerada uma ameaça à livre iniciativa e teve impacto negativo nas relações empregatícias da época. Empregadores passaram a exigir nas novas contratações, e ainda em exames periódicos das empregadas já pertencentes ao quadro, atestados negativos de gravidez ou comprovantes de esterilização, tentando, através desta prática, evitar a concessão da estabilidade e ficar preso a relação empregatícia durante toda a gestação e licença maternidade.⁴

Durante o processo legislativo foram inseridos no texto final o disposto nos pareceres 229-A/91, 229-B/91, 229-C/91, artigos voltados a proteção específica da mulher e da maternidade, coibindo práticas que pretendiam evitar a contratação de mulheres que estivessem ou pretendessem engravidar, bem como proteger tal direito da mulher dentro da relação de emprego, e ainda foi apensado ao projeto original o Projeto de Lei 3.466/92, que, proposto pela Deputada Maria Luiza Fontenele, estabelecia crime de coação em razão do sexo a solicitação dos exames de gravidez ou de esterilização, impondo pena de detenção de 2 a 4 anos e multa.

De forma precisa, a justificativa deste projeto deixa claro o ambiente ao qual a mulher ficava submetida, sendo o interesse econômico mais valorizado que a dignidade da pessoa humana.

A punição exemplar dessa conduta servirá para pôr fim a casos frequentes de mulheres que são despedidas ou não são aceitas em empregos se não se submeterem compulsoriamente a exames tendentes a verificar gravidez ou comprovar esterilização. Essa prática repugnante atinge no âmago o direito da mulher, não só como trabalhadora, mas principalmente como pessoa humana. Pelo Projeto preveem-se penas

⁴ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
(...) II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
(...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

para os que exigem da mulher se submeter a esses exames sem consentimento. Há agravante se é o empregador quem exige a prática do exame. (FONTENELLE, 1992)

Se causa assombro que tais atitudes à época tenham virado tão rotineiras no ambiente laboral que necessitassem de medida coibidora do Estado, mais assombro causa que medidas discriminatórias sejam adotadas até hoje, necessitando que tal lei, antes tão específica, fosse modificada duas vezes ao longo da última década, visando proteger novas minorias do ataque e da rejeição quanto ao acesso e manutenção do emprego.

Em julho de 2010 a lei 9.029/95 sofreu alteração em razão do Estatuto de Igualdade Racial⁵, inserindo no rol dos protegidos, a população negra. Posteriormente, em julho de 2015 foi novamente alterada, pela Lei 13.146/2015, para incluir tal proteção também a pessoa portadora de Deficiência.

Em linhas gerais a legislação, ainda vigente, visa coibir as práticas discriminatórias nas relações de trabalho, tipificando como crime as práticas que atuem contra a fecundidade da mulher, imputando responsabilidade ao empregador, seu preposto, bem como ao dirigente de órgãos públicos, respondendo estes não apenas com possibilidade de detenção de um a dois anos, mais multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador – importa salientar aqui que não se trata do maior salário pago ao empregado discriminado, mas na empresa, o maior salário que é pago pelo empregador a qualquer um de seus empregados -, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência e a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Por fim, no caso de rompimento da relação por ato discriminatório, a lei faculta ao empregado a reintegração com a percepção das remunerações devidas do período de afastamento com juros e correção, bem como no caso de não haver interesse na manutenção do vínculo, o recebimento em dobro da remuneração do período de afastamento com juros e correção monetária.

Mas apesar de sua vigência, de sua real intenção, podemos dizer que a discriminação contra a mulher no ambiente de trabalho acabou? Infelizmente não.

⁵ Lei 12.288 de julho de 2010

Em 2018, 70 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 50 anos após a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e 23 anos após a promulgação da lei em estudo, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a cartilha “Discriminação – Perguntas e Respostas sobre a discriminação no trabalho”. Com intuito de esclarecer a respeito da discriminação no ambiente laboral, prevenindo, combatendo e remediando sua prática, o guia traz diversos exemplos de práticas discriminatórias, inclusive algumas já coibidas na lei, mas que são impossíveis ou, no mínimo, muito difíceis de serem comprovadas. Desde avaliação prévia curricular de candidatos quando o empregador ou agente de recrutamento e seleção podem excluir deliberadamente mulheres em idade de ter filhos, até durante uma entrevista elaborar perguntas sem qualquer relação com a aptidão do candidato para a atividade, tais como questionamentos sobre desejo de ter filhos e formação familiar, várias são as formas de manter a discriminação presentes e a mulher fora do mercado de trabalho.

A maior dificuldade das empregadas em situação de discriminação é a comprovação de sua realização, afinal, a base do direito civil é a boa-fé objetiva, ocasionando que a má-fé do contratante deva ser comprovada. Ocorre, que à exemplo dos atos acima, a maior parte dos atos discriminatórios acontecem na surdina, sem que a empregada sequer tome conhecimento de que não foi admitida ou que foi demitida em razão de gênero, idade ou condição familiar.

3.2 OBJETIVOS E APLICABILIDADE DA LEI 9.799/99

Apesar de ter sido apresentado apenas treze dias depois do projeto 229/91 que deu origem a Lei 9.029/95, o Projeto de Lei 382/91 foi transformado na Lei Ordinária 9.799 apenas em 26 de maio de 1999, mais de oito anos após sua propositura e quatro anos mais tarde que seu projeto irmão. Com o intuito de corrigir distorções que afetassem a formação profissional e o acesso ao emprego pela mulher, modificou o Capítulo III do Decreto-lei 5.452/43, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e, em razão de seu procedimento demorado teve artigos vetados por serem de natureza similar a Lei 9.029/95, então já vigente.

Na apresentação do projeto a deputada abordou a trajetória crescente da mulher no acesso ao ambiente laboral ocorrida desde 1970, mas aborda uma

realidade bem específica, a qual salientamos de forma a poder posteriormente comparar com o cenário atual. Segundo a deputada Rita Camata no Diário do Congresso Nacional de 09 de abril de 1991, 70% (setenta por cento) das trabalhadoras exercem atividades consideradas tipicamente femininas (doméstica, lavadoras, secretárias, balconistas e professoras) reproduzindo assim apenas atividades que já eram exercidas no lar; 58% recebem abaixo que os homens no exercício das mesmas atividades. Salienta, a deputada, a discriminação constante, principalmente em razão do papel social exercido pela mulher, definido a época como sua “função prioritária”, a reprodução e o cuidado com o lar, enaltecendo a importância de atitudes para garantir a igualdade constitucionalmente defendida:

A presença de dispositivos constitucionais referentes a mulher trabalhadora torna implícito o reconhecimento a forma injusta pela qual se dá a inserção da mulher no mercado de trabalho. A reversão deste quadro se constitui em determinação constitucional e não pode se tornar inócua. Urge, pois, transformar os avanços que estão no papel em conquistas práticas. Para isso é preciso que se tenha em mente que toda a política de igualdade de oportunidades que venha a ser estabelecida deverá considerar a maternidade como uma característica do segmento feminino. Assim sendo, não basta que a legislação refira-se ao princípio genérico da discriminação, mas é preciso que especifique os pontos onde ela ocorre. (CAMATA, 1991)

Como já dissemos, a Lei 9.799/99 veio alterar e inserir algumas disposições em um capítulo que já existia na CLT desde 1943 onde, apesar da previsão de alguns benefícios para o desenvolvimento do trabalho da mulher, a abordagem era voltada para salientar sua fragilidade física e psicológica, e em razão disso, com a promulgação da Constituição Federal e seus princípios de igualdade, muitos artigos foram revogados. Apesar de o projeto ter inicialmente 18 artigos, ao ser finalmente publicada a lei continha apenas 9 artigos, tendo 4 dos 9 artigos restantes ainda sido vetados.

Surge então o artigo 373-A⁶ na CLT, que apresentou um rol exemplificativo de ações que são vedadas ao empregador, permitindo que outras medidas possam ser adotadas para promover a igualdade entre homens e mulheres, seja com relação ao acesso ao trabalho ou a formação profissional. Desde atitudes anteriores a contratação, como proibir a publicação de anúncios que façam distinção quanto ao sexo do candidato a vaga de emprego, até recusar promoção ou remuneração igualitária em razão do sexo, idade, cor ou situação familiar, os incisos visam reduzir a discriminação no ambiente de trabalho, e apesar de não trazerem novidade à época (FARIAS, 2016), uma vez que tais práticas já não eram mais tão abertamente praticadas, sendo inclusive algumas delas tipificadas como crime pela Lei 9.029/95, a discriminação, conforme já abordamos, ainda se encontra presente no âmbito laboral brasileiro.

Outra medida visando a não discriminação foi implementada através dos artigos 390-B, 390-C e 390-E, todos voltados a capacitação profissional e incentivo ao trabalho da mulher. O primeiro focando especificamente na oferta de vagas para os cursos profissionalizantes a ambos os sexos, uma forma de fomentar a qualificação profissional, seja ela ofertada pelo governo, instituições de ensino profissionalizante privadas ou pelo próprio empregador. O artigo seguinte, 390-C, obriga as empresas que possuam mais de cem empregados, independente do sexo, a manter programas de incentivo e aperfeiçoamento de mão de obra. E por fim,

⁶ Art. 373A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

mas não menos relevante, o artigo 390-E fomenta a associação das empresas com outras instituições visando a execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher, em uma tentativa de inserir o âmbito privado nas garantias públicas de igualdade.

A última alteração trazida pela presente lei aborda a situação da empregada gestante, que contém, atualmente, ampla proteção na Seção V do Capítulo III da CLT. Neste momento não vamos nos alongar no direito da gestante, mas apenas na alteração promovida no §4º do artigo 392 da CLT. Inserido inicialmente pelo decreto-lei 229/1967, o parágrafo afirmava: *“Em casos excepcionais, mediante atestado médico, na forma do §1º é permitida à mulher grávida mudar de função”*, ou seja, somente como excepcionalidade poderia haver a mudança de função da mulher gestante, e apenas mediante comprovação de necessidade através de atestado médico. Tal dispositivo foi modificado para não mais permitir, mas garantir, sem prejuízo de salário e demais direitos, a transferência, não mais apenas em casos excepcionais, mas quando as condições de saúde da gestante exigirem, assegurado ainda seu retorno a função e ao trabalho.

No mesmo dispositivo foi inserida, também em forma de garantia, a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para realização de consultas médicas e exames complementares. Tais medidas, além de protetivas à mulher no ambiente de trabalho, protegem a gestação, garantindo que a saúde da gestante seja preservada e que a gestação não seja motivo de afastamento do local de trabalho, afinal, durante este período as mudanças fisiológicas afetam não apenas o físico, com uma maior dificuldade de mobilidade, mas o psicológico, deixando a mulher mais sensível emocionalmente. Assim, atividades que exigem maior controle físico e emocional acabam por ser deveras extenuante.

4 REFLEXOS NO AMBIENTE DE TRABALHO DA PROMOÇÃO LEGISLATIVA AO TRABALHO FEMININO

Devemos lembrar que a partir da Constituição de 1988 a premissa de proteção ao trabalho da mulher, não mais visa socorrer ou apoiar uma mulher frágil e submissa, mas a promover atitudes que evitem a discriminação contra a mulher permitindo sua inserção e manutenção na relação de emprego em

igualdade de condições. Tal igualdade deve ser buscada levando-se em consideração as desigualdades existentes entre homens e mulheres, principalmente as sociais e culturais, afinal, o reflexo delas é que acaba por dificultar o acesso e a permanência da mulher no trabalho.

Desde 2006 o Fórum Econômico Mundial realiza um Relatório Global de Diferença de Gênero⁷, visando acompanhar o progresso da disparidade de gênero ao longo do tempo. O Fórum analisa a disparidade de gêneros nos critérios: participação econômica e oportunidades, empoderamento político, realização educacional e de saúde e sobrevivência, fornecendo uma classificação por comparação. Utilizaremos como base para analisar a situação atual da mulher aqui no país os relatórios realizados nos anos de 2013, 2015 e 2018.

De 2013 até 2018 o Brasil apresentou índices satisfatórios nos critérios realização educacional e saúde e sobrevivência. Importante salientar que esta análise não está vinculada ao crescimento econômico do país, a infraestrutura ou ao fornecimento eficiente de serviços públicos. Analisasse especificamente o acesso de homens e mulheres de maneira igualitária no ensino primário, secundário e superior, bem como a expectativa de vida saudável. Segundo o relatório, mesmo que em percentuais reduzidos, as mulheres possuem mais acesso à educação do que os homens. A diferença é de 2% a mais de mulheres tendo acesso ao ensino primário e alcança 16% quando falamos de ensino superior. Já no quesito saúde, as mulheres possuem 5% a mais de expectativa geral de vida do que os homens, tendo eles mais risco no contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

No estudo realizado em 2018 podemos perceber que as mulheres concentram seus estudos nas áreas de Educação, Saúde e Bem-estar, Ciências Sociais, Jornalismo e Informação, enquanto os homens levam vantagem nas áreas Tecnológica e de Engenharia. Podemos concluir que as mulheres continuam se dedicando as áreas da Saúde e Educação, bem como na antiguidade, quando às mulheres cabia o papel de ensinar e cuidar, mantendo grande parte da população feminina em uma área considerada de conforto.

⁷ <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2018/>

Mas se na Educação e Saúde alcançamos o equilíbrio entre os gêneros, na participação econômica e política estamos piorando com o passar dos anos. Se em 2013 estávamos na 62^a (sexagésima segunda) posição, em 2015 passamos para a 89^a (octogésima nona) e em 2018 alcançamos a 95^a (nonagésima quinta) posição no ranking geral de 149 países analisados.

Quanto a participação econômica, são considerados os seguintes dados: a participação da mulher no mercado de trabalho, a diferença de rendimento auferido em razão da mesma função, um comparativo entre homens e mulheres em altos cargos bem como em cargos técnicos. Já no empoderamento político, analisasse a proporção de homens e mulheres em cargos ministeriais e no Governo Federal apenas, deixando em aberto a participação política estadual e municipal.

Importante analisarmos que apesar das legislações criadas com o intuito de promover a igualdade de gênero especificamente nessas áreas, a econômica e a política, ainda não chegamos perto da isonomia constitucional. Mas qual seria a justificativa para isso? Será que o fator cultural histórico ainda reflete em nossa realidade?

Em uma rotina normal de uma família tradicional brasileira, homem e mulher saem para trabalhar e auxiliar financeiramente a manutenção familiar; o homem acorda, se arruma para o trabalho, toma café da manhã e sai; a mulher acorda, prepara o café, acorda os filhos, arruma-os para a escola, toma banho, toma café e sai. Ao retornar para casa depois de 8 horas tradicionais de trabalho, o homem toma um banho, senta com sua família à mesa para jantar e contar como foi seu dia, depois de algumas horas de diversão em família ele se recolhe e vai dormir; a mulher chega do trabalho, tira a comida do jantar da geladeira, verifica a lição dos filhos, janta com a família, aproveita algumas horas de convívio familiar, depois arruma a louça, coloca roupa para lavar, toma banho e vai dormir. Dois brasileiros que trabalham fora de casa 8 horas diárias, mas que possuem rotinas completamente diferentes. Essa rotina gera reflexos no trabalho? Com certeza.

O fato de a mulher, na maior parte das famílias brasileiras, permanecer com as obrigações do lar e da família além das obrigações laborais acaba por lhe conferir um título de aparente indisponibilidade, colocando como compromisso primordial a família e afastando o desenvolvimento profissional. Apesar de muitas famílias já possuírem a inversão domiciliar dos papéis, onde homens executam as

atividades domésticas enquanto as mulheres se preocupam apenas em prover o lar, ainda se trata de uma exceção, regra geral, ainda cabe a mulher, independente da jornada externa de trabalho o controle e disciplina do lar.

Independente de termos promulgado a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, onde em seu artigo 11 aborda a eliminação da discriminação na esfera de emprego, e mais recentemente através do Decreto nº 9.571 de 2018 – Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, transferido para as empresas a corresponsabilidade de combater a discriminação no trabalho e promover a valorização e o respeito da diversidade, respeitando e promovendo os direitos das mulheres para sua plena cidadania, empregabilidade e ascensão hierárquica, nos termos do inciso VII, do artigo 8º, ainda não podemos afirmar que a igualdade foi alcançada.

5 CONCLUSÃO

Vivemos em uma sociedade onde culturalmente pactuamos diferenças de gênero. Ainda hoje educamos nossos filhos e filhas de maneira diferenciada, com as meninas brincando com panelas e bonecas, enquanto meninos brincam com jogos de guerra e carros velozes. Em nossos desenhos as princesas são salvas por príncipes encantados, depois são levadas para castelos grandiosos onde reinaram juntos e felizes para sempre. No dia das mães os anúncios são voltados para aparelhos que compõem o lar enquanto no dia dos pais os presentes são tecnológicos e versáteis. Somos diferentes e ponto final.

A constatação da diferença existente, entre homens e mulheres, no entanto, não deve caracterizar a desigualdade. Esse é o entendimento trazido pelo legislador constituinte ao garantir igualdade de gênero. Tal garantia possui intuito específico, qual seja, o de constatada a diferença, fornecer caminho diferente que permita a igualdade, máxima trazida por Aristóteles – *“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”*.

A conscientização social da existência de desigualdade é indispensável para que sejam adotadas medidas realmente de inserção da mulher no mercado de trabalho. Normas que visam igualar pessoas desiguais, mas que mantém as

situações díspares de desigualdade não obtiveram até agora sucesso. É necessário que analisadas todas as diferenças, todos os aspectos e reflexos sociais que envolvem a participação da mulher na sociedade, sejam criados caminhos específicos para ofertar a mulher, e apenas a ela, a escolha do desenvolvimento profissional, sem o peso de deixar a família em segundo plano. Enquanto não formarmos uma sociedade conjugal onde as tarefas sejam realmente partilhadas, onde as responsabilidades sejam divididas de forma igualitária; enquanto o Estado não fornecer estrutura de apoio a mulher, creches e escolas em regime integral, onde as mães possam com tranquilidade deixar seus filhos, não podemos solicitar avanços na igualdade de acesso e permanência no mercado de trabalho. Restará para as mulheres os trabalhos temporários, em regimes de jornada reduzida, com pouco ou nenhum desenvolvimento profissional.

A alteração da visão constitucional de proteção para promoção do trabalho da mulher significou grande avanço, todavia, ainda existe um longo caminho a ser percorrido. Um caminho tortuoso e alimentado pelo contexto de precarização laboral atual, mas que se atingido permitirá a verdadeira realização da dignidade laboral da mulher.

Devemos por fim, começar a mudança dentro de nossos lares, fomentar práticas igualitárias em nossas vizinhanças, nos pequenos negócios da região, levar as discussões para as escolas e contar com a participação das futuras mulheres. Apenas no momento em que tais condições ganharem significado nos pequenos lugares, estaremos perto do progresso definitivo.

REFERÊNCIAS

AYARZA, Susana. **Mulheres e o Mercado de trabalho: os desafios da igualdade. Março.** 2018. Disponível em: <<https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/tendencias-de-consumo/mulheres-e-o-mercado-de-trabalho-os-desafios-da-igualdade/>> Acesso em: 22 out. 2019.

BENTO, Maria Aparecida Silva (org.). **Igualdade e diversidade no trabalho. In: _ Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

BRASIL. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm Acesso em 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei 9.029, de 13 de maio de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm> Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999**. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9799.htm> Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm. Acesso em: 20 dez. 2018

BRASIL. **Congresso. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional**. Brasília: ano XLVI – nº 24. Câmara dos Deputados, 1991. p. 2513. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAR1991.pdf#page=31> Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. **Congresso. Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional**. Brasília: ano XLVIII – nº 17. Câmara dos Deputados, 1991. p.2784 . Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04FEV1993.pdf#page=72> Acesso em: 13 out. 2019.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo, Ltr, 2000, p.22

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a legislação promocional**. Março, 2008. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-52/direito-do-trabalho-da-mulher-a-legislacao-promocional/#_edn10 Acesso em: 17 out. 2019.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Global Gender Gap Report, 2013**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2013.pdf> Acesso em: 18 out. 2019.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Global Gender Gap Report**, 2015. Disponível em: <<http://www3.weforum.org/docs/GGGR2015/The%20Global%20Gender%20Gap%20Index%202015.pdf>> Acesso em: 18 out. 2019.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Global Gender Gap Report**, 2018. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2018/data-explorer/#economy=BRA>> Acesso em: 18 de out. 2019.

KOGA, Patrícia Fukuda. **Práticas Discriminatórias contra o trabalho da Mulher**. Paraná, 2004. Monografia de Conclusão de curso – Bacharelado Direito – setor de Ciências jurídicas da universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39085/M462.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 21 out. 2019.

MONTEBELLO, Marianna. **A proteção Internacional aos Direitos da Mulher**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf> Acesso em: 16 out. 2019.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade**. São Paulo, 2004. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo.

SANTOS, T. A. C. . **O Princípio da Igualdade - Relações de Gênero**. In: Manoel Messias Peixinho; Firly Nascimento Filho; Isabella Franco Guerra. (org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, v. , p. 269-287

TEIXEIRA, João Paulo Reis Ribeiro. **Perguntas e respostas sobre discriminação no trabalho**. Brasília, 2018. Divisão de Fiscalização para Inclusão de Pessoas com Deficiência e Combate à Discriminação no Trabalho. Ministério do Trabalho. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/manuais/Discriminacao_no_Trabalho.pdf Acesso em: 22 out. 2019.

A DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA NA INTERNET COMO GARANTIDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NAS ERAS DA ANTICIÊNCIA E DA CIBERCULTURA

Luiz Felipe Pinheiro Neto¹

Stella Araújo²

RESUMO

O presente artigo trata do direito à educação, direito humano de 2ª dimensão, classificado como integrante dos Direitos Sociais, culturais e econômicos, previsto na Constituição Federal em seu artigo 205, tendo, portanto, status de direito fundamental, sendo obrigatória a sua concretização pelo Estado e pelos indivíduos. Neste trabalho, nos concentraremos em atividades de indivíduos no apoio à educação formal, especificamente na atividade de divulgação científica, pelo que passamos pela eficácia horizontal dos direitos humanos. Desta forma, ressaltamos que a revolução científica foi uma das mais importantes da história e que ela foi acompanhada da divulgação científica, tanto entre os pesquisadores e estudiosos quanto entre o povo, movimento que iniciou seu fortalecimento no século XX, com a mídia de massas, iniciando nossa análise a partir de Carl Sagan, um dos precursores desta divulgação neste tipo de mídia, chegando à divulgação por meios digitais, como o Youtube. Esta pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, partindo da premissa de que, no atual cenário do estabelecimento de uma cibercultura e de uma crise de anticiência, há uma ineficácia do Estado em promover sozinho, e pelos meios tradicionais, a eficácia necessária ao direito fundamental à educação, hipótese esta que foi confirmada em nossa conclusão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Educação. Divulgação científica. cibercultura.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito Constitucional, professor do curso de Direito da UNI-RN

² Bacharel em comunicação social com habilitação em publicidade e propaganda, analista de marketing digital da UNI-RN.

This paper speaks about the Right to Education, which is a Human Right of second generation. As a social, economical and cultural right established in the article 205 of the Federal Constitution, Education can also be considered a Fundamental Right that must be guaranteed by the Government and its people. Our main focus is on individual projects that supports formal education, notably through scientific dissemination, and, in order to do so, we are going to discuss about the horizontal effect of human rights and the historical importance of scientific revolution, which was accompanied by science dissemination amongst the researchers and the general public. This movement became famous in the XX century, with mass media, and the paper begins its analysis with Carl Sagan, whom was a pioneer in science dissemination through mass media, until the era of digital media dissemination, which has Youtube as an example. This research adopted the hypothetico-deductive method and it started from the premise that the Government, on its own, have failed to put into practice the fundamental right to education by using the traditional methods, especially considering the current anti-science crises and cyberculture. By the end of this paper it will be possible to observe that the hypothesis was confirmed.

Key-words: Fundamental rights. Education. Scientific dissemination. Cyberculture.

1 INTRODUÇÃO

O mundo atual passou por uma revolução comunicacional, estabelecendo-se a denominada comunicação pós-massiva. Enquanto as mídias massivas são aquelas que possuem apenas a função de informar, tendo início na Revolução Industrial, as pós-massivas, são aquelas que além da informação, tem a interação resultante de uma conversação coletiva, fruto das novas mídias, principalmente no âmbito do ciberespaço, com a formação de uma sociedade comunicacional.

Neste trabalho, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, além de análises documental e bibliográfica. Parte-se da premissa de que, frente a uma cultura de anti-ciência e a formação de uma sociedade de cybercultura, o Estado não mais é capaz de garantir, sozinho, a concretização do direito fundamental da educação, devendo-se utilizar das comunicações pós-massivas em seu auxílio.

No primeiro capítulo, analisa-se a esfera de direitos humanos e direitos fundamentais dos indivíduos, conceituando-se estes termos, bem como estabelecendo sua classificação, algo necessário para entender sua complexidade e verificar em qual campo seria inserido o direito constitucional à educação, inscrito no artigo 225 da Carta Magna, que é tratado no segundo capítulo, com a verificação de sua conceituação, sua importância e seus princípios basilares.

Em seguida, trata-se da importância da revolução científica (como aponta Yuval Harari) e da divulgação científica, especialmente nos meios de comunicação em massa, especificando-se a realizada na rede social Youtube, uma das que possuem maiores entradas no público brasileiro e, em especial, os mais jovens.

O último capítulo analisa a cultura da anticiência, utilizando a analogia traçada por Carl Sagan no livro “O mundo assombrado por demônios”, e como, desta forma, é necessário que se aproveite o fenômeno da cibercultura e das comunicações pós-massivas, com a vinculação do homem à internet e a criação de relações horizontais de comunicação, para reforçar a atuação do Estado na realização do direito à educação e combate aos opositores da ciência.

Conclui o trabalho pela importância da divulgação científica, confirmando-se a hipótese inicialmente traçada, sendo necessário um esforço de toda a sociedade para que a tradicional atuação do Estado seja reforçada na promoção da educação e disseminação da ciência em um dos momentos mais negros no enfrentamento da ciência no último século.

2 OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Humanos são os direitos públicos subjetivos de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, contidos em constituições, detendo, assim, caráter normativo supremo dentro do ordenamento jurídico de um Estado, e que objetivam a garantia da liberdade individual através da limitação de atuação do ente público (DIMOULIS e MARTINS, 2010, p. 46), bem como o desenvolvimento social e a participação democrática.

Artur Cortez Bonifácio os caracteriza como os direito formal e materialmente assim considerados pela Constituição, observando que são fundamentais porque caracterizados, e, incluímos, caracterizadores, pela (e da) essencialidade da pessoa

humana. Seriam direitos “inatos, intransferíveis, irrenunciáveis, inegociáveis” e que representam bens jurídicos de extrema relevância à pessoa humana (2008, p. 85).

Em que pese nossa admiração pelo professor Artur Cortez, observamos que há uma diferença entre seu entendimento e o da maioria da doutrina, que entende que o vocábulo “direitos humanos”, de forte conteúdo jusnaturalista e ético, e deve ser utilizado para o direito internacional, tendo força de *soft law*, ao passo que, quando positivados na Constituição federal, adquirindo poder normativo/coercitivo (*hard law*), tendo um aspecto material, podemos denominá-los “direitos fundamentais”. Neste sentido, é Gomes Canotilho:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1993)

Noberto Bobio defende a sua divisão em três fases, ou gerações: direitos de liberdade, que promovem uma limitação ao poder estatal e sua intervenção na vida do indivíduo, direitos políticos, com o reconhecimento da liberdade positiva, além da negativa, havendo a ação do indivíduo sobre o Estado; e, por fim, direitos sociais, com a liberdade sendo atingida através do Estado, com a promoção, por este, dos princípios fundamentais (BOBIO, 2004, p. 53).

Paulo Bonavides, a seu turno, propõe a divisão entre quatro gerações, a primeira compreendendo os direitos de liberdade (direitos individuais), aqueles que primeiro estiveram contidos nos documentos constitucionais, seguidos dos direitos sociais, culturais e econômicos (direitos coletivos), dos direitos sobre a fraternidade, que não impõem limitações apenas ao Estado, mas ao próprio homem, incluindo direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à cultura, além dos de quarta geração, os direitos democráticos, concretizados pelas anteriores, como direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2012, p. 578 e ss).

Tal divisão em fases, ou gerações (ou, ainda, dimensões), observa o aparecimento de cada etapa de princípios fundamentais na história constitucional, seja a geral, seja a específica da maioria dos países ocidentais.

Assim, verifica-se uma inicial comoção pelos direitos individuais, as liberdades, pois em um primeiro momento do Estado de Direito, importante era delinear os limites do Estado e submeter o governante à vontade do povo e de sua Constituição. Após, com a elevação das vozes das classes operárias, há um realce do desejo de, dentro da própria sociedade de indivíduos, se diminuir (ou, ainda, acabar) as diferenças sócio-econômicas, promovendo um ambiente de equidade. Daí, vemos um movimento constitucional para abraçar os direitos sociais no início do Século XX, vide, dentre outros exemplos, a Constituição de Weimar.

Importante, também, destacar que uma geração não é suplantada pela seguinte, mas que todas se complementam em um quadro geral, mantendo os direitos de cada geração eficácia no ordenamento jurídico.

Disto prefere-se a utilização do vocábulo “dimensões”, em detrimento a gerações ou fases, segundo assim critica Bonavides, pois, embora se perca parte do sentido de evolução histórica, se apresenta o conjunto dos direitos fundamentais como algo uno, formado por diferentes agrupamentos (as dimensões), devido às características particulares destes direitos.

Há, no entanto, quem relegue a teoria das gerações à forma simbólica, apenas didática, preferindo utilizar-se, para a demarcação das dimensões dos direitos fundamentais, de uma tripartição baseada na classificação de Georg Jellinek, do status do indivíduo.

O jurista alemão, que entedia o direito fundamental como direito público e subjetivo, direito individual que vincula o Estado e o obriga a atuar ou abster-se de atuar,³ afirmava a existência de quatro status na relação do indivíduo face o Estado:⁴ subordinação aos poderes públicos (*status subjectionis* ou passivo); posse de liberdade frente aos poderes públicos (*status negativo*); verificação de direito de exigir uma atuação estatal a seu favor (*status positivo*) e competência do indivíduo para influir na

³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 209

vontade do Estado, através do exercício de direitos políticos (*status civitatis*).

Decorrente desta classificação, verificamos três grupos de direitos fundamentais: os de *status negativus*, de pretensão de resistência à intervenção estatal (ou, ainda, direitos de defesa ou de liberdade); direitos de *status positivus*, direitos cívicos e sociais, ou ainda direitos a prestações estatais; e ao fim, os direitos de *status activus* (ou políticos), englobando os direitos de participação na vida política.

Nos próximos capítulos, examinamos o Direito Fundamental à educação, um direito de segunda geração (ou dimensão) e como, numa era da anticiência e cibercultura, é auxiliada pela divulgação científica.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Segundo o artigo 6º da Constituição Federal, o Direito à Educação é um dos direitos sociais, em conjunto aos direitos à saúde, ao trabalho (digno), à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados, observando-se, direitos estes que, na visão de Gotti (2012) teriam uma finalidade essencial de assegurar a existência das condições materiais essenciais para o exercício do direito à liberdade individual e à consolidação do regime democrático através da igualdade material.

Quanto à esta igualdade “material”, é necessário observar que a equidade preconizada na Constituição Federal (inclusive no *caput* do art. 5º, que regula os direitos individuais e coletivos), não é mais a igualdade formal, sem qualquer possibilidade de distinções por parte do estado, preconizada nas primeiras cartas jurídicas do Estado Liberal de Direito, mas uma igualdade que permite discriminações positivas para que sejam compensadas as desigualdades de fato em relação aos indivíduos, conferindo-lhes, então, uma igualdade em um momento posterior, após tão atuação positiva do Estado.

Veja que os direitos liberais (do estado liberal, início do constitucionalismo) necessitam de uma atuação negativa do Estado, o estado de bem-estar social (*welfare state*), estabelecido no constitucionalismo especialmente a partir da Carta mexicana de 1917 e a Carta Alemã (Weimar) de 1919, precisa de uma atuação positiva do Estado, em especial.

Por sua vez, o artigo 205 da Carta Magna estabelece que a educação é direito de todos (reforçando a natureza de acesso aberto de um direito social) e dever do Estado (exigindo-se uma atuação positiva, algo típico também de direito de segunda dimensão) e da família (promovendo-se, assim, uma divisão de responsabilidades, buscando-se não apenas a eficácia vertical dos direitos humanos, como também a eficácia horizontal), e que “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”

O artigo 206 da Lei Maior determina que o ensino será ministrado com base em certos princípios, dentre os quais a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, bem como o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas e garantia de padrão de qualidade.

Por sua vez, o artigo 206 estabelece certos deveres, como o fornecimento de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, com atendimento especializado a portadores de deficiência e acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Estabelece o já citado artigo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, ou seja, direito humano inalienável de cada indivíduo, podendo ser exigido por ele contra o Estado, importando a responsabilidade jurídica da autoridade competente que não fornecer tal serviço, responsabilidade esta que, no plano penal, também se aplica ao genitor que deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar, constituindo-se no delito de abandono intelectual (art. 246 da Lei 4.848/40, Código Penal), que possui pena de detenção de quinze dias a um mês ou multa.

E não é apenas a Constituição da República Federativa do Brasil que reconhece o direito à educação, sendo o mesmo previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 13 e 14), da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 28 e 29) e no Protocolo de San Salvador, o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais (art. 13), que observa sabiamente que a educação deve ter por missão a capacitação de todas as pessoas para “participar efetivamente de uma

sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.”.

Contudo, em pleno século XXI, com todas as suas benesses e armadilhas, como a própria cibercultura, a difusão de equipamentos que permitem o rápido contato entre indivíduos e o consumo facilitado de conteúdo, e o surgimento de um movimento anticiência, completamente incompreensível em pleno auge de mais uma geração da revolução tecnológica, temos novos desafios para a educação.

Muito hoje se fala em educação 4.0. Não apenas aquela que foge dos padrões normais estabelecidos por séculos, valendo-se de ensino em metodologias ativas, mas aquela que se utiliza de equipamentos eletrônicos, aplicativos e internet, adaptando-se à ausência de tempo disponível na vida moderna.

E não apenas isso, pois temos também o amparo da Divulgação científica nos mesmos meios virtuais.

4 A DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA

Para o historiador e filósofo israelense Yuval Harari, autor de “Sapiens: Uma breve história da humanidade” e “Homo Deus: Uma breve história do amanhã”, a história da humanidade pode ser dividida em três grandes revoluções, a cognitiva (com o desenvolvimento cognitivo do *homo sapiens*, com a capacidade de formulação de pensamentos abstratos, que poderiam resultar na criação de ficções diversas, a partir da sua alimentação e processo evolucionar, distinguindo-se dos demais filios do gênero *homo*), a agrícola (permitindo-se o abandono da vida como coletor-caçador, o sedentarismo dos grupos humanos e o desenvolvimento das civilizações, das ágrafas às complexas) e a científica, entrando a ciência em um ciclo de retroalimentação da revolução científica, pois, para que a ciência avance, depende não apenas de pesquisas, mas de uma atividade conjugada à política e a economia, cujas instituições fornecem recursos essenciais ao desenvolvimento de pesquisas, as quais, por sua vez, “são usadas, entre outras coisas, para obter novos recursos, alguns dos quais são reinvestidos em pesquisa” (HARARI, 2017, p. 260)

Ou seja, segundo o autor, o desenvolvimento da ciência teria a mesma importância da criação do próprio homem enquanto ser com autoconsciência e pensamento abstrato, e da civilização, e não deveria estar restrita a uma pequena parcela da sociedade. É necessário não apenas que seja disseminada em toda a comunidade acadêmica e científica, para que teses e novas teorias sejam compartilhadas, examinadas e reexaminadas, na melhor aplicação do método científico (no que teríamos a comunicação científica), mas também na sociedade, para que se possa compreender as vantagens sociais do desenvolvimento científico, e que tais vantagens sejam de fato auferidas.

Assim, é necessário democratizar “o acesso ao conhecimento científico e estabelecer condições para a chamada alfabetização científica” (BUENO, 2010, p. 5), no que se encaixa, então, a divulgação científica. Esta divulgação, além de democratização já citada, poderia servir, por exemplo, para que assim haja pressão suficiente nos governantes e empresários para darem o suporte financeiro necessário às pesquisas e ao ensino, não apenas que tenham resultados financeiramente lucrativos, mas lucrativos/vantajosos em campos sociais diversos.

É neste cenário que se insere a divulgação científica, a qual já é feita, desde muito, por museus, pinacotecas e outras instituições, junto à divulgação e conservação cultural e artística. Observamos que, na Belle Époque, no século XVIII, já se viam grandes eventos científicos e de entretenimento, com um grande público ocupando anfiteatros ávido por conhecer novas máquinas, com exposições e palestras de física, química e medicina itinerantes, tais como circos e espetáculos teatrais (SILVA, 2006, p. 54).

Contudo, verificamos que é uma divulgação que depende da procura ativa da sociedade, diferenciando-se daquela que surge através dos meios de comunicação em massa, buscando os membros da sociedade, cujo acesso é cada vez mais facilitado, em um “(...) processo de recodificação, isto é, a transposição de uma linguagem especializada para uma linguagem não especializada, com o objetivo de tornar o conteúdo acessível a uma vasta audiência” (BUENO, 1985, p. 1421).

Carl Sagan é considerado um dos primeiros, se não o primeiro, grande divulgador científico da cultura de massa, como apontam pessoas como o astrofísico Neil DeGrasse Tyson (BARRETO, 2014) e Joel Achenbach (2014), em artigo publicado no jornal oficial do Smithsonian Institution, museu e centro de pesquisa em Washington, nos Estados

Unidos, sendo responsável pela série *Cosmos*, que, em sua primeira versão, foi veiculada pela PBS (*Public Broadcasting Service*, rede de televisão americana voltada à educação) entre 28 de setembro e 21 de dezembro de 1980, tendo, ao todo, 13 episódios de uma hora de duração, sendo transmitida no Brasil em algumas emissoras, como a TV Globo (ainda na década de 1980) e TV Escola.

Na produção, Sagan apresentava conceitos, de básicos a mais profundos, de ciências naturais e humanas, com linguagem simples e acessível. Foi em *Cosmos* apresentada a figura do “Calendário Cósmico”, que havia sido criada em um de seus primeiros livros de divulgação científica, “*Os dragões do Éden*”, de 1977 (publicado no Brasil pela editora Gradiva). Neste calendário, a história do universo é apresentada proporcional a um ano terrestre (365 dias, 12 meses), conseguindo-se ter idéia, em escala, de fatos como a formação da Via Láctea, o sistema solar, a própria Terra e o surgimento e evolução da humanidade. Para se ter uma idéia, neste calendário é apresentado que o homem passa das comunidades ágrafas para a invenção da escrita (uma das revoluções propostas por Harari) apenas no último minuto da última hora do último dia do calendário.

A popularidade da série foi tamanha que teve uma nova versão (intitulada *Cosmos: Uma Odisséia do Espaço-Tempo*), lançada em 09 de março de 2014, com produção do comediante Seth MacFarlane e de Ann Druyan (viúva de Sagan, que produziu a primeira versão) e apresentação por Neil deGrasse Tyson.

Sagan é doutor em Astronomia e astrofísica pela Universidade de Chicago, tendo chegado a trabalhar no aclamado Observatório Astrofísico Smithsonian, de Cambridge, Massachusetts, na década de 1960 e desenvolveu estudos a respeito das temperaturas da superfície de Vênus e sua atmosfera e sobre a presença de oceanos em Titã, uma das luas de Saturno.

Contudo, mais do que sua habilidade acadêmica, foi sua habilidade como contador de histórias que lhe conferiu maior notoriedade. Um exemplo é o ocorrido com a sonda *Voyager 1*, lançada pela NASA em setembro de 1977, que cumpriu sua missão ao alcançar a órbita de Saturno, e já deixou o sistema solar. Ao passar por Saturno, por proposição de Sagan, a *Voyager* tirou uma foto da Terra, sendo capturado apenas um pequeno pixel azulado, dadas a distância e qualidade do equipamento de registro. Com base na foto, Sagan traçou o termo “Pálido ponto azul”, o qual apresentou em um

discurso na Cornell University em 1994⁵, trazendo conceitos sobre a inferioridade humana (humildade) perante a vastidão dos cosmos e a importância da ciência, que foram melhor desenvolvidas posteriormente no livro “Pálido ponto azul: Uma visão do futuro da humanidade no espaço”, publicada no Brasil pela Companhia das Letras.

Em uma de suas principais obras, “O Mundo assombrado pelos demônios: a ciência como uma vela acesa no escuro”, Sagan aponta a importância da ciência e da tecnologia. Para ele, o transporte, as comunicações e todas as indústrias, a agricultura, a medicina, a educação, o entretenimento, a proteção do meio ambiente e a democracia dependem da ciência e da tecnologia (SAGAN, 2006).

Sagan criou uma figura metafórica de uma vela que ilumina a escuridão, mas que estaria rodeada por demônios dispostos a apagá-la, ou seja, indivíduos devotados a pseudociências e divulgação de informações falsas que estariam contra a ciência, o que está de acordo com a ideia de Harari, de que a revolução científica, na verdade, não teria sido uma revolução do conhecimento, mas uma revolução da ignorância (HARARI, 2017), em que a humanidade percebe que não tem as respostas para suas perguntas, devendo passar a procurá-las. A ciência, e sua divulgação, seriam capazes de dar esta noção à sociedade, servindo de vela na escuridão.

Sagan, claro, não foi o único a ter iniciativas voltadas para a divulgação científica, como se observa, a nível internacional e na TV fechada brasileira na PBS, Discovery Channel, National Geographic Channel, RTP e BBC.

Entre programas de divulgação científica no Brasil, o destaque vai para os lúdicos, voltados ao público infanto-juvenil, como Rá-tim-bum, criação do dramaturgo Flávio de Souza e exibido originalmente entre fevereiro de 1990 e março de 1994 na TV Cultura (sendo posteriormente reexibido em outras emissoras, como TV Educativa, ou TVE Brasil, e TV Rá-Tim-Bum) e Castelo Rá-tim-bum, de autoria de Flávio de Souza e do diretor Cao Hamburger, sendo exibido originalmente na TV Cultura entre maio de 1994

⁵ “Olhem de novo para esse ponto. Isso é a nossa casa, isso somos nós. Nele, todos que você ama, todos que você conhece, todos que já ouvimos falar, todo ser humano que já existiu, viveram suas vidas. O agregado de nossas alegrias e sofrimentos, milhares de religiões, ideologias e doutrinas econômicas, cada caçador e saqueador, cada herói e covarde, cada criador e destruidor da civilização, cada rei e plebeu, cada jovem casal apaixonado, cada mãe e pai, cada criança esperançosa, inventores e exploradores, cada educador, cada político corrupto, cada superestrela, cada líder supremo, cada santo e pecador na história da nossa espécie viveu ali, em um grão de poeira suspenso num raio de sol.” (...) Disponível em: <http://hosting.astro.cornell.edu/academics/courses/a102/pbd.html>. Acesso em: 25 abril de 2019.

e dezembro de 1997 (sendo reprisado nas mesmas emissoras que sua predecessora, além de ser transmitido também em outros países, através da Nickelodeon Latinoamerica). Também havia um formato menos lúdico, como o Globo Ciência, transmitido na maior emissora do país, a TV Globo, entre outubro de 1984 e agosto de 2014, variando entre o domingo e o sábado, sempre no início da manhã.

5 A DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA NO YOUTUBE

Dentro desse cenário temos o *YouTube*, uma plataforma online de compartilhamento de vídeos que permite a produção e disseminação de conteúdo de forma descentralizada, com produtores individuais, não mais pertencentes a grandes grupos empresariais. Nesta plataforma, a divulgação científica seria mais simplificada e barata, não exigindo recursos financeiros de grandes conglomerados de mídia, pois, como aponta Maria Costa Carvalho, a plataforma é gratuita (para criação de conta para consumo e publicação de conteúdo), a interface de uso é simples e o *youtuber* pode “gravar com uma câmera amadora no quarto de sua casa, falando livremente sem um roteiro prévio, quanto pode ser em um estúdio com os mais modernos equipamentos do mercado” (CARVALHO, 2016, p. 11).

Destacamos diversos canais de divulgação científica neste meio, como:

- a) O canal do Pirulla, apresentado por Paulo Pedrosa Guglielmo, graduado em biologia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e doutor em zoologia pela Universidade de São Paulo, tendo ministrado aulas em escolas e instituições de ensino superior e autor do recém-lançado livro “Darwin sem frescura: como a ciência evolutiva ajuda a explicar algumas polêmicas da atualidade”;
- b) Peixe Babel, apresentado por Camila Laranjeira, graduada em sistemas de informação pela Universidade do Estado da Bahia (com período sanduíche na Universidade de Alberta, nos EUA) e mestranda em Ciência da Computação

- pela Universidade Federal de Minas Gerais, com pesquisa voltada para *machine learning*, e por Virgínia Fernandes em ciências da computação pela UFMG, na qual atualmente leciona (e originalmente do canal Bit de Prosa);
- c) Ciência Todo Dia, conduzido por Pedro Emílio Niebuhr Loos, graduando em física pela Universidade Federal de Santa Catarina;
 - d) Space Today, apresentado por Sérgio Sacani Sancevero, mestre em Ciências e Engenharia do Petróleo pela Universidade de Campinas e doutor em geociências pela mesma instituição;
 - e) Buenas Idéias, apresentado por Eduardo Bueno, jornalista e escritor de livros como “Náufragos, traficantes e degredados”, “Brasil, uma história: a incrível saga de um país” e “Textos contraculturais, crônicas anacrônicas e outras viagens”;
 - f) Direito à Cafeína, apresentado por um dos autores deste artigo, o professor e mestre em Direito Constitucional Luiz Felipe Pinheiro Neto, com produção de Stella Araujo, ambos autores deste artigo, que trata de diversos temas de direito, como processo penal, direito constitucional e direitos humanos;

E, além deles, destacamos o Nerdologia, aquele que, dentre os especificamente direcionados à divulgação científica, tem maior número de assinantes (cerca de 2,54 milhões), tendo surgido no fim de 2013 com o propósito de aproximar a ciência dos jovens por meio de vídeos de dez minutos e muitos recursos visuais, especialmente animações produzidas pela produtora Estúdio 42.

Com vídeos semanais, são utilizados temas de interesse geral e cultura pop para explicar como o mundo funciona e mostrar como a ciência faz parte de tudo em nossa vida e é fruto de uma parceria entre Iamarino e os diretores do website Jovem Nerd e da produtora Amazing Pixel, Alexandre Ottoni e Deive Pazos, conhecidos popularmente como Jovem Nerd e Azaghal.

Em um primeiro momento, Iamarino era participante do *podcast Nerdcast* do *Jovem Nerd*, e a partir daí surgiu a ideia de transformar o conteúdo que era apenas de áudio, em um quadro de um dos programas que Ottoni e Pazos apresentam em seu canal de *YouTube*, o *Nerdoffice*, em um programa autônomo.

A vontade não era apenas dos autores do Nerdcast. Iamarino, biólogo, doutor em Microbiologia pela Universidade de São Paulo e o primeiro apresentador do Nerdologia, começou escrevendo sobre ciências em blogs (seu principal blog denomina-se Rainha Vermelha, em referência a uma tese a respeito da evolução das espécies e também sendo um dos fundadores do “ScienceBlogs Brasil”, uma rede de diversos sites de divulgação científica) e também percebeu que a audiência poderia ser ampliada com a utilização de recursos visuais.

Além de Iamarino, que se concentra em ciências naturais e tecnológicas em episódios vinculados às quintas-feiras, o canal conta atualmente, para história e política internacional (às terças-feiras), com um segundo apresentador, Filipe Figueiredo, graduado em história pela Universidade de São Paulo, autor do site Xadrez Verbal, sobre política internacional, sendo ainda apresentador de um podcast de mesmo nome e mesma linha, além do Fronteiras Invisíveis do Futebol, que casa história de estados do Brasil ou Estados nacionais com a história do esporte nestes locais.

Realle e Martyniuk (2016) observam que o nome do canal deriva da junção do termo “logia”, palavra antiga/tradicional e ligada à Academia que deriva de *logos*, dignificando estudo ou descoberta, com o neologismo moderno *Nerd*, termo moderno, ligado a tribos urbanas, caracterizando uma pessoa que nutre obsessão por determinado assunto, especialmente ligado à cultura pop, como cinema, quadrinhos e games. Segundo as pesquisadoras, “a dualidade entre antigo vs novo e ciência vs cultura é o que chama atenção ao nome e, posteriormente, a proposta de enunciação” (Ibidem. p. 9).

Há ainda *podcasts* que também trabalham na divulgação científica. Os próprios Alexandre Ottoni e Deive Pazos apresentam episódios sobre ciência em seu *podcast*, o já citado Nerdcast, considerado o mais consumido do país, possuindo uma média 1,5 milhões de plays por episódio (JOVEM NERD, 2019).

No ramo do Direito, temos podcasts como “Salvo Melhor Juízo”, organizado por Thiago Hansen, professor de História do Direito na UFPR, “Criminal Player”, organizado pelos processualistas penais Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr e o já citado “Xadrez Verbal”, que trata de direito internacional e relações internacionais.

Percebe-se que, em sua maioria, os divulgadores científicos em *blogs*, *YouTube* e *podcasts* são pessoas que avançaram em suas carreiras acadêmicas, chegando a se tornarem docentes, pesquisadores e produtores de livros e artigos, ou são

comunicadores que tem interesse pela área. É o caso, por exemplo, de “Darwin sem frescura: Como a ciência evolutiva ajuda a explicar algumas polêmicas da atualidade” escrito por Pirulla, em colaboração com Reinaldo José Lopes, e publicado pela HarperCollins em 2019, e dos livros “Manual do Mundo: 50 experimentos para fazer em casa” de Iberê Thenório e Alfredo Luís Mateus, publicado pela Sextante em 2014, e “Dúvida Cruel: 80 respostas para as perguntas mais cabeludas”, de Thenório e Mariana Fularo (Sextante, 2018). Pirulla ainda tem um show, exibido em teatros, “A ciência só está certa quando concorda comigo.”

O Eduardo Bueno, do canal sobre história Buenas Ideias, no qual apresenta a série “Não vai cair no Enem”, publicou vários livros, como acima citado, mas também já teve quadro fixo no Fantástico, famoso programa de variedades da Rede Globo, intitulado “É muita História”, em 2007. Apresenta ainda o espetáculo “Não vai cair no ENEM, uma peça”. É um caso claro de alguém que estava em outras mídias de massa, como televisão, jornais e revistas, e migrou para o *YouTube*.

Assim, verificamos que o objetivo deles não é apenas ficar presos à plataforma, sendo considerados apenas *youtubers*. Pelo contrário, objetivam novas formas de divulgação da ciência e (por que não?) novas formas de lucros, sendo o *YouTube* apenas mais uma destas formas de divulgação, normalmente a de mais capilaridade e que dá visibilidade às suas outras iniciativas.

Contudo, observa-se que não há aceitação completa na Academia a iniciativas como estas, como é apontado pelo historiador e professor Davi Martins, em entrevista ao G1, afirmando que “há muita crítica na Academia a alguns canais como o Nerdologia (...). Mas os próprios acadêmicos da área raramente se propõem a fazer algo desse tipo” (BBC BRASIL, 2017a).

Em geral, são pessoas que sentiram a necessidade de levar a ciência ao público leigo, democratizando seu conhecimento, utilizando-se, atualmente, das diversas ferramentas de comunicação à sua disposição. Contudo, seria ingenuidade pensar que estas pessoas fariam este trabalho, que cresce em qualidade com o passar dos anos, de maneira puramente graciosa, sem contar com qualquer tipo de remuneração, nem que seja para a manutenção de equipamento, ou para que possam diminuir a carga de seus trabalhos outros (ou ainda sair deles) para que possam dedicar-se em tempo parcial ou integral na produção de conteúdo para internet.

6 A DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA NAS ERAS DA ANTICIÊNCIA E DA CIBERCULTURA

Divulgação científica é Ensino Formal? Temos esta resposta na análise do dilema entre a educação formal física e a através do modelo de ensino à distância, a EAD. O modelo EAD possui muitas críticas e questionamentos a respeito da precarização da educação, a transferência de responsabilidades e a não valorização dos professores, sendo um modelo que teria certa aplicabilidade quanto a adultos que não conseguissem frequentar instituições de ensino, por impossibilidade de deslocamento espacial ou falta de disponibilidade de horários para comparecimento à sala de aula, vide obrigações domésticas ou de trabalho, mas que não teria muito êxito com crianças.

Segundo Maria Luiza Belloni (2015) o deslocamento do centro de ensino da escola para a casa, com a ausência de contato com o ambiente escolar e o isolamento da criança em relação aos colegas modificam drasticamente as condições de aprendizagem. Além disso, esse novo tipo de aprendizado, por meio de novas tecnologias, também exigiria do estudante comportamentos e habilidades relacionados à busca e análise de informações e de estudo autônomo, de forma ativa, que ainda são pouco explorados e disseminados no Brasil, apresentando dificuldade de implementação até para os próprios professores. Belloni ainda observa que “Estudos realizados com alunos de vários tipos de experiências de EAD têm mostrado que muitos estudantes à distância tendem a realizar uma aprendizagem passiva, digerindo pacotes instrucionais e “regurgitando” os conhecimentos assimilados nos momentos de avaliação.” (BELLONI, 2015, p. 26-27)

São discussões relevantes no cenário em que vivemos e reflexões nesse sentido devem ser feitas. Apesar disso, o *Nerdologia* (bem como outros canais de divulgação científica) não pretende ser a única fonte de educação, não se encaixa no modelo EAD, servindo como complementação ao ensino formal (ou até mesmo ponto de partida, com a discussão em sala de aula sobre os vídeos tratados). Iamarino, em entrevista para o blog Alumni USP declarou que sabe que não supre o papel do professor, mas "ensino temas muito interessantes e não estou formando um aluno, mas motivação é a mesma, conseguir transmitir bem os conceitos, de forma que as pessoas entendam e apliquem à vida."

Trata-se, assim, não de um substituto à educação, mas de forma a reforçar o direito constitucional à educação, auxiliando-se os meios formais de ensino a combater os demônios que estariam tentando apagar a vela que representa a ciência, na imagem criada pelo Sagan, já que temos algo delicado em mãos: a maior qualidade da ciência é sua falibilidade, sendo um empreendimento coletivo de análise, tese e discussão da realidade, um método de pensar que é, ao mesmo tempo, imaginativo e disciplinado e nos convida a acolher os fatos, mesmo quando não se ajustam a nossas concepções (SAGAN, 2006). Só que, infelizmente, esta qualidade também é sua maior vulnerabilidade, pois, como não apresenta verdades absolutas, a ciência está sujeita a ataques de quem espera respostas fáceis e inquestionáveis para problemas difíceis.

É inegável que estamos em uma época de anticiência, em que a divulgação de informações como o terraplanismo, a conceituação do nazismo como um movimento político de esquerda e supostos efeitos negativos da vacinação, além da divulgação de informações falsas sobre economia e política, o que vem causando inúmeros impactos negativos na sociedade, é propiciada pela facilidade de comunicação, como as redes sociais e aplicativos de troca de mensagens (vide *WhatsApp*) e a horizontalização da produção de informações, em que igualam-se, perante a população, pessoas que dedicaram suas vidas profissionais e acadêmicas a aprofundar-se em determinadas áreas de conhecimento e pessoas sem qualquer conhecimento, nem mesmo superficial, sobre estas áreas, com atores sociais outrora entendidos apenas como receptores de informação, que passaram a assumir novos papéis, questionando, criticando, sugerindo, compartilhando e produzindo independentemente conteúdo midiático (DAL PIAN, 2015).

Seriam, utilizando-se da metáfora de Carl Sagan, os demônios que buscam apagar a vela da ciência.

É um fenômeno potencializado pelas comunicações pós-massivas. Lemos e Lévy (2010), ao observar a evolução das mídias, as classificam em duas categorias. As massivas são aquelas que possuem apenas a função de informar, tem o início na Revolução Industrial e pressupõem sempre uma rede telemática inexistente. Já as mídias pós-massivas, são aquelas que além da informação, tem a interação resultante de uma conversação coletiva, fruto das novas mídias, principalmente no âmbito do ciberespaço, tem a rede telemática como potencializadora de suas ações. É uma nova

forma de “fazer sociedade”, já que são baseadas em uma comunicação de um para um (LEMOS; LEVY, 2010 apud ARAUJO; XAVIER; BURGOS, 2015).

Desta forma, para consolidação e proteção da ciência, é necessário um grande movimento de divulgação científica, de acordo com as atuais cibercultura e nova cultura do conhecimento, que, segundo Jenkins:

(...) surge ao mesmo tempo em que nossos vínculos com as antigas formas de comunidade social estão se rompendo, nosso arraigamento à geografia física está diminuindo, nossos laços com a família estendida, ou mesmo com a família nuclear, estão se desintegrando, e nossas alianças com Estados-Nações estão sendo redefinidas. (JENKINS, 2014, p. 56-57)

Essa quebra de vínculos, como já afirmado, também se aplica ao respeito às autoridades científicas, havendo uma necessidade cada vez maior de reafirmação da importância da ciência e de sua divulgação. Tal importância é destacada por Dal Pian:

Diante do reconhecimento que os avanços científicos e tecnológicos implicam em transformações sociais cada vez mais significativas, na contemporaneidade, pode-se situar a ciência como parte essencial da cultura humana. Essa visão, por sua vez, reforça a necessidade de se ampliar o diálogo junto à sociedade e incrementar a compreensão pública, não apenas dos resultados das pesquisas científicas, mas, principalmente, da própria natureza da atividade científica, numa perspectiva mais ontológica. (DAL PIAN, 2015, p. 4)

Contudo, é importante observar que a horizontalidade das relações, que já citamos, não é necessariamente negativa e pode auxiliar no trabalho de disseminação de informações e educação. As instituições educativas (escolas e universidades), também são exemplos marcantes para explicar a ruptura na verticalização do processo de aprendizagem. Os conteúdos transmitidos nas salas de aula, palestras, mesas redondas, simpósios, colóquios e etc. podem ser amplificados pela cibercultura. Por meio dos aparatos digitais, redes sociais, aplicativos, sites de busca e comunidades de conhecimento (comunidades *on-line*), os usuários puderam encontrar novos olhares e opiniões a respeito dos conteúdos transmitidos naqueles espaços. Neste contexto, ainda é necessário explicitar que os conteúdos que não foram assimilados por completo podem ser esclarecidos dentro dos ambientes virtuais; em fóruns especializados ou em

comunidades *on-line*. Essa reflexão nos permite concluir que os usuários conseguiram estabelecer um novo vínculo social com as organizações educacionais, introduzindo para estas novos valores e experiências (ARAUJO; LINS; GOMES, 2015)

É necessário que o cientista abandone o ambiente hermético da Academia, deixando de lado o estereótipo de alguém aquém do convívio social, comunicando-se apenas com seus pares, passando a assumir um papel social de “estabelecer espaço de diálogo com outros campos e grupos, inclusive extra Academia, onde possa haver questionamentos e discussões críticas sobre diversas produções e temáticas.” (REALLE; MARTYNIUK, 2016, p. 3).

6 CONCLUSÃO

Neste artigo, apresentamos a importância da divulgação científica, apresentando sua evolução nos meios de comunicação de massa, saindo da televisão, especialmente com Carl Sagan, aos canais de *YouTube*, exemplo da comunicação pós-massiva, dado o atual ambiente de comunicação caracterizado pela disseminação da internet e pela cultura da conexão.

O Estado tem por dever a garantia de direitos sociais, como o direito à educação, estabelecido na Constituição, sendo, portanto, direito fundamental, através de ações positivas (*facere*), contudo, por mais que seja eficiente (e, convenhamos, o Estado brasileiro não o é), o século XXI traz desafios cada vez maiores neste campo.

A educação a ser promovida pelo Estado, com o cumprimento de exigências de qualidade e inclusão, enfrenta forte (e inexplicável) resistência de diversos setores da população, que se utilizam da mídia pós-massiva para a disseminação da anticiência, instituindo-se novas ferramentas para os “demônios” que assombram o mundo e atacam a chama iluminada da vela, na analogia poética de Carl Sagan.

Confirmamos, ao longo de nosso trabalho, nossa tese, de que o Estado necessita da atuação da sociedade civil para a concretização de um direito tão importante, posto que preparador de uma sociedade que pode, no futuro, suprir suas próprias vulnerabilidades. Desta forma, é necessário que os indivíduos atuem para a concretização deste direito, utilizando-se das ferramentas pós-massivas.

A divulgação científica não é apenas importante, mas essencial para os próximos pontos da humanidade e para que superemos este momento, para garantia da perpetuação da sociedade pós-revolução científica, devendo ser confundida e difundida.

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Joel. **Why carl sagan is truly irreplaceable**. 2014. Disponível em: <<https://www.smithsonianmag.com/science-nature/why-carl-sagan-truly-irreplaceable-180949818/>>. Acesso em: 25 maio 2019

ARAUJO, Stela; LINS, Dannilo de Loiola; GOMES, Ana Cecília Aragão. Vínculos Sociais e Perfis Digigráficos: uma análise sócio-comunicacional do caso ferramentados e imersos. In: INTERCOM, 18., 2015, Natal. **Anais...**. Natal: Intercom, 2015. Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-0077-1.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

AZEVEDO, José et al. Os processos de Mediação de ciência em televisão: Efeitos sobre a sua eficácia comunicativa. In: **Revista de Ciências e Tecnologias de Informação e Comunicação** – Prisma.com. N. 01. Porto: 2005. Disponível em <https://ojs.letras.up.pt/ojs/index.php/prismacom/article/view/2147/1980> Acesso em 08 abr. 2019.

BARRETO, Fabio. **Cosmos**: Uma jornada pela imaginação aos limites da Ciência. 2014. Disponível em: <<https://www.b9.com.br/46300/cosmos-uma-jornada-pela-imaginacao-aos-limites-da-ciencia/>>. Acesso em: 25 maio 2019

BBC BRASIL. **Como cientistas brasileiros colonizaram o YouTube**. 2017a. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-cientistas-brasileiros-colonizaram-o-youtube.ghtml>>. Acesso em: 21 maio 2019.

BBC BRASIL. **Manual do mundo, professor jubilut e nerdologia**: a ciência que faz sucesso no YouTube. 2017b. Disponível em: <<https://www.metrojornal.com.br/estilo-vida/2017/11/27/manual-do-mundo-nerdologia-jubilut-youtubers-ciencia-educacao-youtube.html>>. Acesso em: 10 maio 2019

BELLONI, Maria Luíza. **Educação à distância**. 7 ed. São Paulo: Autores Associados, 2015

BOBBIO, Norberto, trad COUTINHO, Carlos Nelson. **A era dos direitos**. 6 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 8. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Código Brasileiro de Autoregulação Publicitária (CONAR).

BUENO, Wilson da Costa. Jornalismo Científico. In **Ciência e Cultura**. p. 1420-1427, 37 (9), setembro, 1985.

BUENO, Wilson Costa. Comunicação científica e divulgação científica: aproximações e rupturas conceituais. **Informação & Informação**, [S.l.], v. 15, n. 1esp, p. 1-12, dez. 2010. ISSN 1981-8920. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/6585>>. Acesso em: 10 maio 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CARVALHO, Mariela Costa. Divulgação científica no Youtube: Narrativa e Cultura Participativa nos canais Nerdologia e Peixe Babel. In: XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. **Anais Eletrônicos**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação - Intercom, 2016. Disponível em:

<<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2014-1.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2019.

DAL PIAN, Luiz Fernando. Aproximações entre Comunicação Pública da Ciência e Entretenimento no YouTube: uma análise do canal Nerdologia. In: XVII CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE. **Anais eletrônicos**. Natal: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação - Intercom, 2015. Disponível em:

<<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2766-1.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: Uma breve história da humanidade. 27 ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

JENKINS, Henry; GREEN, Joshua; FORD, Sam. **Cultura da conexão**: criando valor e significado por meio da mídia propagável. São Paulo: Aleph, 2014.

REALLE, Manuella Vieira e MARTYNIUK, Valdenise Leziér. Divulgação científica no Youtube: a construção de sentido de pesquisadores nerds comunicando ciência. In: XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. **Anais Eletrônicos**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação - Intercom, 2016. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-0897-1.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2019.

SAGAN, Carl. **O Mundo assombrado pelos demônios**: a ciência como uma vela acesa no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SIQUEIRA, Denise da Costa Oliveira. Televisão e divulgação científica. **ComCiência**, Campinas, n. 100, 2008. Disponível em <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542008000300014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 de abr. 2019.

SILVA, Henrique César. O que é divulgação científica? In: **Ciência & Ensino**, [S.l.], v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/clebersonmoura/o-que-divulgao-cientifica-henrique-csar-da-silva>> Acesso em: 20 maio 2019.

SOARES, Giselle; SCALFI, Grazielle. **Televisão**: programas e séries sobre ciência vão muito além da diversão. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 67, n. 2, p. 62-63, Abril/Junho, 2015. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 abr. 2019.

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS EM NATAL/RN: A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS
ADQUIRIDOS QUANTO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS
HOMOSSEXUAIS E A COMPARAÇÃO EM RELAÇÃO A CASAIS
HETEROSSEXUAIS**

Calinne Carla Aguiar Silva¹

Eduardo Andrade Galvêncio Rodrigues²

Maria Júlia Pereira Galvão³

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é apresentar os direitos que foram adquiridos por casais homossexuais ao longo dos anos e a comparação existente entre eles e os casais heterossexuais em relação à adoção de crianças na cidade de Natal, Rio Grande do Norte, tendo em vista os aspectos histórico, social, emocional e legal. Para o fim almejado, adotamos o método de abordagem dedutivo, pois analisaremos casos gerais de adoção a fim de chegar a uma conclusão específica. Assim, aliamos o método de procedimento histórico às técnicas de pesquisa como entrevistas, fontes documentais, leis e também a jurisprudência para explicar tal problemática.

Palavras-chave: Homossexuais. Adoção. Comparação. Direitos. Natal.

ABSTRACT

The objective of this research is to present the rights that were acquired by homosexual couples over the years and the comparison between them and heterosexual couples in relation to the adoption of children in the city of Natal, Rio Grande do Norte, with a view to the Historical, social, emotional and legal aspects. We use for the desired end the method of deductive approach as we will analyse general

¹ Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). aguiarcaca@hotmail.com

² Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). edu10_sale@hotmail.com

³ Discente do curso de direito do Centro Universitário do RN (Uni-RN). galvaomariajulia@gmail.com

cases of adoption with objective to reaching a specific conclusion. In this way we combine the method of historical procedure with research techniques like interview, documentary furnaces, laws and also the jurisprudence to explain such problematic.

Keywords: Homosexuality. Adoption. Challenge. Legality. Natal.

1 INTRODUÇÃO

O tema do nosso trabalho é sobre a “Adoção de crianças em Natal/RN: A evolução dos direitos adquiridos quanto à adoção de crianças por casais homossexuais e a comparação em relação a casais heterossexuais” e o nosso objetivo geral é explanar esses direitos adquiridos e comparar esses dois modelos familiares, porque além da adoção e da homoafetividade ainda serem considerados dois assuntos tabus, apesar das lentas mudanças as quais vêm ocorrendo no cenário mundial, as pessoas que se encaixam nesses grupos sofrem certa discriminação social por não se adequarem aos padrões vigentes desde tempos remotos. Já os objetivos específicos buscam retratar a realidade das casas lares e dos adotantes em relação à adoção de crianças por casais homossexuais e heterossexuais, examinar a legislação acerca do tema e investigar a influência histórica e social dele.

Dessa maneira, através de tal pesquisa, analisamos como se dá a adoção por casais do mesmo sexo tanto da perspectiva dos adotantes como da perspectiva dos profissionais que trabalham nesse meio, a fim de localizar os impasses e facilitar a solução do problema pelos órgãos responsáveis por isso.

Para tanto, partirmos de uma análise histórica e, com base nos artigos desenvolvidos pelos acadêmicos Brent Pickett, Rainer Gonçalves e Eliane Pereira, traçamos um rápido desenvolvimento da homossexualidade na sociedade até os seus ganhos legais no mundo moderno.

Então, fizemos uma contextualização das vertentes sociais atreladas a um contexto familiar, com base no texto de Jerusa Vieira Gomes, cujo enfoque está na relação entre a família e o desenvolvimento da socialização no indivíduo.

Para melhor entender o estudo que está sendo desenvolvido abordamos também a perspectiva da Advogada especializada em Direito Homoafetivo e Direito das

Famílias e Sucessões, Maria Berenice Dias, no que diz respeito ao seu artigo “Adoção Homoafetiva”, para nortear o cerne das discussões aqui apresentadas.

Além disso, levamos em consideração o fato de, em 2011, a ministra Cármen Lúcia, em nome do STF, ter reconhecido a união entre casais homossexuais como núcleo familiar, haja vista que a Constituição de 1988 não conceituava a palavra “família”, deixando isso para outras ciências como a psicologia.

Já com relação à adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não faz qualquer menção no sentido de proibir casais do mesmo sexo de adotarem, nem mesmo faz qualquer referência no seu art. 42 ou 43 sobre a orientação sexual do adotante.

Ainda, fizemos uma análise dos aspectos sociais e da luta pela adoção partindo do livro “Duas filhas, dois pais”, de Carlos Henrique Sousa da Cruz, um psicólogo e professor que, junto ao seu parceiro, foram o primeiro casal homossexual a obter da justiça o direito de adotar duas crianças pernambucanas e que, por sua vez, abriram caminho para a garantia desse mesmo direito a outros casais.

Depois, estudamos sobre o cadastro nacional de adoção, uma ferramenta digital que auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos dos processos de adoção em todo o país, visando acabar com a burocracia, que tem o objetivo de colocar sempre a criança como sujeito principal do processo. Dessa maneira, ele é capaz de informar a quantidade de pretendentes à adoção e as crianças aptas a serem adotadas, assim como seu perfil.

Diante do exposto, averiguamos a seguinte problemática: quais os direitos adquiridos pelos homossexuais ao longo do tempo e se há diferenças entre a adoção por casais homossexuais e heterossexuais. A partir disso, verificamos os possíveis problemas relacionados a tal questionamento.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de cunho analítico que tem como método de abordagem o dedutivo, pois analisamos dois casos de casais homossexuais que já realizam a adoção, um casal heterossexual na mesma situação e outro em processo de adoção, sendo todos em Natal/RN, além de uma Casa Lar, também localizada na cidade,

para que pudéssemos conhecer o dia a dia dos que convivem diariamente com essa realidade. Com isso, chegamos a uma conclusão específica com relação ao problema da temática.

Dessa forma, utilizamos técnicas de pesquisa, como entrevistas com os casais, para que colhêssemos dados importantes sobre o trâmite burocrático e também para que nos inteirássemos de fatos cotidianos da convivência familiar entre pais e filhos. Fora isso, fizemos uso também de fontes documentais, estatísticas, contendo a quantidade de crianças disponíveis para adoção, a comparação entre a quantidade adotada por casais homo e heterossexuais, e também a jurisprudência para explicar tal problemática, posto que ela vem se atualizando e assegurando direitos a esse modelo de família contemporânea.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 LEGISLAÇÃO

Ao longo do tempo, no Brasil, a relação entre direito e homossexualidade foi se modificando de acordo com a necessidade social de garantir a esse grupo social os mesmos direitos dos heterossexuais.

Dessa maneira, antes do Código Penal do Império, em 1830, a legislação estabelecia pena de morte por meio do fogo ao homossexual, além da pena de exílio e confisco de bens a quem, caso soubesse da existência de algum, não o delatasse ao poder público.

Além disso, condutas antissociais bastante ameaçadoras, como o estupro, a violência contra menores, o canibalismo e até o matricídio, crime cometido pelos indivíduos os quais matam sua própria mãe, eram consideradas crimes menos graves do que o amor entre pessoas do mesmo sexo. Assim, durante três séculos essas pessoas foram vítimas da mais cruel perseguição por parte do Rei, do Bispo e da Santa Inquisição.

Essas penalidades só desapareceram com a vigência do código já supracitado, apesar de que o “homossexualismo”, até 1985, ainda era considerado um “desvio de transtorno sexual” de acordo com o Código de Saúde do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social.

Apenas a partir de 1985, com a decisão favorável do Conselho Federal de Medicina, ocorreu a despatologização da “homossexualidade”, apesar de que, no Brasil, isso se fez cinco anos antes da Organização Mundial de Saúde retirá-la de sua lista de doenças.

Assim, com o passar dos anos e a criação dos novos Códigos Penais, os homossexuais foram tendo seus direitos salvaguardados, pois, desde a década de 1990, houve intenção dos legisladores em criarem projetos de lei garantindo esses direitos.

Com a promulgação da nova, e até então vigente, Constituição Federal (CF) de 1988, muitos direitos fundamentais e humanos foram consolidados, como o direito à vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade, a intimidade, a não discriminação, a inocência, a segurança, a propriedade, todos presentes no artigo 5º da Constituição Federal acima citada que tem como caput:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988).

Não obstante essas leis supremas, o preconceito aos homossexuais por parte da sociedade continuou se fazendo presente, e a falta de uma lei própria, específica, deixava essa parcela da população de fora dos direitos legais básicos. Isso pode ser comprovado pelas palavras do Ministro Celso Mello:

Não adianta comemorar o cinquentenário da Declaração dos Direitos Humanos, se práticas injustas que excluem os homossexuais dos direitos básicos continuam ocorrendo. É preciso que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário tomem consciência e tenham percepção de que é necessário enfrentar essa situação de grave adversidade por que passam os integrantes deste grupo extremamente vulnerável (MELLO, 1998).

De fato, o direito a união civil estável e ao casamento, extremamente importantes, foram concessões do Poder Judiciário, o qual observou a necessidade de uma atualização na jurisprudência tendo em vista os anseios dos homossexuais em casarem, constituírem uma família, terem direito à herança, enfim, terem os mesmos direitos que os heterossexuais.

Assim, a união estável, primeiramente, foi reconhecida em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Ministra Cármen Lúcia, que julgou conjuntamente a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) número 4.277 e a Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental (ADPF) número 132, equiparando, por unanimidade, a união homossexual à união estável entre homem e mulher, e reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo como verdadeira entidade familiar, em homenagem aos princípios já citados da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação, e da busca da felicidade.

A outra concessão foi dada em 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que permitiu o casamento civil entre homossexuais, assim como a possibilidade de conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis. Isso porque ao estabelecer o § 3º do art. 226 da Constituição Federal que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, como também levando-se em consideração o disposto no art. 1.726 do Código Civil, o qual diz “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”, uma vez equiparadas as relações homossexuais às heterossexuais, outro não haveria de ser o entendimento, quer se aprecie ou não a decisão do STF.

Após esse novo entendimento, os casais do mesmo sexo puderam ter acesso não só a esses direitos como também a outros os quais dependem diretamente desses, como é o caso da adoção, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, apesar de não fazer qualquer menção à orientação sexual como um fator a ser considerado no processo de adoção nem citar que a futura família da criança deva ser composta por pais de gêneros diferentes, requer dos adotantes, em seu art. 42, § 2º, o casamento civil ou a manutenção da união estável, algo impossível de acontecer para os casais homossexuais antes da atualização do entendimento do STF.

Vale salientar que ao contrário disso, as exigências do ECA estão muito mais relacionadas à qualificação e capacidade para adotar, tudo sempre com o interesse único de resguardar o melhor para a criança.

3.2 REFERENCIAL TEÓRICO

Concebido pelo jornalista austro-húngaro Karl-Maria Kertbeny, o termo “homossexual” é uma característica atrelada aos indivíduos que sentem atração física e emocional por pessoas do mesmo sexo.

Embora desde o século XXVIII a.C já se tenha registros da existência de relações homossexuais, como comprovado pelos estudos arqueológicos, esse fato já é datado desde a Era Paleolítica, mas foi somente a partir da metade do século XIX que tal termo passou a ser empregado para designar essa orientação sexual.

Dessa forma, pode-se ajuizar que as visões ligadas ao ato homossexual divergiram de acordo com a sociedade e o tempo histórico. Esse fato é exemplificado, principalmente, quando se analisa as sociedades gregas e a sua aceção, referente não só à homossexualidade, mas a sexualidade como um todo.

Por exemplo, o autor Brent Pickett, no seu artigo “*Homosexuality*”, demonstra essa questão ao afirmar, com base em vários estudos, que na sociedade grega não havia a dicotomia entre “heterossexual” e “homossexual”, isto é, essa rotulação quanto à sexualidade do indivíduo não subsistia em sua teia social (2002, p.1). Além disso, deve-se enfatizar, de acordo com Pickett, a variedade de conteúdo, provenientes desse tempo histórico, cujos temas se referem à questão da sexualidade, como os diálogos de Platão em “O Banquete”, as peças de Aristófanes e os vasos e artes gregas, por exemplo (2002, p1).

Sendo assim, quanto à temática da homossexualidade, especificamente, na sociedade grega, ele adiciona:

Embora o gênero para o qual alguém fosse atraído eroticamente (em um momento específico, considerando a suposição de que as pessoas provavelmente serão atraídas para pessoas de ambos os sexos) não fosse importante, outras questões eram importantes, como o exercício da moderação. As preocupações de status também foram da maior importância. Dado que apenas os homens livres tinham status completo, as mulheres e os escravos do sexo masculino não eram parceiros sexuais problemáticos. O sexo entre homens livres, no entanto, era problemático para o status. A distinção central nas relações sexuais gregas antigas era entre assumir um papel ativo ou insercional, versus um passivo ou penetrante. O papel passivo era aceitável apenas para os inferiores, como mulheres, escravos ou jovens do sexo masculino que ainda não eram cidadãos. Por isso, o ideal cultural de um relacionamento entre pessoas do mesmo sexo era entre um homem mais velho, provavelmente entre 20 e 30 anos, conhecido como *erastes*, e um menino cuja barba ainda não tinha começado a crescer, *eromenos* ou *paidika* (PICKETT,2002).

Ademais, é válido salientar como se deu o processo de transformação histórica, responsável por pavimentar a construção dos preceitos sociais vigentes quanto à questão da homossexualidade, principalmente, na sociedade ocidental. Nesse contexto, o autor Rainer Gonçalves, em seu artigo “História da Homossexualidade”, se debruça sobre essa problemática expondo as seguintes ideias:

Com a assimilação do valor estritamente procriador do sexo, disseminado pela cultura judaica, a concepção sobre o ato homossexual foi ganhando novas feições. A popularização do cristianismo trouxe consigo a ideia de que o sexo entre iguais seria pecado. Dessa forma, desde o final do Império Romano, várias ações de reis e clérigos tentaram suprimir o homossexualismo. Ainda assim – ao longo da Idade Moderna – tivemos vários relatos de representantes da nobreza tiveram casos com parceiros e parceiras do mesmo sexo. No século XIX, com a efervescência das teorias biológicas e o auge da razão como verdade absoluta, teorias queriam dar uma explicação científica para o homossexualismo. No século XX, a lobotomia cerebral foi declarada como uma solução cirúrgica para que quisesse se “livrar” do hábito. Nesse mesmo período, diversos grupos lutaram pelo fim da discriminação e a abolição da classificação científica que designa o homossexualismo como doença. (GONÇALVES,2018)

Assim, diante dos entendimentos referentes ao desenvolvimento das visões históricas relacionadas à homossexualidade, para que haja uma concepção de como ela é vista na sociedade brasileira do século XXI, deve-se ter em mente o trecho desenvolvido por Eliane Pereira no seu artigo “A evolução da homossexualidade: a história de um preconceito.”:

Não se pode negar que, hoje, parte da sociedade tem admitido, embora com bastante preconceito, a população homossexual, e estes tem paulatinamente alcançado mais espaço na luta por seus direitos, conforme preleciona Carlos Augusto Machado de Aguiar Júnior (2015): [...] os homossexuais passaram a ocupar a agenda política, exigindo direitos e transformações nas bases culturais da nossa sociedade. Esse processo de “exigência” e conquistas somente ocorreu graças aos grupos de homossexuais que ousaram se organizar e se mobilizar na luta pela desnaturalização da condição de inferioridade, por uma reconfiguração de seus direitos e de sua cidadania. Os tempos são outros, a sociedade tem evoluído, porém, ainda há, diariamente, incontáveis manifestações preconceituosas, discriminativas e violentas direcionadas aos homossexuais. (PEREIRA, 2017)

Dessa maneira, tal afirmação é sustentada pelos sucessivos ganhos conquistados pelos homossexuais no contexto da última década no país.

Sendo assim, uma exemplificação de tais conquistas são as decisões, já citadas anteriormente, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Conselho

Nacional de Justiça (CNJ), as quais legitimaram a união homoafetiva sob a ótica institucional estatal.

Diante desses fatos, casais homossexuais passaram a ter um reconhecimento, do ponto de vista legal, das suas entidades familiares, sendo a adoção um dos meios pelos quais eles podem expandir seus núcleos afetivos.

Para tanto, faz-se necessário, primeiro, conceber a importância desses agrupamentos e o seu papel sociológico, para depois averiguar os conceitos e variáveis atreladas com o ato da adoção.

Dessa forma, para se expandir as noções quanto à primeira problemática exposta, torna-se válido analisar a importância de um contexto familiar no desenvolvimento social da criança, como está representado no artigo “Família e Socialização”, redigido por Jerusa Vieira Gomes:

Consideremos, agora, a tarefa socializadora familiar: o que faz a família? Já sabemos, ela faz a primeira inserção da criança no mundo social objetivo, à medida que promove a aprendizagem de elementos culturais mínimos: linguagem, hábitos, usos, costumes, papéis, valores, normas, padrões de comportamento e de atitudes, etc. Mas, além de tudo, também promove a formação das estruturas básicas da personalidade e da identidade. Contudo, não se esgota nisso a ação socializadora familiar. Acrescente-se, ainda, o fato de ela, no curso desse processo, “ensinar a criança a aprender” (Instituí Vanier, 1981). Ou seja, enquanto realizamos nossas aprendizagens primeiras no interior de nosso grupo doméstico, muito além do conteúdo específico dessas aprendizagens, estamos aprendendo uma modalidade particular de realizá-las, típica de nossa família, e que nos diferencia de nossos companheiros de mesma faixa etária e de mesma classe. (GOMES,1992)

Nesse contexto, é válido introduzir a definição do termo adoção, utilizada no livro “Duas Filhas, Dois Pais”, escrito por Carlos Henrique Souza da Cruz, que narra a história da primeira adoção, oficializada legalmente no Brasil, por um casal do mesmo sexo:

Etimologicamente, a palavra *adoção* vem do latim *adoptio*, que traz consigo o significado de aproximação (*ad*) no tempo e no espaço; e opção (*optare*), perfilhamento. Assim, a adoção é uma escolha, uma opção por se aproximar ou trazer alguém ou algo para junto de si. Segundo o dicionário Larousse, significa o “ato pelo qual, observando os preceitos legais, alguém estabelece vínculo fictício de filiação e traz para a sua família uma pessoa na condição de filho.” (CRUZ, 2013, p.87)

Dessa maneira, o livro se apresenta como uma maneira de conexão direta com a realidade referente à adoção de casais homossexuais no Brasil, principalmente ao levar em consideração um contexto em que os avanços sociais relacionados a esse grupo não eram tão latentes como na atualidade, assim como no processo da adoção em si. É a partir dele que se pode traçar as primeiras delineações quanto aos desafios da adoção que são particulares ao de um casal homossexual, quando comparados pelo que passam aqueles de união heterossexual. Esse contexto pode ser exemplificado com a seguinte passagem da obra:

Rosa demonstrou entender nossas explicações. Por outro lado. Perla questionava o fato de ter dois pais com mais frequência. Numa ocasião em que estávamos almoçando num restaurante, Perla se levanta da mesa de repente e se distancia de nós. Começa a rir, ao mesmo tempo que aponta para mim e Henrique, dizendo em voz alta que éramos dois homens que namoravam. O fato chamou a atenção de um casal (um homem e uma mulher) da mesa ao lado. Confesso que o acontecimento foi embaraçoso. Na hora, não soubemos como proceder e, diante do “não saber”, apenas agimos com naturalidade, fazendo de conta que tudo era uma brincadeira de Perla. (CRUZ, 2013, p.25)

Outro ponto que fora levantado no livro faz jus às problemáticas inerentes ao processo de paternidade e maternidade, independentemente do tipo de união do casal que realiza esse ato. Tal fato é expresso, na ótica do autor, quando ele compara os grandes desafios pelos quais ele e seu companheiro passavam na criação das suas filhas, ao de outros casais amigos, estes em uma relação heterossexual.

Diante desses fatos, ele chega à conclusão que independente da orientação sexual dos genitores, ser pai ou mãe é uma questão de desempenho. Assim, o ato da paternidade e também o da maternidade envolve, em determinado grau, porém com pouca diferenciação, os mesmos receios e expectativas (CRUZ, 2013, p.28).

Quanto aos desafios apresentados em um contexto institucional e legal, passagens do livro revelam alguns fatos peculiares aos quais o autor foi submetido como resultado direto da sua inserção numa relação homoafetiva, principalmente no tocante às etapas do processo de adoções realizadas na comarca de Natal.

Nesse contexto, é válido salientar que as ocorrências apresentadas não se configuram como um empecilho no rito processual legal em si, mas se apresentam como uma tentativa de tipificação e, em um determinado grau, de não preparo, para se

lidar com a pluralidade que se afaste da condição heteronormativa vigente do conceito de família.

Para tanto, se faz necessário expor dois trechos retirados do livro. O primeiro retrata os pensamentos do autor ao descobrir que sua orientação sexual fora colocada como um dado identificador na sua ficha do processo de adoção:

Fiquei muito incomodado ao ver minha orientação sexual ser transposta para um relatório, mesmo porque, em casos de heterossexuais essa identidade é omitida. Não posso deixar de pensar que isto denota uma tentativa de estigmatizar um comportamento ao “descrevê-lo”. Evidentemente, rotulações de pessoas a partir de sua orientação sexual, taxando-as de “heterossexuais”, “bissexuais” ou “homossexuais”, são tentativas de estabelecer nichos tipológicos na sociedade, o que leva ao entendimento de uma sociedade desconexa, composta de integrantes segregados e alienados, e não de sujeito sociais em exercício de seus direitos e deveres igualmente. Na verdade, somos seres sexuais, iguais em nossos direitos. (CRUZ, 2013, p.49)

Já o segundo excerto faz referência à visita de uma assistente social, nos primeiros estágios processuais de averiguação para saber se o casal estava apto para adotar. Segundo Cruz, durante a ida dela à residência do casal, a profissional perguntou quem seria a mãe e o pai da criança que eles pretendiam trazer para as suas vidas (CRUZ, 2013, p.26). Tal fato se configurou, segundo sua visão, como uma oposição à aceitação de uma nova estrutura familiar oposta aos padrões vigentes na sociedade, colocando ambos os indivíduos em uma situação de desconforto. (CRUZ, 2013, p.26).

Ademais, tem-se a advogada Maria Berenice Dias, autora de diversos artigos abrangendo a temática da adoção por casais homossexuais. Em um deles, intitulado “Adoção Homoafetiva”, ela discorre sobre as variáveis atreladas a esse processo específico, contextualizando o seu significado na esfera social vigente.

Para tanto, ela inicia analisando os preceitos enraizados na sociedade, reafirmando as amarras sociais⁴ marcadas pela heterossexualidade, responsáveis pela perpetuação da grande resistência para com o fato de homossexuais conseguirem realizar o ato da adoção (DIAS, 2010, p.1).

Sendo assim, ela ainda sinaliza para as crenças equivocadas que sustentam os discursos preconceituosos contra esse fato. Então, ela expõe como falácias os discursos

⁴ Conceitos pré-estabelecidos construídos socialmente, que funcionam como algemas, prendendo a sociedade com as suas definições.

atrelados às referências comportamentais de um casal do mesmo sexo como responsáveis por, além de acarretar distúrbios psicológicos, fomentarem dificuldades de identificação sexual no indivíduo adotado (DIAS, 2010, p.1).

Em seguida, a autora desconstrói essas suposições, como é mostrado a seguir:

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos. (DIAS, 2010)

Quanto ao direito de casais homossexuais adotarem, Maria Berenice finaliza o seu artigo proferindo as seguintes considerações quanto ao fato em questão:

A adoção não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade. Imperioso arrostar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação irregular, quando poderiam ter uma vida cercada de carinho e atenção. (DIAS, 2010)

Portanto, ainda é válido salientar a relevância desse estudo. Para tanto, se faz necessário analisar dados apresentados no ano de 2016, pela 2ª Vara da Infância e da Juventude da cidade de Natal-RN, em que, segundo suas estatísticas, casais homoafetivos correspondem a 10% (dez por cento) do total de casais adotantes de Crianças e Adolescentes na cidade.

Dessa forma, se confirma a importância do estudo aqui realizado, onde se analisará as variáveis atreladas a esse fato social que cada vez mais se expressa na sociedade natalense.

3.3 ANÁLISE DAS ENTREVISTAS

3.3.1 O que leva mães a doarem seus filhos e casais a adotarem?

As ocorrências da doação de crianças, ou mesmo do abandono destas, é devido, em sua maioria, à falta de condições emocionais, físicas, ao baixo nível socioeconômico e escolaridade, assim como à ausência de companheiros e de um devido suporte familiar, não possibilitando que as mães cuidem adequadamente de seus filhos.

Dessa maneira, de acordo com a lei, a adoção de crianças deve ocorrer por meio da doação dos filhos, quando a mãe entrega a criança para os órgãos competentes, como o Conselho Tutelar e Vara da Infância e da Juventude, como assim é garantido no artigo 13, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”(BRASIL, 2009).

Porém, na realidade, é comum as mães abandonarem seus filhos devido à falta de conhecimento de que não serão presas por não doá-los à adoção, e essa ocorrência se dá em virtude do desconhecimento dessa garantia legal. Assim, como consequência desse pensamento, acabam “atropelando” o método estabelecido pela lei e entregam as suas crianças para casais de boa aparência, os quais geralmente costumam ir atrás delas com o objetivo de fugir da demora do processo legal.

Esses casais que buscam fugir da morosidade do processo legal, na verdade, criam um paradoxo, porque é justamente pelo fato deles fazerem essas interceptações que as crianças, as quais são, de forma majoritária, recém-nascidas, acabam não chegando ao Cadastro Nacional de Adoção.

Destarte, essa situação deixa aqueles que seguem o processo de forma legal com um sentimento de indignação, como foi possível perceber na fala seguinte da Psicóloga Cristina Carolina e do seu marido, o Servidor Público Mário Vinícius: “Não me sinto angustiada de estar na fila, mas fico revoltada cada vez que eu sei que alguém adotou de maneira errada”.

Em contrapartida, aqueles que desejam adotar possuem diversos motivos, desde um desejo intrínseco de adoção até a impossibilidade de poder gerar o seu próprio filho. Contudo, como foi verificado através das entrevistas, nem sempre os casais adotam com o intuito de construir efetivamente uma família, mas sim, também, com a finalidade de fazer uma “boa ação”, uma “caridade” ou mesmo por pena. Essa

atitude foi fortemente criticada pelo Administrador Dimitri Cavalcanti, quando disse: “A adoção é muito complexa, o processo envolve diversas coisas [...] tem pai que adota por pena, não pode ser assim, deve ser por amor, por vontade de construir uma família”.

Fora isso, Dimitri Cavalcanti também ressaltou o fato de que: “Muitos idosos adotam por solidão, adotam uma criança para satisfazer uma necessidade sua, de ter alguém como companhia”, ou seja, essas pessoas não entenderam o verdadeiro sentido da adoção.

A existência deste cenário foi reafirmada pela ONG Aldeia Infantil SOS Brasil (ONG internacional que funciona com centros de acolhimento), ao abordarem a necessidade dos pais estarem preparados para receber as crianças, entenderem que a maioria delas já vem com uma história, com uma carga de vida, e assim evitarem a devolução delas. Isso porque tal atitude reflete de forma negativa nos infantes, como disse a psicóloga da Aldeia, Jessica Medeiros: “É como se fosse uma segunda rejeição. Eu já vi situações de crianças que regrediram, que deixaram de falar”. Portanto, adotar uma criança, assim como ter um filho, é uma responsabilidade imensa cujo sucesso exige preparo, paciência e principalmente afeto e amor.

3.3.2 Os procedimentos da chegada à Casa Lar até a adoção

A partir do momento em que as crianças chegam à Casa Lar, o primeiro passo da psicóloga, juntamente à assistente social, é tentar fortalecer a família com o apoio de órgãos como o Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS), o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e o Centro de Atenção Psicossocial Infante Juvenil (CAPS) e devolver essa criança ao seio familiar, seja a mãe, aos avós, ao pai, aos tios.

Porém, esse processo exige bastante tempo, pois existem casos, inclusive, em que a mãe tem o desejo de ter seu filho novamente e resolve fazer por onde tê-lo de volta. Tendo em vista que a prioridade é dela, cabe esperá-la e buscar reinserir a criança junto à mãe biológica. Assim, apesar do tempo médio oferecido pela justiça para a criança ser adotada totalizar 18 meses, ou seja, um ano e meio, na maioria das vezes esse tempo se estende por dois anos ou mais.

Todavia, como conta a psicóloga Jéssica Medeiros, tem casos como esse em que, no meio do caminho, a mãe tem um retrocesso e a criança volta à casa lar. Com isso, ou o processo com a mãe começa do zero novamente, ou tenta-se a reinserção com outro parente da família nuclear ou extensa.

O grande problema desse estágio da adoção, como já foi supracitado, é a corrida contra o tempo, pois apesar da necessidade de voltar a criança para o convívio familiar, os anos vão passando e ela vai crescendo. O Farmacêutico George Harisson, um dos nossos entrevistados, falou o seguinte acerca da demora do processo de destituição da criança da sua família biológica “A burocracia anda em círculo devido à desvinculação da criança no processo de destituição, e quanto mais a criança cresce, mais difícil fica”. Para ele, esse processo não deveria ter um prazo estimado, mas sim depender do comprometimento da mãe em se reabilitar e receber seu filho novamente, a fim de que a Vara da Infância consiga perceber quando haverá ou não possibilidade daquela criança voltar para sua família biológica.

Dessa forma, como a idade mais desejada pelos adotantes é de até quatro anos, esse procedimento dificulta cada vez mais a adoção dela caso o juiz dê o parecer da destituição do poder familiar ao ver que nenhum parente tem condições ou desejo de ficar com a criança.

Fora isso, quanto menor a criança chegar à Casa Lar para ser adotada, mais fácil é sua adaptação e convívio com a nova família, seja homo ou heterossexual, pois, o entendimento sobre o que aconteceu na sua vida é bem menor, e conseqüentemente são menores também as questões existentes na cabeça de um infante ainda imaturo e indefeso. Ao contrário disso, quando chegam já na adolescência, o sentimento de revolta é bem maior, pois eles têm uma compreensão do que aconteceu com eles e a resignificação é mais complicada.

Dessa maneira, nem todos os pretendentes têm condições emocionais e afetivas para lidar com situações como a de negligência, morte dos pais biológicos e violação de direitos, trazidas pelos jovens. Como afirma a psicóloga Jéssica Medeiros, uma de nossas entrevistadas:

Quando são crianças menores é sempre muito mais rápido. Tiveram dois casos de crianças com faixa etária de até quatro anos que com uma semana de convívio com a nova família não queriam nem saber da gente. Querem estar

com o casal pretendente, se identificam... Quando a gente se depara com adolescente é bem mais problemático, porque o adolescente já tem total compreensão do que está acontecendo na vida dele. É um sentimento de rejeição e muitos questionamentos “Por que comigo?” (MEDEIROS, 2018).

Justamente pela falta de preparação, quando os adotantes começam ter os encontros com as crianças, é necessário um efetivo acompanhamento por parte da equipe técnica, e isso exige um mínimo de duas semanas, para saber como está sendo. No início, esses encontros acontecem na Casa Lar, e posteriormente, eles saem sozinhos para tomar um sorvete ou ir ao shopping, por exemplo, e sempre a equipe institucional pede um *feedback* tanto da criança quanto dos pretendentes para saber como anda o processo.

Entretanto, muitas vezes, por falta de maturidade emocional, os interessados em adotar, sejam homossexuais ou heterossexuais, acabam deixando passar questões importantes e que poderiam ser resolvidas, inclusive, por saberem que a instituição é medida de proteção da criança. Então, se é percebido alguma atitude que ponha em risco a vida e bem-estar dela, imediatamente isso é averiguado e sinalizado ao juiz para ele ver se realmente poderá ocorrer a adoção.

Se isso não acontece, a probabilidade de haver insucesso e a criança ser devolvida para adoção é imensa. Como conta a psicóloga Jéssica Medeiros, uma de nossas entrevistadas:

Muitos pais chegam com uma expectativa sobre criança e se surpreendem negativamente, pois esperam que ela se adapte as regras da casa no tempo deles e não no do adotado, e atenda a todos os seus anseios. Quando na verdade essa criança está institucionalizada há, pelo menos, dois anos e antes disso já sofreu violações dos seus direitos, como foi falado, ou seja, carrega uma bagagem imensa nas costas. (MEDEIROS, 2018)

Isto posto, quando o infante volta à casa lar de um processo de adoção mal sucedido, ocorre uma regressão imensa do seu quadro emocional. A psicóloga Jéssica Medeiros comentou também do caso de um casal heterossexual que adotou duas meninas não muito pequenas, e com mais ou menos uma semana voltou para devolver as crianças com um discurso alarmante de que não aguentava mais nem sabia o que era capaz de fazer com elas.

As crianças se vincularam totalmente a esse casal, então para mim a chegada delas aqui está entre o top cinco dos momentos mais difíceis desde a minha chegada à unidade de acolhimento. Elas choravam muito, ficaram em posição fetal dentro da sala, foi terrível. Foi devastador do ponto de vista emocional para essas crianças, coisa que poderia ter sido evitada caso tivesse acontecido um acompanhamento efetivo dessa família (MEDEIROS, 2018).

Além desse caso, teve outro de um casal homossexual de São Paulo que adotou um adolescente de 17 anos, também homossexual, mas como o processo foi bastante atropelado, não obteve êxito da mesma forma.

Por isso, para complementar essa informação, o coordenador do projeto Aldeia Infantil SOS Brasil, Frans Johan disse que há uma luta enorme deles com o juiz a fim de conseguir mais tempo para essa adaptação da criança com a nova família, pois apesar de as pessoas pensarem ser muito simples essa etapa é essencial para o sucesso da adoção.

Ao contrário disso, a falta de sucesso de uma adoção deixa o infante com cada vez menos perspectiva de conseguir uma nova família, devido à idade que vai se avançando, e entra, nesse caso, mais um desafio para as instituições que acolhem esses adolescentes: o que fazer com esses jovens quando eles completam dezoito anos e precisam sair da casa lar?. Segundo o Coordenador Frans Johan, muitos deles vão atrás de alguém da família para os acolherem ou acabam indo viver nas ruas, tornando-se vulneráveis a entrar no mundo das drogas e do crime para sobreviverem.

Assim, de acordo com o coordenador da Aldeia Infantil SOS, o que deveria existir era uma espécie de república para aqueles jovens os quais vêm do acolhimento e que ainda não estão preparados para a vida adulta, onde se começa a trabalhar e preparar-se para essa nova fase, tendo uma permanência máxima de até vinte e um anos completos. Porém, infelizmente esse projeto se limita apenas ao papel.

O que eles conseguiram agora, junto aos órgãos competentes, devido à impossibilidade da existência de uma república em um curto espaço de tempo, é o aluguel social para esses jovens, isto é, uma ajuda de custo no valor de um salário mínimo durante seis meses, podendo ser prorrogado. Esta lei, número 6.473, era aplicada apenas em situações de calamidade pública, mas entendeu-se que os jovens não podem ser responsabilizados pela ausência do Estado na vida deles.

Assim, um dos maiores de idade acolhidos pela ONG recebeu o primeiro aluguel social na primeira semana de novembro de 2018 e ficará sendo acompanhado pelo CREAS, ou seja, uma grande conquista foi efetivada.

Além disso, a psicóloga Jéssica Medeiros disse que já está existindo uma articulação com a Promotoria de Direitos Humanos para que esses jovens sejam inseridos no público prioritário dos programas de habitação da cidade. Ela salienta:

Eu acho que quando a gente está trabalhando com serviços que efetivam direitos, temos sempre que ser muito insatisfeito para poder questionar e provocar, expor o que está acontecendo... A promotoria foi muito parceira, mas se a gente não tivesse provocado e questionado eles fariam de outra forma, tentando garantir a república (MEDEIROS, 2018).

Dessa forma, percebe-se que o objetivo das unidades de acolhimento é preparar esses jovens para a vida adulta e lutar para a justiça conceder uma ajuda de custo para que eles possam dar continuidade à vida, procurar um trabalho e posteriormente caminharem com suas próprias pernas.

3.3.3 A longa e dolorosa espera

Diante da análise do processo de adoção de ambos os modelos de famílias observados nesse trabalho e que estavam nos trâmites legais para conseguir adotar, foi perceptível a difícil realidade de conseguir ter o perfil de família adotante. Como disse o casal Cristina Carolina e Mario Vinícius, “a demora em entrar na lista é grande, pois o Estado realiza uma investigação profunda sobre os possíveis adotantes, mas reconhecemos a necessidade desses procedimentos para melhor garantir a segurança das crianças”.

Por outro lado, os representantes da Casa Lar alegaram que essa demora ocorre devido à insuficiência de profissionais como assistente social e psicóloga para trabalhar na Vara da Infância e da Juventude, tendo em vista a grande demanda recebida por eles. Essa realidade é percebida e confirmada tanto por casais heterossexuais como por casais homossexuais.

O casal citado no primeiro parágrafo nos contou que está na fila para adotar há mais de três anos, contudo, até hoje não conseguiu realizar esse grande sonho devido à existência da “adoção à brasileira”.

Essa adoção consiste em um indivíduo ou casal interceptar uma criança antes dela chegar ao poder da justiça, impedindo os recém-nascidos de serem adotados pelo meio legal, como foi falado de forma mais detalhada na parte 3.1 desse trabalho.

Assim, os indivíduos interceptadores dos infantes ficam com eles escondidos por cerca de um ano, para depois, com a ajuda de um advogado, entrarem com o pedido de guarda, justificando já ter firmado laços afetivos com o bebê e também alegando o consentimento da mãe biológica sobre essa atitude.

Vale salientar que essas duas realidades apresentadas acima, tanto a espera para conseguir entrar na fila, quanto a espera pelo aparecimento de uma criança que atenda às especificações feitas pelo casal, assim como os desafios processuais, legais e burocráticos, em si, são os mesmos para pais homossexuais e heterossexuais.

Assim sendo, o grande problema dessa espera está nas expectativas formadas nos casais adotantes e nas crianças a serem adotadas, pois, o desejo de formar uma família e de pertencer a uma é algo inexplicável que acaba sendo frustrado, inicialmente, pela demora. Nosso entrevistado, George Harisson, farmacêutico, comentou sobre isso dizendo: “eu passei quatro anos e onze meses na fila de adoção para conseguir adotar uma criança e cheguei a perder as esperanças devido tanta demora e improdutividade”. É importante ainda, enfatizar a alegação feita pelos casais e pelos representantes da Casa Lar entrevistados quando foi dito que não existe demora no processo em si, ou seja, depois que a criança entra na fila de adoção e os pais adotantes também.

Nessas considerações de fila e tempo de espera, a realidade para os casais homoafetivos e heterossexuais são as mesmas, sem maiores entraves burocrático para aquele, ou menos para este. Ou seja, são relações tratadas de igual para igual que sofrem pelos mesmos problemas em geral.

Não obstante, é prudente dizer que a espera dos casais homossexuais só foi igualada aos heterossexuais depois de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal equiparou as duas relações e considerou os casais homoafetivos uma entidade familiar assim como as entidades compostas por homens e mulheres.

3.3.3.1 A falta de honestidade da sociedade:

Cristiana e Mario, casal já citado, no momento em que falavam sobre a “adoção à brasileira”, afirmaram a permanência dessa atitude, que é difícil para todo modelo de casal ou indivíduo destinado a adotar devido à falta de honestidade, empatia e paciência de boa parte dos pretendentes à adoção, pois usam de má fé para burlar a lei.

De acordo com eles, essa realidade só continua existindo, pois muitos casais ainda utilizam esse método paralelo de adoção, errado e impiedoso com os outros que estão de maneira legal tentando adotar e por isso muitas vezes passam anos na fila sem conseguir uma criança, mesmo não exigindo desta muitas especificações, que no caso de Cristiana e Mario se limitava à idade, no caso, cinco anos.

3.3.4 O primeiro contato

Caracterizado como uma das etapas finais do processo de adoção, o desenvolvimento do vínculo entre a criança e os seus possíveis pais adotivos é um componente vital para o devido sucesso da socialização entre ambas as partes.

Para tanto, os interessados que já passaram por todos os procedimentos legais necessários são direcionados, pela respectiva Vara da Infância e da Juventude, a uma criança ou jovem específico que atenda aos requisitos por eles postos no início do seu processo de adoção. No caso da cidade de Natal-RN, a 2ª Vara da Infância e da Juventude é a responsável por organizar tais demandas.

Assim, como a chegada a essa fase do processo adotivo é precedida, geralmente, por uma longa fila de espera até a localização de uma criança ou jovem que se encaixem no perfil desejado, quando é chegado o momento de conhecê-la ou conhecê-lo, a alegria e euforia tomam conta.

Dessa forma, os pretendentes primeiro são direcionados para a casa de acolhimento. Nela, eles somente terão contato com os profissionais, os quais passarão tanto as informações sobre a criança ou adolescente em questão, como sobre o que envolve essa nova etapa e a reafirmação das questões atreladas à adoção.

Após o êxito dessa primeira conversa, a assistente social da Casa Lar vai visitar a residência dos interessados e, após constarem que esta se configura como um ambiente saudável e propício para a inserção de um indivíduo em processo de formação, é planejado o cronograma de visitas.

Porém, antes que o primeiro contato entre ambas as partes seja efetivado, os profissionais da respectiva casa de acolhimento irão ter uma conversa com o infante a ser adotado pelos requerentes. Nela, eles irão expor a situação em andamento, e, principalmente, falar sobre os seus possíveis novos progenitores.

Nesse sentido, quando os envolvidos que desejam adotar são um casal homossexual, de acordo com a experiência da psicóloga e do coordenador da Aldeia Infantil SOS Brasil em Natal/RN, as crianças e os adolescentes lidam bem com a situação, não apresentando resistência. Na verdade, eles ficam felizes por ganharem uma nova família, independente da orientação sexual dos adotantes.

Sendo assim, passados esses procedimentos, o resultado é a ocorrência dos primeiros contatos entre as partes de acordo com um cronograma pré-estabelecido pela assistência psicossocial oferecida nas unidades de acolhimento. Este momento é de suma importância para a ocorrência de um fortalecimento, de maneira gradativa, do vínculo entre as crianças e os seus possíveis genitores, abrindo espaço para situações de maior envolvimento social e afetivo.

Então, ao se atingir tal etapa, é constatada a construção de um vínculo forte entre as partes e a casa de acolhimento já pode sinalizar ao juiz à liberação definitiva da criança, ou adolescente.

Porém, o que se vê na realidade, segundo os depoimentos dos integrantes da Aldeia Infantil, é o afunilamento dessa última fase, ou seja, os passos descritos no último parágrafo são reduzidos a um tempo ínfimo de convivência e o juiz já libera a saída da respectiva criança ou adolescente sem que haja a efetivação de vínculos afetivos e emocionais entre as partes.

Assim, a consequência é a rejeição das crianças, de forma especial, pois, não há o devido amadurecimento dos relacionamentos. Dessa forma, ao estarem inseridos em um contexto de contato diário, como não houve o devido preparo ou conhecimento por parte dos pretendentes, o resultado é a volta desses jovens à casa de acolhimento e um

grave retrocesso no desenvolvimento cognitivo desses jovens, como foi retratado no tópico 3.3.1 e 3.3.2 desse trabalho.

No contexto de uma adoção por casais do mesmo sexo, tais situações não se tornam necessariamente menos incidentes. Inclusive, uma das reflexões expressas pelo coordenador da Aldeia Infantil em sua entrevista foi sobre a quebra de paradigmas quanto ao preceito enraizado de que casais homoafetivos estariam mais predispostos à adoção, e por isso, mais abertos e com uma menor exigência de perfis adotivos.

Logo, da mesma forma que outros indivíduos e casais heterossexuais dispostos à adoção, seus maiores desafios no contexto de um primeiro contato são problemas de cunho vinculativo.

3.3.5 A adaptação da criança

Dentre as maiores dificuldades de um processo adotivo bem sucedido, está a adaptação da criança, que na realidade, como disse a psicóloga Jéssica Medeiros, “não são as crianças quem devem se adaptar aos pais, mas sim os pais as crianças”, e essa adaptação ocorre primeiramente no encontro inicial entre os possíveis adotantes e os possíveis adotados.

Depois, a parte mais importante do processo, que foi explicada mais detalhadamente na parte 3.3.2 desse trabalho, é quando as crianças têm um maior acesso aos pais para saírem e se divertirem juntos, a fim de começar a construir e estreitar os laços entre as partes.

Assim, é importante repetir que nessa etapa da relação é onde começam a aparecer as maiores dificuldade, as quais devem ser relatadas aos membros da casa de acolhimento que estão auxiliando o processo para que ele não seja mal sucedido futuramente, evitando a devolução das crianças e um sentimento de rejeição pela segunda vez, o que sempre pode acarretar em um forte abalo emocional.

Depois, quando todos esses processos iniciais são concluídos com sucesso e enfim a criança chega à casa de seus pais, como disse o casal Carlos Henrique e Wagner da Matta, a adaptação diária começa: “mesmo hoje, nossas filhas, uma com 17 e a outra com 14, ainda vivemos uma constante adaptação”. É importante lembrar também que esses processos não ocorrem simplesmente do dia para noite ou de uma maneira

simplória, mas sim, de uma forma complexa e rebuscada, envolvendo uma relação de amor, maturidade e compreensão que dura para sempre.

Isto posto, durante esse amadurecimento da relação entre pais e filhos ocorre diversas coisas, dentre elas o reconhecimento de defeitos e qualidades de ambas as partes, que são dificultadas no relacionamento quanto mais velha for a criança ou o adolescente adotado. Contudo, isso deve ser superado de forma sensata, equilibrada e consciente, para que essa relação se torne a mais natural possível.

Esse também é o momento em que ocorrem situações ruins devido às frustrações ainda não superadas em sua totalidade pelo infante, a exemplo, quando Carlos Henrique relatou que sua filha mais velha, ao entrar no carro pela primeira vez com ele e com Wagner, seu companheiro, disse que eles não eram os pais de verdade delas. Frases como essa, se não dialogadas e amadurecidas previamente, ao longo do tempo, podem levar a um grande abalo emocional por parte das crianças e dos pais.

Portanto, é possível perceber que a paternidade/maternidade é um eterno aprendizado, ou seja, um processo diário de amadurecimento das relações entre pais e filhos que envolve diferentes conhecimentos e realidades anteriormente vividas por cada um presente naquela relação. Então, dia após dia os integrantes vão estreitando e aperfeiçoando os laços familiares de forma contínua e perene.

4 CONCLUSÃO

Ao final desse trabalho sobre “A adoção de crianças em Natal/RN: A evolução dos direitos adquiridos quanto à adoção de crianças por casais homossexuais e a comparação em relação a casais heterossexuais”, proposto pelo professor doutor Rasland Luna, foi possível fazer um apanhado histórico dos direitos conquistados pelos homossexuais.

Inicialmente, a grande conquista rumo à adoção foi dada pela Ministra do STF, Cármen Lúcia, quanto à equiparação, por unanimidade, da união homossexual à união estável entre homem e mulher, e o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como verdadeira entidade familiar. Depois, o CNJ reafirmou o entendimento ao permitir o casamento civil entre homossexuais, assim como a possibilidade de conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis. A partir disso, eles

puderam constituir uma família como qualquer outra e resguardar seus direitos com o devido amparo legal.

Além disso, fizemos também uma análise do processo de adoção por casais de ambos os sexos, bem como os consequentes problemas burocráticos e legais enfrentados por eles, a fim de perceber se ainda há ou não diferença entre as adoções por casais de ambas as orientações sexuais.

Para isso, a princípio, foi analisado o contexto que leva as mães a doarem seus filhos e casais a adotarem. Assim, chegamos à conclusão que muitas mães resolvem doar por não terem condições financeiras, psicológicas, nem apoio familiar para a criação. As pessoas cujo desejo em adotar se faz presente, por sua vez, decidem adotar por consequência da impossibilidade de gerar um filho, como no caso dos casais homossexuais, dos heterossexuais que têm algum problema fisiológico, ou mesmo pela simples vontade de passar por essa experiência.

Essas mães que decidem doar, em virtude do desconhecimento e assistência do Estado acerca da entrega correta das crianças, acabam realizando o processo da maneira equivocada, doando seus filhos para pessoas de boa aparência na esperança de oferecerem uma vida digna a eles.

Essa forma paralela, denominada de “adoção à brasileira”, é responsável por impedir a chegada de muitas crianças ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Por isso, os pais que seguem o processo da forma correta, isto é, de acordo com a lei, passam longos anos esperando aparecer uma criança de acordo com suas especificações.

Quando a criança é entregue para os órgãos competentes, como o Conselho Tutelar e Vara da Infância e da Juventude, são encaminhadas para unidades de acolhimento. Lá, o primeiro passo da psicóloga, junto à assistente social, é tentar fortalecer a família com o apoio de órgãos como o CREAS, o CRAS e o CAPS, e devolver essa criança ao seio familiar, seja a mãe, aos avós, ao pai, aos tios.

O grande dilema desse estágio da adoção é a corrida contra o tempo, pois, apesar da necessidade de devolver a criança para o convívio familiar, na medida em que ela se torna mais velha ultrapassa a idade mais desejada pelos adotantes, que é de até quatro anos, dificultando cada vez mais a adoção dela por outra família caso o juiz dê o parecer da destituição do poder familiar ao ver que nenhum parente tem condições ou desejo de ficar com a criança.

Dessa maneira, depois que o juiz dá o parecer, o infante está apto a ser adotado.

A partir de toda a explanação acima, entendeu-se que após o julgado do STF em 2011, quando a ministra Cármen Lúcia reconheceu a união entre casais homossexuais como núcleo familiar, eles passaram a ser tratados de forma equitativa pela justiça e, portanto, enfrentam os mesmos problemas burocráticos com relação à adoção que os casais heterossexuais.

Diante disso, ao aparecer uma nova família, seja ela qual for, primeiramente a assistência psicossocial fornecida pelas unidades de acolhimento conversa com os pais sobre as características da criança e com a criança sobre as características dos pais, e faz um cronograma de encontros com a(s) criança(s) ou adolescente(s) a ser(em) adotado(s).

Nesse sentido, quando os envolvidos que desejam adotar são um casal homossexual, as crianças e os adolescentes lidam, teoricamente, bem com a situação, não apresentando resistência. Na verdade, eles estão interessados em ganhar uma nova família, independente da orientação sexual dos adotantes.

Assim, os supostos adotantes e adotados começam a se relacionar de maneira gradativa, a fim de estreitar os laços afetivos e resolver possíveis entraves que venham a surgir.

Porém, nem todos os pais, sejam homossexuais ou heterossexuais, têm maturidade emocional para relatar quando as coisas não estão acontecendo como deveriam e acabam deixando passar questões importantes por saberem que a instituição é medida de proteção da criança, sempre.

Se esse *feedback* não acontece, a probabilidade de haver insucesso e a criança ser devolvida para adoção é imensa. Isso porque os pais esperam que a criança se adapte a eles e atenda a todos os seus anseios, mas na verdade essa criança está institucionalizada há, pelo menos, dois anos e antes disso já sofreu violações dos seus direitos, ou seja, carrega uma bagagem imensa nas costas.

Assim, uma adoção sem sucesso significa para elas uma segunda rejeição, uma descrença na possibilidade de uma nova adoção devido à idade avançada, e por isso um grande retrocesso no desenvolvimento cognitivo.

Ainda, no contexto de uma adoção por casais do mesmo sexo, tais situações não se tornam necessariamente menos incidentes, apesar de que casais homoafetivos estão mais predispostos à adoção, e por isso, mais abertos e com uma menor exigência.

Quando há o sucesso na adoção e a criança chega a sua nova casa, começa o processo de convivência diária entre pais e filhos e surge assim o reconhecimento de defeitos e qualidades de ambas as partes, que são dificultados no relacionamento quanto mais velha for a criança ou o adolescente adotado. Contudo, isso deve ser superado de forma sensata, equilibrada e consciente, para que essa relação se torne a mais natural possível, pois a paternidade/maternidade é um eterno exercício de aprendizagem e renúncia.

Outro grande dilema enfrentado pelas unidades de acolhimento é sobre o que fazer com os jovens atendidos quando eles atingem os dezoito anos, porque precisam ser desligados da casa lar, mas ao mesmo tempo não estão preparados para a vida adulta.

O que deveria acontecer, segundo o coordenador da Aldeia Infantil Franz Johan, é a existência de uma espécie de república para a permanência desses jovens até os vinte e um anos, quando pudessem se manter e seguir a vida. Porém, infelizmente, a realidade é que muitos deles, por não terem perspectiva alguma, acabam indo morar nas ruas, tornando-se vulneráveis a entrar no mundo das drogas e do crime para poderem sobreviver.

Inconformados com essa realidade, os membros da Aldeia Infantil SOS Brasil de Natal/RN, juntamente aos órgãos competentes, conseguiram da justiça o pagamento de um aluguel social para esses jovens, isto é, uma ajuda de custo no valor de um salário mínimo durante seis meses, podendo ser prorrogado.

Isso porque o projeto de construção de repúblicas não será consolidado em um curto espaço de tempo e os jovens não podem ser responsabilizados pela ausência do Estado na vida deles.

E não para por aí, a psicóloga da organização disse que já está existindo uma articulação com a Promotoria de Direitos Humanos para que esses jovens sejam inseridos no público prioritário dos programas de habitação da cidade.

Dessa forma, percebe-se que o ilustre objetivo das unidades de acolhimento é preparar esses jovens para a vida adulta e lutar para a justiça conceder a eles direitos os quais foram negados historicamente.

Nesse sentido, em nossa opinião, deve ser aumentada a quantidade de profissionais na Vara da Infância e da Juventude para se adequarem à demanda recebida e também deve haver campanhas socioeducativas com o objetivo de instruir as mães que desejam doar seus filhos, pois só assim cessará a morosidade do processo e as crianças poderão ter uma família para viver de forma digna, garantindo seus direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Silvano do Bonfim. **Homossexualidade, direito e religião:** da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bonfim_\(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_d_e_Morte_a_Uniao_Estavel\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bonfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_d_e_Morte_a_Uniao_Estavel).pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Art. 226, § 3 da Constituição Federal de 88.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10645006/paragrafo-3-artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Art. 5º.** Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_5_as_p>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8069/90. **Art. 13, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10618641/artigo-13-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8069/90. **Art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615981/artigo-42-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8069/90. **Art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615666/artigo-43-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 10406/02. **Art. 1.726 do Código Civil.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613623/artigo-1726-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 447 Distrito Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 rio de janeiro**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro nacional permite traçar o perfil da adoção no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/66375-cadastro-nacional-permite-tracar-o-perfil-da-adoacao-no-brasil->>. Acesso em: 24 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Casais homoafetivos são o equivalente a 10% dos que adotam em Natal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83511-casais-homoafetivos-sao-o-equivalente-a-10-dos-que-adotam-em-natal>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 175**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

CRUZ, Carlos Henrique Souza da. **Duas filhas, dois pais: Histórias e desafios da primeira adoção homoafetiva brasileira**. 1.ed. Natal: Sapiens, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%20homoafetiva.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

FÁBIO, André Cabette. **A trajetória e as conquistas do movimento LGBT brasileiro**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/06/17/A-trajet%C3%B3ria-e-as-conquistas-do-movimento-LGBT-brasileirofbclid=IwAR12k8v4IXSz1Scgg6A8lf99NRKXp7uoqD_ey-ftYdHxPjYd_OXSecdN0kw>. Acesso em: 01 de nov 2018.

FONSECA, Cláudia. **Mães “abandonantes”**: fragmentos de uma história silenciada. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a02v20n1>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

MENEZES, Karla Luna de; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Mães doadoras: motivos e sentimentos subjacentes à doação. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 3, p. 935-965, 2011. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2018.

GOMES, Jerusa. **Família e socialização**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100010>. Acesso em: 05 nov. 2018.

GONÇALVES, Rainer. **História da homossexualidade**. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/historiahomossexualidade.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Homossexualidade, **Mundo educação**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/psicologia/homossexualidade.htm>>. Acesso em: 1 fev. 2019.

LEAO, Flavia Elso et al . Mulheres que entregam seus filhos para adoção: um estudo documental. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 276-283, ago. 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692014000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. **Rev. Estud. Fem.** Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 509-521, set. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 fev. 2019.

NATAL. **Decreto n.º 10.352 de 15 de julho de 2014**. Disponível em: <http://portal.natal.rn.gov.br/anexos/publicacao/legislacao/Decreto_20140716_10352_.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

PEREIRA, Eliane. **A evolução da homossexualidade: a história de um preconceito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58411/a-evolucao-da-homossexualidade-a-historia-de-um-preconceito>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

PICKETT, Brent. **Homosexuality**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/homosexuality/>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ROVER, Tadeu. **Cármem Lúcia reconhece adoção, sem restrição de idade, por casal gay**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/carmen-lucia-reconhece-adocao-restricao-idade-casal-gay>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DOS CONTRATOS DE UNIÃO ESTÁVEL: REFLEXOS NO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

*Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes*¹

RESUMO

A aplicação do regime de comunhão parcial às uniões estáveis no que concerne à exigência de vênua para alienação de bens imóveis é um assunto ainda controverso. No presente artigo, utiliza-se o método de abordagem dedutivo para analisar a possibilidade de anulação dos negócios jurídicos de alienação quando não há a participação do convivente, tal como sói ocorrer diante da falta da outorga uxória ou marital quando o regime de casamento é o de comunhão parcial. Verificou-se que, na prática, o direito dos conviventes tem sido preterido em nome da proteção de terceiros de boa-fé que, de resto, não contam com uma forma segura de saber se o alienante vive em união estável. A análise das recentes decisões do STJ indica a necessidade de averbação do contrato de convivência na matrícula do imóvel como forma de conceder eficácia ao direito do convivente de se opor à alienação do bem. Conclui-se que a ausência de lei que imponha esse dever aos conviventes compromete a segurança jurídica das alienações, motivo pelo qual se faz necessário e urgente que o legislador preencha essa lacuna normativa dando mais um passo rumo à efetiva proteção patrimonial dos conviventes.

Palavras Chave: Direito de família. União estável. Regime de comunhão parcial. Outorga convivencial. Direito notarial e Registral.

THE *ERGA OMNES* EFFECTIVENESS OF THE COHABITATION CONTRACTS: REFLEXIONS ON THE NOTARIAL AND REGISTRATION LAW

ABSTRACT

¹ Docente do curso de Direito do UNI-RN, disciplinas da área cível, com e-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

The application of the regime of partial community to stable unions regarding the requirement of authorization for the sale of imovable property is still a controversial subject. In this article, we use the deductive approach method to analyze the possibility of annulment of the alienation when there is no participation of the cohabitant, as occurs in the absence of authorization when the marriage regime is that of partial community. We find that, in practice, the rights of cohabitants have been deprecated in the name of protecting third parties who do not have a secure way of knowing whether the seller lives in cohabitation. The analysis of the recent decisions of the STJ indicates the need to endorse the contract of cohabitation in the registration of the property to grant effectiveness to the right of cohabitant to prevent its sale. It is concluded that the absence of a law that imposes this duty on cohabitants, compromises the legal certainty of sales, making it necessary and urgent for the legislator to fill this normative gap, taking one more step towards the effective patrimonial protection of cohabitants.

Keywords: Family law. Stable union. Regime of partial community. Consent of the cohabitant. Notarial and Registration law.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos para o Direito de Família ao reconhecer a união estável como uma das formas de constituição de família, passando a gozar da proteção estatal.

Não obstante a equiparação alcançada, não há uma completa coincidência entre os institutos, sendo vedado apenas o estabelecimento de preferências ou de superioridade do casamento em relação a qualquer outra forma de constituição de família.

Em sede de legislação ordinária, e em consonância com os ditames da carta constitucional, determinou-se a incidência do regime de comunhão parcial de bens às uniões livres em casos de dissolução.

A problemática norteadora desse artigo surgiu em razão da necessidade de compreender qual o limite da incidência do regime de comunhão parcial de bens à união estável, sob o ponto de vista da outorga uxória ou marital exigida às pessoas casadas quando das alienações de bens imóveis. A ausência de outorga, por si só, é suficiente

para anular o negócio jurídico, independentemente da boa-fé do adquirente? Os contratos de convivência podem atingir efeitos *erga omnes*?

Para elucidar a problemática formulada, utilizou-se o método dedutivo, na medida em que o ponto de partida utilizado foi a extensão do regime de bens do casamento às uniões informais para chegarmos à conclusão de que, no caso específico da exigência de outorga para venda de bens imóveis, se faz necessária a adoção de medidas outras para a garantia efetiva desse direito. Como técnica de pesquisa, além da bibliográfica, foi utilizada a análise jurisprudencial do assunto no âmbito do STJ.

Inicia-se, portanto, com a análise da evolução do instituto da união estável desde a promulgação da CF/88, passando pelas leis que se encarregaram de sua regulamentar (Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96), até finalmente chegar ao Código Civil atual (Lei 10.406/2002), com sua genérica e confusa determinação para que se aplique à união estável as mesmas regras do casamento em regime de comunhão parcial “no que couber”.

Também mereceu menção o Novo Código de Processo Civil, por trazer dispositivo prevendo expressamente a necessidade de autorização do convivente para a propositura de ação que verse sobre direito real imobiliário.

Na sequência, analisamos a questão da validade do negócio jurídico entabulado sem a vênua do outro convivente, mostrando a tendência jurisprudencial de proteger o adquirente de boa-fé que não conta com um meio seguro de saber da eventual existência de união estável quando o próprio alienante se declara solteiro.

Concluimos, com base em recente decisão do STJ, que o negócio jurídico entabulado sem vênua convivencial deve ser reputado válido se o convivente prejudicado não tomou a precaução de dar publicidade à existência de copropriedade sobre os bens imóveis, o que pode ser feito mediante simples averbação do contrato de convivência no Registro Imobiliário.

Defende-se, por fim, a tese de que é necessário e possível a exigência da publicização das uniões livres, visto que se coaduna com o sistema de proteção do terceiro de boa-fé e com a crescente valorização da atividade notarial e registral como elemento essencial à obtenção da segurança almejada pelo nosso ordenamento.

2 ASPECTOS GERAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal de 1988 foi o marco na ampliação do espectro de famílias protegidas pelo Estado, ao reconhecer, ao lado do casamento e da família monoparental, as uniões informais antes denominadas concubinato, retirando-lhes a pecha de relações aventureiras e assemelhando-a às justas núpcias.

Convencionou-se, assim, denominar União Estável², as uniões públicas, contínuas e duradouras, com aparência de casamento, desde que ausentes impedimentos matrimoniais, o que exclui de tal denominação as relações adúlteras e as incestuosas (AZEVEDO, 2019).

Vigia no Brasil, contudo, à época da promulgação da Constituição, o Código Civil de 1916, que, fortemente influenciado pelo Código Napoleônico, não só ignorava as relações de fato como também denominava ilegítima as famílias que optavam por essa forma de constituição e ilegítimos os filhos delas advindos.

Fazia-se necessário, portanto, a regulamentação do recém-criado instituto, tarefa que demorou seis longos anos para ser concluída. Durante todo o interregno de lacuna legislativa que precedeu a edição da Lei 8.971/94, como a primeira lei destinada a regulamentar a união estável, esforçou-se o Estado-juiz para guiar o caminho da efetiva elevação da união estável à condição de entidade familiar, passando a reconhecer a existência de esforço comum para a aquisição do patrimônio e o direito aos alimentos, outrora camuflados sob a denominação de indenização por serviços prestados (MADALENO, 2018).

Embora pioneira, a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, não se desincumbiu de regulamentar a partilha dos bens nas situações de união estável, vez que tratou somente do direito aos alimentos e à sucessão entre os companheiros, além de estabelecer um lapso temporal mínimo de 5 anos para reconhecimento da união, deixando, mais uma vez, ao julgador a tarefa de atribuir, ou não, efeito material à união informal em caso de dissolução judicial. Nesse âmbito, as divergências de entendimento

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

observadas entre os tribunais brasileiros, culminou com a edição da Súmula 380³ pelo Supremo Tribunal.

Somente em maio de 1996, com o advento da Lei 9.278, ficou finalmente estabelecido um regime de comunhão de bens entre os conviventes, nos moldes do regime de comunhão parcial aplicado ao casamento, abrangendo todos os bens móveis e imóveis, desde que adquiridos onerosamente durante a união, aplicando-se a presunção de esforço comum e passando a pertencer a ambos, em condomínio de partes iguais⁴, abolindo-se, inclusive, a exigência de tempo mínimo de união como requisito para obtenção da proteção estatal.

Não se cuidou nesse diploma legal, da necessidade de comprovação da colaboração, mas de hipótese de presunção absoluta, afastando a possibilidade de um companheiro demonstrar que o outro não contribuiu financeiramente para a aquisição, ou que a contribuição não se deu de forma igualitária, posto que a contribuição pode ocorrer também de forma imaterial.

Desde então, tem-se notado poucos avanços em matéria de união estável, vez que o Código Civil de 2002, ao tratar expressamente do instituto, limitou-se a recepcionar as regras contidas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, perdendo a oportunidade de atribuir eficácia *erga omnes* aos contratos de convivência, sanando uma polêmica doutrinária e jurisprudencial, há muito instaurada, quanto à possibilidade de exigência de autorização do outro convivente para a prática de atos de alienação de bens imóveis, a exemplo da outorga uxória ou marital exigida para pessoas casadas em regime diverso da separação absoluta, consoante preceito contido no art. 1.647 do CC/02⁵.

Em contrapartida, o Novo Código de Processo Civil tratou de equalizar a união estável ao casamento ao exigir a outorga do companheiro para pleitear, como autor ou réu, acerca de bens ou direitos relativos à imóveis, desde que a união esteja comprovada

³ Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

⁴ Lei 9.278/96. Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

⁵ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

nos autos do processo, conforme se depreende da leitura do art. 73, § 3º da Lei 13.105/2015⁶, pacificando as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes no caso específico do inciso II do artigo 1.647.

Sanada a controvérsia no âmbito instrumental, persiste a lacuna no que tange a atos puramente materiais, como a venda ou outros atos de alienações de bens imóveis e a doação de bem comum. Na tentativa de contribuir para elucidação da problemática ora apresentada, faz-se necessário tecer breves considerações sobre os efeitos patrimoniais da união estável no nosso ordenamento.

3 EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, em face do seu reconhecimento como entidade familiar, passou a produzir efeitos pessoais e patrimoniais para os companheiros, os quais encontram-se previstos, principalmente, no Código Civil.

No que concerne aos direitos patrimoniais, observa-se uma quase identidade entre o casamento e a união livre, vez que em ambos há liberdade de escolha do regime de bens, possibilidade de firmar contrato de convivência e incidência do regime de comunhão parcial de bens quando os noivos, assim como também os conviventes, eximirem-se da escolha do regime (DIAS, 2016).

Cria-se, deste modo, através da incidência legal do regime de comunhão parcial, um estado de condomínio entre os conviventes, denominado mancomunhão, que transforma em propriedade comum todo e qualquer bem adquirido por qualquer um deles, ainda que em nome próprio, devendo ser partilhado por metade em caso de dissolução do vínculo, visto que há uma presunção *juris et de jure* de comunicabilidade, tal qual ocorre no casamento, cedendo lugar apenas às exceções legais previstas nos arts. 1.659⁷

⁶ Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.

⁷ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

e 1.661⁸ do Código Civil.

As semelhanças, contudo, param por aí. Ao estabelecer a necessidade de uma autorização dada por um dos cônjuges, denominada vênia ou outorga conjugal, para que o outro possa praticar atos de disposição ou de constituição de ônus reais sobre bens imóveis, o Código Civil não estendeu expressamente aos companheiros a mesma exigência, criando uma situação desvantajosa para os conviventes, vez que torna mais difícil prevenirem-se de atos que acarretem a dilapidação do patrimônio do casal, principalmente quando perpetrados com o objetivo de burlar o direito de meação do outro par.

Mais adiante, porém, no título reservado à união estável, o Código Civil traz preceito normativo que parece vir em socorro dos conviventes, acendendo importante debate doutrinário acerca de sua exegese. Trata-se do art. 1.725 do Código Civil, que preceitua, logo no *caput*, que, na união estável, deve-se aplicar às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens, salvo a existência de contrato escrito entre os companheiros⁹. Discute-se se a norma contida no art. 1.725 atinge a obrigatoriedade de o convivente conceder ao outro sua outorga para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, hipótese prevista, especificamente, no art. 1.647, I, do Código Civil.

Tal debate, para além de interessante discussão doutrinária, encerra um importante efeito prático, consubstanciado na possibilidade de anulação de transferência do bem em face da ausência de consentimento do companheiro, conforme permissivo contido no art. 1.649 do Código Civil¹⁰, aplicável aos cônjuges.

Em um primeiro exame da questão, verifica-se que o preceito contido no art. 1.647 supracitado encerra uma norma restritiva de direitos, motivo pelo qual, ao se referir aos cônjuges, não pode sofrer interpretação extensiva ou por analogia para

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

⁸ Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

⁹ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

¹⁰ Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

alcançar os casais que optaram pela união livre de quaisquer formalidades legais (TARTUCE, 2019).

Tal entendimento é compartilhado pela profa. Giselda Hironaka (HIRONAKA *apud* TARTUCE, 2019) para quem a expressão “no que couber” deve ser interpretada apenas como uma proibição de se criar normas totalmente incompatíveis com o regime de comunhão parcial que incide para o casamento, com o intuito de aplicá-las somente para a união estável.

Para uma segunda corrente, no entanto, a expressão “no que couber” torna obrigatória a exigência de outorga também nos casos de união estável, como aliás já decidiu, anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 755.830/ SP¹¹.

Como defensora dessa segunda corrente, destaca-se Maria Berenice Dias, para quem a limitação contida no art. 1.647, I, aplica-se a todas as uniões, sejam elas formais e livres, desde que regidas pelo regime de comunhão parcial de bens, vez que a regra prende-se ao regime e não à forma escolhida para a união (DIAS, 2016).

A questão é demais controvertida, mormente quando se tem em mente que o nosso sistema, no que concerne à propriedade imobiliária, se pauta pelo princípio da publicidade, reconhecendo que os direitos reais só passam a existir com o registro do respectivo título, conferindo-lhes validade *erga omnes*.

Do mesmo modo, o registro civil de pessoas naturais confere publicidade a fatos, situações ou relações jurídicas que repercutem, não apenas na esfera do indivíduo, mas em toda a sociedade (LOUREIRO, 2019).

Sendo assim, apenas o casamento, e não a união estável, tem o condão de criar certeza por parte dos interessados quanto ao estado civil dos contratantes e o regime de bens aplicável, visto ser um ato jurídico solene que gera presunção de publicidade do estado civil. A união estável, mesmo quando celebrada por escritura pública, não goza do mesmo status, vez que não promove a automática alteração do estado da pessoa nem dos seus documentos de identificação.

¹¹ “Processo civil. Execução fiscal. Penhora de bem imóvel em condomínio. Exigência de consentimento dos demais. 1. A lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos. 2. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3.º, da CF), nos termos da Lei 9.278/1996. 3. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 755.830/ SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.11.2006, DJ 1.º.12.2006, p. 291).

Não se trata de outorgar à união estável tratamento diferenciado. Se por um lado a lei busca dar efetividade ao regime de comunhão de bens aplicado aos conviventes, por outro não pode descuidar da proteção conferida pelo ordenamento ao terceiro de boa-fé. Estabelece-se, desse modo, um conflito entre o direito do adquirente que não tem meios para saber da situação fática vivida pelo alienante e, do outro, o direito do coproprietário que não figura no título de propriedade, face à inexistência de norma a obrigar que o registro dos bens imóveis das pessoas em união estável seja feito em nome de ambos os conviventes.

Cumpra-se, portanto, analisar se é possível anular os atos de alienação de bens imóveis praticados por apenas um dos conviventes sem a outorga convivencial do outro, tarefa à qual dedica-se o capítulo seguinte.

4 DA AUSÊNCIA DE VÊNIA CONVIVENCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PERANTE TERCEIROS

Um dos aspectos mais polêmicos da união estável consiste na necessidade de proteção do terceiro que contrata com pessoa que vive em união estável, isso porque, em se tratando de matrimônio, o Diploma Civil contém norma expressa, disposta no art. 1.649 e incisos, do Código Civil de 2002, a indicar a anulabilidade de alguns atos praticados por pessoa casada sem consentimento do seu consorte, o mesmo não ocorrendo na seara das uniões informais.

Indaga-se, portanto, se a ausência de consentimento do companheiro é causa suficiente a permitir a anulação do ato jurídico praticado. Para Zeno Veloso, a venda perpetrada sem anuência do companheiro é ato inexistente, visto que feita por quem não era dono (pelo menos em parte), ensejando a aplicação do art. 1.268, 1ª parte¹². Para o autor, nem a boa-fé do adquirente é capaz de salvar o negócio que teve por base um ato ilícito, que poderá reclamar a indenização pelos danos materiais sofridos sem prejuízo da responsabilização criminal do vendedor (VELOSO, 2002).

Na opinião de Cristiano Chaves, porém, o negócio jurídico é plenamente válido, pois, considerando-se o caráter meramente fático da união estável e da

¹² Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

dificuldade de estabelecer seus limites temporais, não há como vincular terceiros, salvo na hipótese em que reste comprovado que tinha conhecimento da união (FARIAS, 2018). De resto, o problema entre os companheiros pode ser resolvido no âmbito da responsabilidade civil, devendo o alienante indenizar o companheiro lesado pelo dano material experimentado.

Se é certo que a divergência causa insegurança e põe em risco o direito de meação dos conviventes, melhor não é a sorte daquele que contrata com pessoa que vive em união estável. Qualquer que seja a solução apontada gerará injustiça para uma das partes

Por um lado, ao se reconhecer a validade do negócio jurídico celebrado sem a anuência do convivente, prejudica-se aquele que colaborou na aquisição do bem, criando injustificada diferença entre a proteção da família formada pelo casamento ou pela união estável.

Por outro lado, se considerada anulável a venda, restará prejudicado o terceiro, a quem a lei só considera imprudente se não se desincumbir da tarefa de descobrir o estado civil do alienante ou a existência de ações de cobrança que possa eivar de vícios o negócio jurídico praticado.

Na dúvida entre quem proteger, o Direito opta pela proteção do adquirente de boa-fé e imprime validade ao negócio (NICOLAU, 2015), mantendo intacto o sistema de proteção que permeia nosso Código Civil em vários dos seus dispositivos, a exemplo do que ocorre em caso de venda fraudulenta de bens (art. 159)¹³, realização de negócio com terceiro que desconhece a revogação do mandato (art. 686)¹⁴ e do adquirente da posse de bem que originalmente fora esbulhado (art. 1.212)¹⁵.

Nesse diapasão, é salutar fazer referência ao Recurso Especial 952.141/RS que concluiu a favor do terceiro de boa-fé que, desconhecendo que o devedor vivia em união estável, recebeu o imóvel como garantia¹⁶.

¹³ Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

¹⁴ Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.

¹⁵ Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

¹⁶ Penhora. Bem dado em hipoteca. Devedor que vivia em união estável. Desconhecimento do credor. Validade da hipoteca. 1. Os efeitos patrimoniais da união estável são semelhantes aos do casamento em

A tendência de se proteger o terceiro de boa-fé justifica-se, no entendimento de Gustavo Nicolau, na necessidade de amparo de toda a sociedade (NICILAU, 2015), criando-se a legítima expectativa de confirmação dos negócios celebrados dentro dos ditames da prudência, advindo daí a necessidade de se conceder ampla publicidade às uniões, já que o contrato de convivência, por si só, não muda o estado civil dos contratantes e prescinde de averbação no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O próprio STJ, em recente decisão (REsp 1.424.275/MT), reconheceu ser válida a alienação de imóvel comum, celebrado sem a outorga convivencial, ao argumento de que não se pode descurar o resguardo dos interesses de terceiros de boa-fé, já que o reconhecimento da necessidade de consentimento não pode perder de vista o fato de que a união estável não requer formalidades para sua constituição¹⁷.

Debruçando-se sobre a mesma problemática, bem observou Maria Berenice Dias que é difícil encontrar uma justificativa para anulação do negócio jurídico diante da ausência de norma que obrigue o registro do imóvel comum em nome de ambos os conviventes, restando ao prejudicado o reconhecimento da ineficácia do ato em relação à sua metade (DIAS, 2016).

Não se vislumbra, atualmente, alternativa que não seja a que já previa a Lei 9.278/96 em sua redação original. É que no art. 4º¹⁸, a citada lei trazia e exigência do registro do contrato de convivência no Cartório de Registro Civil de modo a conferir ao ato eficácia contra terceiros. Tal dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso através da Mensagem nº 420, de 10.5.1996, ao argumento de que essa amplitude de efeitos conferido ao contrato de criação de união estável acabaria por ferir mortalmente a intenção do legislador de garantir efeitos

comunhão parcial de bens (Art. 1.725 do novo Código Civil). 2. Não deve ser preservada a meação da companheira do devedor que agiu de má-fé, omitindo viver em união estável para oferecer bem do casal em hipoteca, sob pena de sacrifício da segurança jurídica e prejuízo do credor (STJ, REsp 952.141/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 28.06.2007, DJ 01.08.2007, p. 491).

¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C NULIDADE DE REGISTRO - UNIÃO ESTÁVEL - VENDA DE IMÓVEL A TERCEIRO DE BOA-FÉ - OUTORGA UXÓRIA - DESNECESSIDADE - NEGOCIAÇÃO VÁLIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A outorga uxória da companheira é uma exigência legal que não se aplica à hipótese de união estável, com relação a venda de bem imóvel a terceiro de boa fé. (STJ, REsp 1.424.275/MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.12.2014, DJe 16.12.2014).

¹⁸ Lei. 9.278/96. Art. 4º (VETADO). Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se, se for o caso, comunicação do Cartório de Registro de Imóveis, para averbação.

somente *a posteriori* a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar.

O tempo se encarregou de mostrar o equívoco de tais alegações. Em nome de uma busca cega pela igualdade entre o casamento e a união estável, acabou-se por criar uma subespécie de regime de comunhão parcial de bens, posto que não garante ao convivente a mesma proteção garantida ao cônjuge com relação à sua meação.

No capítulo seguinte abordam-se os atos notariais e registrais que pertinem ao tema abordado.

5 A UNIÃO ESTÁVEL E SEUS REFLEXOS NOTARIAIS E REGISTRAIS

Malgrado ter o Código Civil de 2002 atribuído à união estável o mesmo direito condominial de propriedade aplicado às pessoas casadas, a realidade nos mostra que a proteção dos conviventes se encontra, ainda, em patamar bem inferior.

A diferença entre os institutos repousa, justamente, no seu aspecto formal. Enquanto o casamento é ato jurídico formal e solene, a união estável é uma situação de fato à qual o ordenamento concedeu certos efeitos jurídicos.

Sendo assim, somente o casamento pode ser levado ao Registro Civil de Pessoas Naturais que é, em suma, na lição de Luiz Guilherme Loureiro, o repositório dos atos que definem o estado de uma pessoa física (LOUREIRO, 2019). A união estável, pelo fato de não alterar o estado civil dos conviventes, tem sua forma própria de formalização, seja através de escritura pública de declaração de união ou contrato particular. A primeira será firmada no Cartório de Notas, enquanto a segunda pode ser levada a registro no Cartório de Títulos e Documentos.

Serve o registro civil de casamento, dentre outras utilidades, para fazer prova da existência e eficácia do regime de bens do casamento escolhido pelos cônjuges, mas a oponibilidade desse regime “depende de inscrição no Registro de Imóveis, servindo a certidão do registro civil como título para tal registro”. (LOUREIRO, 2019, p. 161)

Explica-se: quando o adquirente de um bem imóvel é casado, a escritura de compra e venda, obrigatoriamente, fará menção ao nome do cônjuge e ao regime de bens do casamento; mas se vive em união estável, declarará seu estado civil de solteiro, já que não existe o estado civil de convivente, e nenhuma menção se fará na escritura ao nome do seu companheiro. Posteriormente, quando as escrituras tiverem ingresso no fólio

Imobiliário, as informações se farão constar, também, do registro na matrícula do imóvel, o que significa que, no primeiro caso, face à oponibilidade *erga omnes* do regime de bens, o imóvel pertencerá ao casal. No segundo, pertencerá a uma só pessoa, podendo ela praticar livremente todos os atos de disposição do bem, sem consentimento de seu convivente, podendo levar, conforme já verificado, a discussões sobre a validade do ato.

É, sem dúvida, uma situação causadora de insegurança jurídica e que poderia ter sido evitada com a obrigatoriedade de publicidade da união estável, conforme já preceituava o dispositivo revogado da Lei 9.278/96.

Insta destacar que o Provimento nº 37/2014 do CNJ que regulamentou o registro da união estável no cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais (Livro E), não o tornou obrigatório, deixando claro, no seu art.5º¹⁹, que os efeitos são limitados às partes contratantes.

Na esteira desse entendimento, as recentes decisões proferidas pelo STJ apontam para a valorização do critério da publicidade da união estável, única forma de dar efetividade ao regime de bens escolhido na união e, a mesmo tempo, proteger o terceiro contratante de boa-fé. Em consequência, não havendo registro imobiliário em que inscritos os imóveis objetos de alienação em relação à copropriedade ou à existência de união estável, tampouco qualquer prova de má-fé dos adquirentes dos bens, deve-se reconhecer a validade do negócio jurídico celebrado.

É que no casamento, segundo lições do prof. Rolf Madaleno, o negócio jurídico depende da assinatura do cônjuge para se consolidar, enquanto na união estável, a mera omissão da existência da convivência pelo vendedor, se também desconhecida pelo comprador, convalida a venda em detrimento do parceiro ludibriado (MADALENO, 2018).

¹⁹ Provimento 37/2014 (CNJ). Art. 5º. O registro de união estável decorrente de escritura pública de reconhecimento ou extinção produzirá efeitos patrimoniais entre os companheiros, não prejudicando terceiros que não tiverem participado da escritura pública.

O voto esclarecedor da lavra no Min. Marco Aurélio Bellizze²⁰, explica que a questão deve ser analisada sob o enfoque de como o alienante dos imóveis se apresentava perante a sociedade. Se o imóvel estava registrado apenas em seu nome e não havia contrato de convivência averbado no Cartório Imobiliário, deve-se presumir a boa-fé dos adquirentes, mormente diante da constatação de que o alienante se apresentava perante a sociedade na condição de solteiro.

Impende concluir que estamos diante de uma terceira corrente, um meio termo que põe fim ao impasse, endossado pelas divergências doutrinárias e jurisprudenciais já

²⁰ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA C.C. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. 1. ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS ADQUIRIDOS DURANTE A CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. ANUÊNCIA DO OUTRO CONVIVENTE. OBSERVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.647, I, E 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. 2. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO SEM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS COMPANHEIROS. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA INFORMALIDADE INERENTE AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL. 3. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE CONVIVÊNCIA REGISTRADO EM CARTÓRIO, BEM COMO DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. MANUTENÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE SE IMPÕE, ASSEGURANDO-SE, CONTUDO, À AUTORA O DIREITO DE PLEITEAR PERDAS E DANOS EM AÇÃO PRÓPRIA. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Revela-se indispensável a autorização de ambos os conviventes para alienação de bens imóveis adquiridos durante a constância da união estável, considerando o que preceitua o art. 5º da Lei n. 9.278/1996, que estabelece que os referidos bens pertencem a ambos, em condomínio e em partes iguais, bem como em razão da aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens, dentre as quais se insere a da outorga conjugal, a teor do que dispõem os arts. 1.647, I, e 1.725, ambos do Código Civil, garantindo-se, assim, a proteção do patrimônio da respectiva entidade familiar. 2. Não obstante a necessidade de outorga convivencial, diante das peculiaridades próprias do instituto da união estável, deve-se observar a necessidade de proteção do terceiro de boa-fé, porquanto, ao contrário do que ocorre no regime jurídico do casamento, em que se tem um ato formal (cartorário) e solene, o qual confere ampla publicidade acerca do estado civil dos contratantes, na união estável há preponderantemente uma informalidade no vínculo entre os conviventes, que não exige qualquer documento, caracterizando-se apenas pela convivência pública, contínua e duradoura. 3. Na hipótese dos autos, não havia registro imobiliário em que inscritos os imóveis objetos de alienação em relação à copropriedade ou à existência de união estável, tampouco qualquer prova de má-fé dos adquirentes dos bens, circunstância que impõe o reconhecimento da validade dos negócios jurídicos celebrados, a fim de proteger o terceiro de boa-fé, assegurando-se à autora/recorrente o direito de buscar as perdas e danos na ação de dissolução de união estável c.c partilha, a qual já foi, inclusive, ajuizada. 4. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.592.072/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3º Turma, j. 21.11.2017, DJe 18.12.2017)

apontadas, de ter que optar entre causar prejuízo ao adquirente ou à convivente preterida pela vênua.

Contra a solução apontada, poder-se-ia argumentar, precipitadamente, que exigir dos conviventes a celebração e publicização de um contrato de convivência, seja através do seu registro no Cartório de Registro Civil ou através da sua averbação no Cartório de Registro de Imóveis, desnatura a união estável importando em admitir a existência de um verdadeiro casamento de segundo grau.

A insurgência não tem razão de ser. Exigir uma forma segura e com efeito *erga omnes* para a união estável não torna as pessoas casadas, ao contrário, só reafirma a validade desse desejo, contando com a vantagem de conferir segurança jurídica tanto aos próprios conviventes quanto aos terceiros. “A informalidade da união estável deve prosseguir até o ponto em que não haja prejuízo a terceiros de boa-fé que pretendem negociar com os conviventes” (NICOLAU, 2015, p. 124). De resto, tal providência só será útil e necessária àqueles casais que vierem a adquirir imóveis na constância da união, podendo os demais manterem suas uniões no estado de informalidade no qual já se encontravam.

De fato, tal solução é a que melhor se coaduna com o sistema jurídico vigente, pois não se pode imputar a terceiros de boa-fé conhecer a existência de união estável entabulada entre o alienante e outrem na falta de registro cartorário da situação familiar. É, aliás, o que se afere do teor do art. 54, parágrafo único²¹ da Lei nº 13.097/2015.

Caso não haja tal averbação, impõem-se a manutenção do negócio jurídico, reconhecendo-se que o imprudente, nesse caso, seria o convivente, e não o terceiro adquirente do imóvel, pois se é certo que deve-se zelar pela aplicação das regras atinentes à comunhão parcial de bens, na forma do art. 1.725 do Código Civil, dentre as quais se insere aquela do art. 1.647, também não se deve descurar, naturalmente, o resguardo dos interesses de terceiros de boa-fé, já que o reconhecimento da necessidade

²¹ Lei 13.097/2015. Art. 54. Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

de consentimento não pode perder vista às peculiaridades da formação da união estável, que não requer formalidades especiais para a sua constituição.

Conclui-se, assim, pela razoabilidade de exigir também a devida publicização da união estável, assim como ocorre com o casamento.

6 CONCLUSÃO

Em face do exposto, pode-se concluir que o reconhecimento da união estável representou um grande avanço em matéria de Direito de Família, abolindo o conceito de família ilegítima presente no Código Civil de 1916 e estendendo a proteção estatal àqueles que vivem em um relacionamento estável com o objetivo de constituir família.

A CF/88, contudo, não definiu o instituto ou indicou seus requisitos, deixando a tarefa nas mãos do legislador ordinário. Assim, seis anos depois da promulgação da Carta Magna, surgiu o primeiro diploma legal que regulamentou o assunto, a Lei 8.791/94.

Preocupou-se a referida lei em estabelecer os critérios para reconhecimento da união (5 anos de convivência ou existência de prole), além de conferir direito de pensão alimentícia e sucessão nos bens do companheiro. Mas somente dois anos depois, a Lei 9.278/96 regulamentou o direito à partilha de bens no caso da dissolução da união, aplicando-se aos companheiros o regime de comunhão parcial de bens. Aboliu-se na oportunidade, o critério temporal de 5 anos.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 possibilitou aos companheiros a ampla possibilidade de escolha do regime de bens que lhes aprouvesse, desde que celebrado contrato de convivência para tanto, aplicando-se as regras pertinentes ao regime de comunhão parcial somente diante da inexistência de convenção.

Dentre as consequências da aplicação do regime de comunhão parcial, duas delas mereceram destaque no presente artigo: a mancomunhão sobre os bens adquiridos na constância da união e; a necessidade de outorga convivencial para alienação dos bens imóveis.

Conforme ficou demonstrado, ausente o consentimento do convivente no caso de alienação de bens imóveis que se presumem comuns, a jurisprudência se depara com o

dilema entre anular o negócio e proteger o direito de meação do convivente, ou mantê-lo em nome da proteção dos adquirentes de boa-fé.

O cerne do problema reside, pois, na publicidade da união, sendo relevante ao deslinde de cada caso concreto a maneira como o alienante se apresenta para a sociedade, visto que a união estável, mesmo declarada em escritura pública, não muda o estado civil dos envolvidos.

A ausência de lei que imponha aos conviventes a obrigação de dar publicidade à existência de propriedade imobiliária comum, compromete a segurança jurídica das alienações, ao mesmo tempo em que deixa o convivente, quando comparado ao cônjuge, em posição de desvantagem na proteção de sua meação.

Nesse cenário, exsurge dos tribunais uma solução simples e prática para a querela, qual seja a de conferir ao interessado a responsabilidade de tornar pública sua qualidade de convivente e proprietário comum dos bens imóveis e, com isso, evitar possíveis lesões.

Desse modo, descuidando-se com relação a providência de averbar o contrato de convivência no Cartório de Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, mantem-se o negócio jurídico intacto, punindo o convivente lesado por sua imprudência, e não o adquirente de boa-fé.

Tal solução se mostra, inclusive, consonante com o atual movimento de valorização das atividades notariais e registras como forma de prevenir litígios e não como uma burocracia imposta pelo Estado para auferir lucros. Se é certo que a atividade demanda remuneração, por outro, compensa o interessado e a sociedade como um todo, em face da segurança jurídica de seus atos.

Por fim, mostra-se necessário e urgente que o legislador preencha essa lacuna normativa dando mais um passo rumo à efetiva proteção patrimonial dos conviventes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. v.6. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

05 de outubro de 1988. Brasília: Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>.

Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.971**, 29 de dezembro de 1994.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 8 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.278**, 10 de maio de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 8 out. 2019.

BRASIL. **Lei 13.097**, 19 de janeiro de 2015. Disponível em :

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm

BRASIL. **Mensagem nº 420**, 10 de maio de 1996. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf>. Acesso em: 8 out. 2019.

BRASIL. **Provimento nº 34 CNJ**, 07 de julho de 2014. Disponível em

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2043.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10 ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 10. ed. ver., atual e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018

NICOLAU, Gustavo. **União estável e casamento: diferenças práticas**. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2015

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **REsp 1.592.072/PR**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3º Turma, j. 21.11.2017, DJe 18.12.2017. Disponível em:

<<http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2018/06/REsp-1.592.072-Aquisicao-de-imovel-e-Anuencia-do-Companheiro.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), **REsp 755.830/ SP**, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.11.2006, DJ 1.º.12.2006, p. 291. Disponível em:

<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/STJ%2004_02_2015.pdf>. Acesso em 25 set. 2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), **REsp 1.424.275/MT**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.12.2014, DJe 16.12.2014. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/STJ%2004_02_2015.pdf> Acesso em 25 set. 2019

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

**A (IN) EXISTÊNCIA DE DIÁLOGO JUDICIAL INTERNACIONAL ENTRE A
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA (IM)
PRESCRITIBILIDADE DOS DELITOS EM MATÉRIA DE VIOLAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS.**

Emmanuelli Karina De Brito Gondim Moura Soares¹

Paulo Hemetério Aragão Silva²

RESUMO

A pesquisa em comento tem como seu objetivo geral, analisar a efetividade do diálogo entre a atividade jurisdicional brasileira, por meio do Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Transnacionais, especificamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na proteção aos direitos humanos com previsão jurídica nos tratados e declarações internacionais. O diálogo internacional é forma de ligar jurisdições, mas também tem sua efetiva importância social, quando por meio das decisões de proteção aos direitos indisponíveis, criam novos paradigmas de proteção, pois o diálogo transforma a sociedade mediante uma nova perspectiva de mundo e de nascimento de direitos. Assim, o diálogo transjurisdicional, juntamente com a incorporação de tratados de proteção aos direitos humanos, no ordenamento jurídico interno do país, bem como o controle de convencionalidade exercido pela atividade jurisdicional, são formas de minimizar as distâncias entre países na proteção aos direitos humanos, bem como reafirmar a soberania dos Estados, quanto a escolha do diálogo, na transformação de um constitucionalismo internacional. Entretanto, percebe-se que o Brasil ainda necessita dialogar no que tange ao reconhecimento e efetividade da proteção aos direitos humanos no âmbito jurídico interno. O Brasil necessita dá continuidade a efetividade da

¹ Mestre em Direito Constitucional, na linha de Direito Internacional pela UFRN, advogada e professora da UNIRN e UNIFACEX.

² Mestre em Direito Constitucional, na linha de Direito Internacional pela UFRN, advogado e professor do UNIFACEX.

democracia e proteção ao ser humano, por meio da atividade do Estado, e o diálogo transjurisdicional é um dos meios importantes dessa concretização.

Palavras Chaves: Diálogo transjurisdicional. Direitos Humanos. Soberania Nacional.

ABSTRACT

The research in question has as its general objective, to analyze the effectiveness of the dialogue between the Brazilian judicial activity, through the Federal Supreme Court and the Transnational Courts, specifically, the Inter-American Court of Human Rights, in the protection of the human rights foreseen. in international treaties and declarations. International dialogue is a way of linking jurisdictions, but it also has its effective social importance when, by means of decisions to protect unavailable rights, they create new paradigms of protection, because dialogue transforms society through a new perspective. of world and birth of rights. Thus, cross-jurisdictional dialogue, coupled with the incorporation of human rights protection treaties into the country's domestic legal system, as well as the control of conventionality exercised by judicial activity, are ways of minimizing the distances between countries in the protection of human rights. as well as reaffirming the sovereignty of the States, as regards the choice of dialogue, in the transformation of an international constitutionalism. However, it is clear that Brazil still needs to talk about the recognition and effectiveness of the protection of human rights in the internal legal framework. Brazil needs to continue the effectiveness of democracy and protection of the human being through state activity, and cross-jurisdictional dialogue is one of the important means of this realization.

Key Words: Transjurisdictional Dialogue. Human rights. National sovereignty

1 INTRODUÇÃO

Diálogo é um termo que exprime relação, ligação. Aqui nessa pesquisa, a expressão diálogo, busca alcançar as interações entre os órgãos judiciais em nível internacional, comumente denominadas de diálogo judicial internacional ou diálogos

transjurisdicionais, busca-se perceber o nível de interação entre os órgãos judiciais transnacionais. Se há algum intercâmbio entre esses órgãos, especialmente em temas muito delicados, como a tutela dos Direitos Humanos, o que possibilita a constituição de uma rede universal de proteção dos Direitos Humanos.

No primeiro tópico, analisa-se o significado de diálogo transjurisdicional e a sua previsão no texto constitucional, sendo que o diálogo judicial pode ser nacional ou internacional. Discutindo-se os ensinamentos da pesquisadora Anne-Marie Slaughter.

Já no segundo tópico, abordar-se o direito como fenômeno que não possui fronteiras, especialmente com os avanços tecnológicos. Com isso, deve-se redefinir o conceito clássico de soberania. Sendo necessário o diálogo judicial internacional, como forma de combater de modo efetivo os ilícitos transnacionais.

No terceiro tópico, cuida-se do controle de convencionalidade como sendo um mecanismo de reafirmação da soberania Estatal e de fortalecimento dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, através da intensificação dos diálogos judiciais internacionais.

Por fim, o quarto tópico, trata da análise da (in) existência de diálogo transjurisdicional entre a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal, no que se refere a questão acerca da (im) prescritibilidade dos delitos envolvendo violações aos Direitos Humanos. Para isso, buscou-se julgados da Corte Interamericana e do STF sobre o tema (im) prescritibilidade das ofensas aos Direitos Humanos.

Sendo realizado um sucinto cotejamento desses entendimentos para só então, auferir se existe ou não diálogo entre a corte suprema brasileira e a corte do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

2 SIGNIFICADO DO DIÁLOGO E PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIÁLOGO TRANSJURISDICIONAL

Diálogo é a fusão das palavras gregas “dia” e “logos”, significando a palavra dia, “através” e a palavra logos “relação”, relacionamento, ou seja, é através do diálogo que há a circulação de sentidos e significados. Nesse sentido, o diálogo tem o condão de estabelecer, bem como de fortalecer, vínculos e ligações.

Consoante à escola de diálogo, diálogo é mais do que uma técnica, é uma maneira de **conduzir conversações que traz uma nova visão de mundo**, de relacionamentos e de processos. Ao mesmo tempo, retoma práticas ancestrais de contato e de integração de grupos.³

O diálogo judicial internacional ou diálogo transjurisdicional é a forma de estabelecer o diálogo entre jurisdições, sejam elas jurisdições nacionais, sejam elas jurisdições internacionais. E esse tema tem muita importância e repercussão social, pois como citado, o significado do diálogo vai além da necessidade nas relações, o diálogo também transforma a sociedade, através de uma nova perspectiva de mundo.

Assim, pode-se refletir acerca do exercício da jurisdição no estabelecimento do diálogo transjurisdicional, pois há de se analisar se o Direito deve ser considerado um fenômeno puramente nacional, através de uma soberania constitucional, ou se esse diálogo entre jurisdições, sejam elas nacionais ou internacionais, é necessário e complementa o sentido de soberania que é determinada à esse Estado.

Deve-se analisar se esse fortalecimento da soberania Estatal, está ligado à autonomia do Estado em estabelecer o diálogo transjurisdicional.

Nesse sentido, os diálogos transjurisdicionais serão eventos espontâneos, desenvolvidos entre diferentes ordens jurídicas que vão se comunicar em busca de solucionar problemas comuns, encontrando respostas para tais problemas.⁴

As peculiaridades regionais, em um mesmo país, são uma realidade, em se tratando do nosso país, Brasil, país de grande diversidade cultural, mais ainda, por isso necessitamos do diálogo entre Cortes, para modificar paradigmas e muitas vezes interpretar preceitos normativos, por meio de experiências e ideias que trazem valores sociais diversos, estabelecendo, em contrapartida, novos direitos. Ou seja, pode-se considerar que o diálogo modifica, bem como pode até estabelecer novos direitos.

A partir dessa análise, urge classificar o diálogo entre sistemas jurídicos nacionais ou internacionais, como “diplomacia judicial”, consoante estabeleceu o Ministro César

³ ESCOLA DE DIÁLOGO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.escoladedialogo.com.br/dialogo.asp?id=2>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁴ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: Uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dd943b1d5882bf9>> Acesso em: 08.04.2018.

Peluso no II Congresso da Conferência Mundial sobre justiça constitucional, senão vejamos:

O diálogo entre sistemas jurídicos nacionais tem um nome: **diplomacia judicial**. Está claro que com ele eu não estou me referindo à política externa definida e executada pelos Poderes Executivos. Entendo a diplomacia judiciária como o **conjunto das relações e interações entre cortes domésticas e estrangeiras**, com vistas ao aprimoramento da atuação jurisdicional diante das novas realidades produzidas pela crescente interdependência das nações.”⁵

É perceptível a aproximação de pessoas, através dos novos meios de comunicação que proporcionam o contato e experiências com indivíduos que estão em outras cidades, outros Estados, bem como em outros países. Sendo mais do que necessária à interação entre as Cortes nacionais e internacionais, com fins de estabelecer não só uma cooperação jurídica, mais também estabelecer regras de conduta nessas relações que se formam, entre indivíduos de lugares diferentes, através de um diálogo transjurisdicional.

Assim, o diálogo transjurisdicional se fará entre Tribunais Internacionais, bem como entre tribunais estrangeiros. Os tribunais internacionais serão criados através de tratados de Direito Internacional, cuja a jurisdição será reconhecida pelos países que forem signatários desses tratados, no caso do Brasil, sendo signatário do Pacto de San José da Costa Rica, estará o mesmo reconhecendo a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os Tribunais estrangeiros, exercem a jurisdição em seus respectivos países, tendo as sentenças estrangeiras repercussão em seu território, podendo ser matéria de diálogo em outros países, e tal diálogo é uma das demonstrações de soberania, pois o país que se abre, demonstrando o poder de escolha na percepção de novos direitos, bem como de novas decisões, demonstra a sua autonomia de governo.

⁵ Congresso de Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional. Pronunciamento do Ministro Cesar Peluso no II Congresso da Conferência Mundial Sobre Justiça Constitucional entre os dias 16 e 18 de Janeiro de 2011. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232. Acesso em: 08 abr. 2018.

A pesquisadora Anne-Marie Slaughter (2003), citada por Luiz Claudio Coni (2012), analisando o diálogo transjudicial, entre jurisdições, apresenta suas formas e formatos, através de uma trilogia de comunicação, quais sejam:

Comunicação Horizontal, comunicação entre cortes da mesma estatura, nacionais ou supranacionais;

Comunicação vertical, cortes nacionais e cortes supranacionais. Comunicação que se dá através dos tratados, que criam os tribunais supranacionais com jurisdição especializada, que se sobrepõe a jurisdição dos Tribunais nacionais locais.

Comunicação Vertical-horizontal, Tribunal supranacional sendo facilitador no diálogo horizontal entre tribunais.⁶

O diálogo internacional se apresentando, através de uma comunicação horizontal, será realizado entre Cortes da mesma abrangência, de mesma envergadura, nesse sentido, esse diálogo será possível entre Tribunais de nacionalidades diferentes, dialogando acerca de direitos, reconhecendo-os referentes às mais variadas demandas sociais.

O diálogo transjurisdicional vertical, será aquele efetuado entre cortes nacionais e supranacionais, tal comunicação tem como fundamento os tratados dos quais os países se tornaram signatários, reconhecendo, em função da vinculação aos tratados, a jurisdição da corte internacional, em determinado país.

O Diálogo vertical-horizontal, seria aquele em que um tribunal supranacional, vai intermediar o diálogo horizontal entre tribunais constitucionais.

O exemplo emblemático do diálogo vertical entre um tribunal nacional norte americano e um tribunal supranacional, foi o caso LAWRENSE Vs. TEXAS, julgamento ocorrido em 26/03/2003, pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

Supremo Tribunal norte-americano, por decisão majoritária, fundamentou a sua decisão, através de argumentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando em seu voto, o Juiz Anthony Kennedy, afirmou que os homossexuais, devem ter seus direitos protegidos, incluindo-se o direito de se envolverem em conduta íntima e

⁶ CONI, Luis Claudio. Diplomacia Judicial por Luis Claudio Coni. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php>>. Acesso em: 05 maio 2018.

consensual, baseando a sua decisão na proteção aos direitos humanos em um contexto internacional.⁷

O diálogo consoante apresentado, estabelece uma forma de comunicação, bem como garantia de direitos, esse diálogo entre jurisdições visa resguardar valores como a proteção aos direitos humanos, à dignidade, a vida, a liberdade, bem como o acesso à democracia, dentre outros direitos, ou seja, o diálogo entre jurisdições pode ser considerado como a garantia de valores constitucionais através de uma perspectiva universal.

3 DIREITO COMO UM FENÔMENO PURAMENTE NACIONAL, SOBERANIA CONSTITUCIONAL OU NECESSIDADE DE DIÁLOGO TRANSJURISDICIONAL.

Com os avanços tecnológicos as distâncias foram assustadoramente reduzidas, proporcionando uma troca massiva de informações e intensificando as relações sociais a patamares nunca antes vistos na história da humanidade.

Diante desse quadro evolutivo, não há somente benefícios, o desenvolvimento tecnológico pode também ter sua utilização desvirtuada, contribuindo para o aumento da delinquência, em nível não somente nacional, mas em patamar transnacional. Daí surgem os ilícitos transnacionais, que exigem uma maior nível de cooperação jurídica entre os Estados soberanos, e, um maior entrosamento entre os órgãos jurisdicionais (diálogo), contribuindo para uma espécie de padronização de entendimentos (decisões).

Nesse sentido, no cenário atual, não se pode mais compreender o direito como um fenômeno puramente nacional, ou exclusivamente fronteiriço. A efetiva aplicação do direito exige uma constante colaboração entre os Estados, juntamente com um intercâmbio de posicionais, evitando-se, assim, decisões muitas vezes conflitantes, o que acarreta insegurança jurídica internacional, abrindo-se espaço para a impunidade e dificultando a aplicação do direito de modo rápido e efetivo.

⁷ RAMIRES, Maurício. Diálogo **Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.p. 120-121.

Além disso, a noção de soberania no contexto atual, não é idêntica a noção de soberania de Jean Bodin, como sendo o poder absoluto e perpétuo de uma República em sua obra “Os seis Livros da República” (1576).⁸

Devido a novos elementos que reformulam o conceito de soberania, pois internamente a soberania estatal, não é mais o único poder no contexto social. Externamente, o Estado passa a conviver com novas ordens transnacionais, conforme bem acentua o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes em artigo publicado se não vejamos:

No âmbito interno, o Estado, enquanto sujeito dotado de um estatuto especial ou privilegiado, passa a conviver com amplo pluralismo social, processos extrajudiciais e pulverização de princípios ordenadores. No âmbito externo, surgem os ordenamentos supranacionais, que, igualmente, passam a colocar em xeque o modelo dominante de soberania.⁹

Portanto, o diálogo judicial internacional não é incompatível com a compreensão atual de soberania. Pelo contrário, a necessidade de combater todos os desvios de comportamentos, sejam praticados no âmbito interno ou externo de um Estado soberano, requer uma atuação desse ente no sentido de cooperar com outros Estados e manter um constante diálogo entre as ordens jurídicas para propiciar um ambiente de maior efetividade na realização do direito e de segurança jurídica internacional.

O diálogo transjurisdicional, ou diálogo judicial internacional, segundo o autor Maurício Ramires, não deve ser visto apenas como uma manifestação fortuita da prática jurídica ou um subproduto da globalização da economia e das comunicações, pois o diálogo entre jurisdições nacionais e internacionais é um fenômeno ligado à própria tradição do constitucionalismo, revitalizado nas últimas décadas, principalmente após a democratização de alguns países.¹⁰

A redemocratização de alguns países latino-americanos, como o Brasil, fez ressurgir a proteção à Constituição, através da preservação de valores democráticos, de

⁸ Tradução original: “*Les Six Livres de la République*”. Jean Bodin escreve “*la puissance absolue et perpetuelle d’une République*”, livro 1, capítulo VIII.

⁹ MENDES, Gilmar. A Justiça Nos Contextos Supranacionais. In: NEVES, Marcelo (coord.). Transnacionalidade do Direito: Novas perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010, p. 243-244.

¹⁰ _____. Diálogo Judicial Internacional: O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.

garantias fundamentais ao indivíduo, que por sua vez teve a sua grande contrapartida, no pós-segunda guerra mundial, com o surgimento, no contexto internacional, da garantia dos Direitos Humanos.

A nossa Constituição de 1988 dispõe sobre a aplicabilidade e incorporação de normas internacionais no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido o artigo 5º, § 2º da Constituição, disciplina que os direitos e garantias fundamentais resguardados pela nossa Carta, não excluem a aplicabilidade aos tratados de direito internacional de proteção aos direitos humanos, dos quais o nosso país seja parte, senão vejamos:

Art. 5º CF/88

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos nossos)¹¹

Os tratados de Direito Internacional serão incorporados ao nosso ordenamento jurídico através do referendo do Congresso Nacional, passando pelo processo de votação, consoante dispõe o art. 48 da Constituição, tendo a participação do chefe do poder executivo federal, que celebra os tratados internacionais, mais tal normativa só se transforma em lei após o referendo do legislativo.

A previsão na constituição da aplicabilidade das normas dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, já pode ser considerada uma primeira forma de diálogo do ordenamento jurídico interno no ambiente internacional, com outros países signatários, dos mesmos tratados, bem como com as Cortes Internacionais.

Nessa mesma esteira, o artigo 5º, §3º da Constituição Federal reconhece o status constitucional dos Tratados sobre direitos humanos, que forem incorporados através da aprovação qualificada do Congresso Nacional, bem como a possibilidade de deslocamento da competência da Justiça Estadual á Justiça Federal nos casos de grave violação aos Direitos Humanos, consoante dispõe o art. 109, § 5º da Constituição Federal.

Ou seja, também se pode analisar como forma de diálogo a incorporação das normas internacionais que versarem sobre a proteção aos direitos humanos,

¹¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 ago. 2018.

reconhecendo o seu status constitucional, quando forem incorporadas ao nosso ordenamento jurídico com o mesmo quórum qualificado de votação das emendas constitucionais.

Essa previsão constitucional da incorporação dos tratados de direito internacional ao nosso ordenamento jurídico interno, seja através de um status supralegal, ou até constitucional pode ser considerado como garantia da soberania nacional, bem como da realização do diálogo legislativo no âmbito internacional.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA GARANTIA DA SOBERANIA E DO DIÁLOGO TRANSJURISDICIONAL.

Nesse sentido, urge analisar a garantia do resguardo à soberania nacional, através da concretização do controle de convencionalidade realizado pelo Estado brasileiro, refletindo também na concretização do diálogo transjurisdicional.

O controle de convencionalidade será feito quando houver uma análise quanto à adequação da lei do nosso ordenamento jurídico interno, aos tratados internacionais sobre direitos humanos, dos quais o nosso país, Brasil, seja signatário.

Consoante dispõe Mazzuoli, o controle de convencionalidade se apresenta como necessário desde a emenda constitucional nº 45/2004, à nossa Constituição federal, senão vejamos:

Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5.º, §3.º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, **que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (grifos nossos)**¹²

O controle de convencionalidade atua como um instrumento de adequação das normas internas às normas de Direitos Humanos, decorrentes de tratados inseridos no ordenamento jurídico interno.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.73.

E o controle de constitucionalidade das leis, bem como o de convencionalidade dessas leis, serão necessários, na garantia de um Estado democrático de direitos constitucional, de resguardo aos direitos indisponíveis ao humano.

O controle de convencionalidade pode ser considerado o mecanismo de reafirmação de soberania do Estado, quando o mesmo, se entendendo como Estado democrático, formaliza os tratados internacionais, a partir dessa soberania e põe em prática a concretização desses dispositivos de normas de diálogo, quando vão exercer de fato, esse controle com relação às normas infraconstitucionais. Também se pode considerar que essa forma de concretização desse diálogo, normativo, abre o caminho para o diálogo transjurisdicional de uma forma mais ampla.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade, vai resguardar que o nosso Estado não descumpra as normas de proteção aos direitos humanos, dos quais o país se tornou signatário.

A autora Flávia Piovesan também se manifesta acerca do controle de convencionalidade, como uma forma de diálogo, bem como de garantia da soberania do Estado, posto ser uma escolha do próprio Estado a ratificação dos tratados de proteção aos direitos humanos.

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.¹³

É a boa-fé presente nas normas de diálogo, na garantia do *pacta sunt servanda* e na observância ao *jus cogens*, que se objetiva resguardar as formas de interação internacional, que existem há muito tempo.

Importante também destacar, que Flavia Piovesan traz uma reflexão acerca de uma necessária mudança de paradigma para garantir a efetividade das normas de direitos humanos no contexto interno, dos países para que se reflita no âmbito internacional, defendendo que a cultura jurídica latino-americana deve modificar o

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBCD n.19 – jan/jul, 2012. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf) > Acesso em: 08 maio 2018. p. 24.

paradigma jurídico, do sistema piramidal defendido por Hans Kelsen, onde a Constituição é o ápice do sistema normativo, para o trapézio jurídico, onde a constituição e os tratados de Direito Internacional sobre direitos humanos, devem estar, ambos, lado a lado, no ápice da ordem jurídica.

Nesse sentido, importante trazer a reflexão da autora, senão vejamos:

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.¹⁴

Ou seja, o diálogo normativo, nacional e internacional, bem como o diálogo transjurisdicional, garante a efetividade do Constitucionalismo no contexto mundial, promovendo, por sua vez a soberania dos Estados, quando se abrem a esse diálogo de experiências jurídicas no contexto internacional de garantia e resguardo às normas de Direitos Humanos de forma pacífica, natural, através de uma diplomacia internacional.

Sabendo-se que os Direitos Humanos possuem como característica marcante a universalidade, questiona-se a efetividade dos diálogos judiciais internacionais de proporcionar um ambiente favorável ao surgimento de teoria universal de valores, aplicável a todos os Estados indistintamente.

No final do século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e no fim da primeira metade do século XX, exatamente logo após a segunda grande guerra mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a universalidade dos Direitos Humanos ficou bem evidente, especialmente após as atrocidades praticadas pelos regimes totalitários durante a segunda guerra, a proteção dos Direitos Humanos ganhou relevância jurídica, sendo exigida aos próprios Estados¹⁵.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBCD n.19 – jan/jul, 2012. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf) > Acesso em maio de 2018. p. 3.

¹⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Florianópolis:

A utilidade da convencionalidade das normas jurídicas auxilia no fortalecimento dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, reafirmando a premente necessidade da existência de diálogos transjurisdicionais entre as cortes regionais, globais e nacionais, almejando a construção de uma ordem única de tutela dos Direitos Humanos.

5 SUCINTA ANÁLISE SOBRE A (IN) EXISTÊNCIA DE DIÁLOGOS DA CORTE INTERAMERICANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE (IM) PRESCRITIBILIDADE NOS DELITOS ENVOLVENDO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A prescrição penal é um instituto atrelado a perda do direito de punir do Estado, em virtude da inércia e o transcorrer do tempo¹⁶. Com isso, desaparece o interesse do Estado em punir, em virtude do considerável lapso temporal, o que contribui para o enfraquecimento do alarde social causado pela prática do delito.¹⁷

Dependendo da gravidade do delito, a ordem jurídica pode considerá-lo imprescritível, ou seja, não podendo ser atingido pelo instituto da prescrição. A imprescritibilidade para os críticos pode causar insegurança jurídica, pois deixar em aberto indefinidamente a possibilidade de atuação do *jus puniendi* estatal, contrariando a doutrina que defende a prescritibilidade para todos os ilícitos penais¹⁸. Por outro lado, os defensores da imprescritibilidade argumentam que não há incompatibilidade entre a imprescritibilidade e o direito penal moderno.

De se ver, portanto, estar equivocada a caricaturização da imprescritibilidade e descontextualizadas, ao menos em parte, as críticas de que o instituto estaria em desconformidade com “o direito penal moderno”. Todavia, não se tem conhecimento de penalistas que tenham defendido a imprescritibilidade no país, de maneira enfática, à exceção de Fábio André Guaragni.¹⁹

Universidade Federal de Santa Catarina, 2014, p. 380-381. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dd943b1d5882bf9>. Acesso em: 27 dez. 2018.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal: Parte Geral. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 647.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 29ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 395.

¹⁸ _____. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 396.

¹⁹ SANTOS, Christiano Jorge. Prescrição Penal e Imprescritibilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.88.

Após essa sucinta análise acerca da prescrição e da imprescritibilidade, cabe adentrar no cenário dos diálogos judiciais e seus desdobramentos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal.

Segundo os autores Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber, os Tribunais quanto ao diálogo entre jurisdições podem se dividir em três grupos, os Tribunais abertos ao diálogo; os tribunais medianamente dialogantes; e os tribunais reticentes ao diálogo.²⁰

Os tribunais abertos ao diálogo, seriam aqueles que comumente utilizam jurisprudência nacional, bem como internacional, para fundamentarem as suas decisões, entendendo a importância das mesmas. Os tribunais medianamente dialogantes não consideram a jurisprudência externa importante. Os tribunais reticentes ao diálogo pouco utilizam a jurisprudência externa, entendendo que a mesma deve ser utilizada com muita parcimônia, pois quando utilizadas, apenas auxiliam na fundamentação de suas decisões, não fazendo parte do fundamento das mesmas.

Os autores também dividem a interação entre as Cortes através de três grupos, o da subserviência, o da interação aberta e o da bricolagem.²¹ Segundo os autores, a subserviência entre os tribunais ocorre quando um utiliza a jurisprudência do outro como um norteador das suas decisões, dos seus julgados, tem como nascedouro vinculante de suas decisões. O grupo de tribunais de interação aberta são aqueles que trocam experiências de julgados, construindo um processo de fundamentação em rede, se comunicando no que tange às suas decisões.

Os autores Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber, inclusive citam que a interação aberta, está acontecendo na América Latina, através da interação da Corte Interamericana de direitos humanos e os tribunais da Colômbia, México, Costa Rica e Argentina.²²

²⁰ FIGUEIREDO, Marcelo; GERBER, Konstantin. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**. São Paulo: Lumen Juris, 2016. P. 234-235.

²¹ Idem

²² FIGUEIREDO, Marcelo; GERBER, Konstantin. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**. São Paulo: Lumen Juris, 2016. p. 236

O grupo da bricolagem, segundo os autores Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber, representa a ausência de um verdadeiro diálogo, senão vejamos:

No grupo da bricolagem as citações dos outros tribunais ocorrem sem qualquer adaptação ou desenvolvimento de argumentações, são meras referências que operam no campo numérico (mais citações, mais pesquisa ou erudição) mas, que servem ao final, como meros apoios unilaterais ao que se pretende decidir. Às vezes, inclusive são desnecessárias, equivocadas ou mesmo superadas nos tribunais de origem.²³

Os autores *susos* referidos, trazem esses conceitos, objetivando fazer uma leitura analítica de como o nosso Supremo Tribunal Federal estabelece o diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente.

Nessa reflexão, deve-se ter em mente a importância da análise dessa forma de diálogo entre Cortes Nacionais e Internacionais, no que se refere à observância e aplicabilidade do Direito Interno ou do direito internacional, na proteção aos Direitos Humanos, esse humano, como indivíduo mais importante nessa relação de necessidade do diálogo transjurisdicional.

O foco do diálogo transjurisdicional deverá ser o indivíduo e não o Estado, a soberania do Estado vai estar presente, quando o mesmo adere aos tratados de proteção aos direitos humanos, internaliza no seu poder constituinte originário a previsão à proteção desse indivíduo, em uma perspectiva constitucionalista de direitos fundamentais, dialogando com as normas de proteção aos Direitos Humanos em nível mundial, através dos Tratados de Direito internacional.

Assim, o exercício hermenêutico deve analisar qual será a norma mais importante na proteção dos direitos indisponíveis desse indivíduo, mesmo ser humano, onde quer que se encontre, pois o território será só um detalhe.

Diante dessa análise hermenêutica, os autores Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber, pontuam que, no diálogo transjurisdicional, deve ser observada qual a norma mais benéfica à proteção desse indivíduo, se a norma interna do seu país, ou a

²³ Idem.p. 236.

norma internacional dos tratados, tendo como critérios de análise hermenêutica, princípios como o *pacta sunt servanda* e o *princípio por homini*.²⁴

O princípio do *pacta sunt servanda* trata do cumprimento das normas dos tratados para resguardar a boa-fé do país que cumprem as normas internacionais, advindas de um Tratado, que de forma espontânea aderiu, internalizou essas normas. O princípio *pro homini* é o resguardo aos direitos humanos.

Adentrando-se especificamente no tema desse tópico, após pesquisas de alguns casos de violação dos Direitos Humanos nos Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo submetidos a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se realizar algumas considerações, conforme comentários em seguida.

No caso Velásquez Rodríguez, a Corte Interamericana afirmou que o Estado deve garantir meios adequados para evitar, investigar e punir as condutas violadoras dos Direitos Humanos, consoante a previsão do artigo 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.²⁵

Todavia, no Caso Barrios Altos Vs. Peru, a corte enfrentou uma das questões centrais dessa pesquisa, a imprescritibilidade, tratando expressamente sobre o tema, conforme trecho abaixo.

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁶

Com isso, a Corte Interamericana declarou ineficaz a anistia concedida pelo Estado do Peru, incluindo-se a prescrição, determinando a responsabilização penal dos responsáveis. Segue passagem da decisão:

²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo; GERBER, Konstantin. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**. São Paulo: Lumen Juris, 2016.p. 238-239.

²⁵ Corte Interameircana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, parágrafos 169-174-185.

²⁶ Corte Interameircana de Direitos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Peru, sentença de Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, parágrafo 41.

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.²⁷

No caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, a decisão da Corte Interamericana considerou a imprescritibilidade das violações aos Direitos Humanos norma do *Jus Cogens*, devido à ausência de previsão expressa na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segue o trecho abaixo.

Baseando-se nos parágrafos anteriores, a Corte considera que há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violatório de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *jus cogens* e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional geral.²⁸

Após a análise desses casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui-se que na jurisprudência desse tribunal regional é forte o entendimento de que as violações aos Direitos Humanos não estão sujeitas ao instituto da prescrição penal, pois tais delitos configuram crimes de lesa humanidade, afetando todo ser humano devido a sua gravidade.²⁹

Passando a verificar alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal do Brasil, percebe-se de pronto que a suprema corte brasileira não dialoga com a Corte Interamericana nessa questão da imprescritibilidade das lesões aos Direitos Humanos, consoante denota-se a seguir.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de n. 153, o STF não aceitou os argumentos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionando a extensão da lei da anistia (n. 6.683/79) para os crimes de tortura, desaparecimento

²⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Barrios Altos Vs. Peru*, sentença de Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, parágrafo 44.

²⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, parágrafo 99.

²⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, parágrafo 105.

forçado e homicídios cometidos por agentes do Estado brasileiro. A Ordem aduziu que a lei da anistia não é compatível com a atual ordem constitucional, devido à clara violação aos Direitos Humanos, necessitando de uma interpretação conforme a constituição.

Tendo como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil, não é compatível a lei da anistia (n. 6.683/79) com esse princípio basilar do Estado brasileiro.

O Relator da ADPF 153, Ministro Eros Roberto Grau entendeu que a lei da anistia foi fruto de um acordo político e que todos os envolvidos foram anistiados, incluindo-se os subversivos. Somente através desse acordo, a transição para o regime democrático foi possível, sem que houvesse mais derramamento de sangue.³⁰

Ademais, frisou o Ministro Eros Grau que o Poder Judiciário não pode rever a lei da anistia (n. 6.683/79), pois isso seria papel do Poder Legislativo, sendo uma interferência indevida, conforme trecho do seu voto.

No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.³¹

Com isso, o Ministro relator votou no sentido da improcedência da ADPF 153, mantendo-se a lei da anistia (n. 6.683/79), tendo sido acompanhado pelos ministros, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, pelas ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie, e o presidente do STF, Cesar Peluso. Os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto foram no sentido de que a ação promovida pela OAB era

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Presidente da República. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Diário da Justiça, Brasília, DF 06 de agosto de 2010, p. 37-38. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 28 Dez. 2018.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Presidente da República. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Diário da Justiça, Brasília, DF 06 de agosto de 2010, p. 38. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 28 dez. 2018.

parcialmente procedente. Ao final do julgamento, o plenário do STF entendeu pelo placar de sete a dois, acompanhar o voto do eminente relator.

Essa pesquisa não tem como foco, o estudo aprofundado da ADPF 153. Por isso, não será analisado amiúde o voto do relator e nem dos demais ministros que votaram no julgamento dessa ação de controle concentrado de constitucionalidade. O objetivo é demonstrar que o STF, com esse posicionamento, não quis possibilitar revisão dos atos praticados durante o regime de exceção no Brasil, incluindo-se a tortura, o desaparecimento forçado e os assassinatos.

Se a ação de controle concentrado de constitucionalidade tivesse sido julgada procedente, o Supremo Tribunal Federal acabaria tendo que decidir sobre a questão da (im) prescritibilidade dos atos considerados de lesa humanidade. Podendo decidir em conformidade com o regime internacional da imprescritibilidade ou contrariar tal entendimento.

Outra decisão que aborda de modo mais preciso, a questão (im) prescritibilidade das lesões aos Direitos Humanos diz respeito à prescrição dos crimes contra a humanidade para fins de extradição.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da extradição n. 1362, requerente a República da Argentina, extraditado Salvador Siciliano. Nesse julgado, o STF negou a extradição, sob o argumento de que os delitos praticados pelo extraditando já prescreveram. Desta forma, consoante a exigência da dupla punibilidade, as previsões do Estatuto do Estrangeiro (vigente na época do julgamento) e do tratado de extradição subscrito pelo Brasil e Argentina, que proíbem expressamente a extradição, quando extinta a punibilidade, nesse caso, pela prescrição.³²

Ainda no julgamento da extradição 1362, o STF não considerou a alegação realizada pelo Estado requerente, de que os delitos praticados por Salvador Siciliano são crimes de lesa humanidade, o que não impediu a aplicação pelo tribunal do sistema de prescrição brasileiro.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 1362. Requerente: República da Argentina. Extraditando: Salvador Siciliano. Min. Rel. Edson Fachin. Brasília, DF, 09 de novembro de 2016. Diário da Justiça 05 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso em: 27 dez. 2018.

Some-se a isso, o fato de que o Brasil não subscreveu a convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Portanto, não havia empecilho à aplicação do regime de prescrição aos delitos praticados pelo extraditando. Com isso, o STF por maioria de votos indeferiu o pedido de extradição.

Também cabe frisar que não é objeto dessa pesquisa, o estudo aprofundado da extradição 1362 e nem dos votos dos ministros. Cabe apenas demonstrar que com esse posicionamento, o STF não está dialogando com a corte interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil subscreveu a convenção interamericana de Direitos Humanos em 1992, por meio do decreto n. 678. Porém, só em 2002, o Brasil passou a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do decreto n. 4463.

Percebe-se que desde o ano 2002, o Brasil está obrigado a seguir a jurisdição da corte e respeitar as suas decisões. Mas, conforme foi percebido, alguns entendimentos do STF, não estão coadunando com as orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Demonstrando uma ausência de diálogo judicial vertical, conforme a classificação da professora Anne-Marie Slaughter, anteriormente citada na presente pesquisa.

Diante disso, as considerações finais que podem ser extraídas, são as de que, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, no que se refere ao tema prescrição de delitos que violam os Direitos Humanos, não tem dialogado com o sistema internacional de imprescritibilidade, que considera tais delitos imprescritíveis, pois ofendem não apenas a (s) vítima (s) direta (s), mas toda humanidade. E por conseguinte, o STF também não tem dialogado com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante de vários precedentes dessa corte regional, no sentido de considerar os crimes violadores dos Direitos Humanos como imprescritíveis.

Ainda, há os posicionamentos de Estados vizinhos como a Argentina e o Peru que revisaram suas leis de anistias, conforme a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³³ Por isso, ainda se pode auferir que o Supremo Tribunal Brasil, não

³³ OLIVEIRA, David Barbosa. JULGAMENTOS DAS LEIS DE ANISTIA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS ESFORÇOS DA SOCIEDADE CIVIL NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO DA ARGENTINA E DO PERU. *Revista Direitos Humanos E Democracia*, 6(11), 406-431. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.11.406-431>. Acesso em: 29 dez. 2018.

realiza diálogo transjurisdicional horizontal com as cortes desses Estados, quando tais órgãos ratificam o entendimento da Corte Interamericana.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou, através de um estudo legislativo, bem como jurisprudencial, analisar a efetiva existência de um diálogo transjurisdicional, entre o nosso país Brasil, através do Supremo Tribunal Federal, guardião da nossa constituição e os tribunais transnacionais, principalmente.

Como foi abordado na pesquisa, o diálogo transjurisdicional, significa não só estabelecer relações, troca de experiências, mas também tem o condão de transformar todo um aparato legislativo e jurisprudencial, pois há a modificação de paradigmas, quando se percebe que experiências novas podem transformar relações jurídicas, trazendo novos direitos. O diálogo vai proporcionar essas transformações.

No que se refere ao diálogo transjurisdicional, estamos falando de diálogos que se instauram entre jurisdições, sejam jurisdições nacionais bem como internacionais. Os diálogos entre jurisdições fazem parte da própria constitucionalização do país em conexão com o mundo, principalmente na observância e proteção aos direitos humanos, que ultrapassam as fronteiras dos Estados.

Os diálogos efetuados entre as jurisdições nacionais e internacionais, significam a concretização de uma diplomacia judicial, consoante apresentado pelo ministro Cesar Peluso, citado na presente pesquisa, essa diplomacia judicial, busca a comunicação entre jurisdições de forma a aprimorar a atividade jurisdicional, diante de novas perspectivas de direitos em um contexto mundial. O diálogo pode ser considerado não apenas como uma forma de comunicação, mas também como uma forma de evolução jurisprudencial e legal.

Nesse sentido, o diálogo jurisdicional, consoante demonstrado através da análise de Anne-Marie Slaughter, pode se dar de forma horizontal, entre Cortes da mesma hierarquia, ou entre Cortes Supranacionais, bem como poderá ocorrer através do diálogo vertical, quando Cortes nacionais dialogarem com Cortes Supranacionais através dos Tratados Internacionais. O diálogo vertical horizontal ocorrerá, quando um tribunal supranacional estiver intermediando o diálogo entre cortes nacionais.

A presente pesquisa buscou demonstrar através da análise de teorias, jurisprudência e material legislativo, que o nosso país Brasil, pouco realiza o diálogo transjurisdicional, seja horizontal, vertical, ou vertical-horizontal, ou seja, podemos considerar que os nossos tribunais podem apenas referenciar jurisprudência internacional, mais o diálogo não ocorre como deveria de forma efetiva e transformadora.

Diante dessa realidade, buscou-se demonstrar, através de julgados que tiveram como objeto a proteção aos direitos humanos em nível internacional, que o nosso país, Brasil, mesmo aderindo aos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, não efetuou um diálogo vertical, quanto ao nosso sistema regional de proteção aos direitos humanos, através da observância dos dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica, bem como não observou as decisões da Corte Interamericana sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, considerados dessa forma, posto que foram praticados no nosso país, na época do regime militar.

Foram analisadas, também na presente pesquisa, as reflexões a cerca dos tipos de diálogos efetuados entre as cortes, apresentados pelos autores Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber, quando analisaram os tribunais que efetivamente dialogam com outros tribunais, no ambiente internacional, os que citam a jurisprudência, mas sem uma efetiva contribuição na construção jurisprudencial, e os que não efetuam o diálogo.

O nosso país, Brasil ainda é muito reticente quanto ao diálogo, transjurisdicional efetuado pelo STF, inclusive tendo sido demonstrado, na presente pesquisa, que o nosso país apresenta exemplos judiciais de ausência de diálogo transjurisdicional, principalmente, no que tange a observância de tratados de proteção aos Direitos Humanos.

Também foi trazido para a presente pesquisa, o controle de convencionalidade efetuado pelo judiciário brasileiro, como forma de adequar as leis infraconstitucionais aos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, buscando efetuar um diálogo em matéria transjurisdicional, consoante jurisprudência da Corte Interamericana de proteção aos direitos humanos, o que também não foi observado pelo nosso país no tocante à lei da anistia, após o período ditatorial.

Nesse sentido, na presente pesquisa, se extraiu que o nosso país, Brasil, ainda necessita de uma evolução legislativa e jurisprudencial no sentido de dialogar com

diplomas normativos internacionais de proteção aos direitos humanos de fato, não basta incorporar os tratados de proteção aos direitos humanos, a realidade legislativa e jurisprudencial necessita da efetividade de fato, aos tratados de proteção aos direitos humanos, isso faz parte de uma efetiva e eficaz evolução normativa e jurisprudencial.

Nessa realidade global de comunicações cada vez mais crescentes, necessitamos cada vez mais estabelecer o diálogo não só como forma de conversação, mais também como forma de evolução normativa e jurisprudencial, principalmente no resguardo à proteção dos direitos humanos e Brasil tem que evoluir no que tange a essa realidade global.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Presidente da República. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Diário da Justiça, Brasília, DF 06 de agosto de 2010, p. 37-38. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 1362. Requerente: República da Argentina. Extraditando: Salvador Siciliano. Min. Rel. Edson Fachin. Brasília, DF, 09 de novembro de 2016. Diário da Justiça 05 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Congresso de Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional. Pronunciamento do Ministro Cesar Peluso no II Congresso da Conferência Mundial Sobre Justiça Constitucional entre os dias 16 e 18 de Janeiro de 2011. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=168232. Acesso em: 08 abr. 2018.

CONI, Luis Claudio. Diplomacia Judicial por Luis Claudio Coni. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php>. Acesso em: 05 maio 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Peru, sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001. Série C Nº 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1.

ESCOLA DE DIÁLOGO DE SÃO PAULO. Disponível em:
<http://www.escoladedialogo.com.br/dialogo.asp?id=2>. Acesso em: 08 abr. 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo; GERBER, Konstantin. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar. A Justiça Nos Contextos Supranacionais. *In*: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito**: Novas perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, David Barbosa. Julgamentos das leis de anistia pela corte interamericana de direitos humanos e os esforços da sociedade civil na justiça de transição da argentina e do peru. **Revista Direitos Humanos E Democracia**, v. 6, n. 11, p. 406-431. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.11.406-431>. Acesso em: 29 dez. 2018.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *In*: XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dd943b1d5882bf9>. Acesso em: 27 dez. 2018.

SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HERANÇA DIGITAL: BENS VIRTUAIS COMO PATRIMÔNIO SUCESSÓRIO

Luana Maria Figueiredo de Lima Caldas¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

Com o avanço tecnológico, surgiu a busca de uma viabilidade jurídica de reconhecer os bens armazenados virtualmente como componentes do patrimônio de um sujeito, gerando assim a Herança Digital. Os Projetos de Lei de n. 4.099/2012 e 7.742/2017 trazem em seu conteúdo a relevância do tema e a procura pelo enquadramento dessa nova espécie sucessória no ordenamento pátrio. Deste modo, torna-se importante atrelar o Direito Sucessório ao Direito Digital. O alvo da Herança Digital não é mudar o âmbito sucessório e sim adequá-lo a realidade da imersão virtual em que se encontra a sociedade, por isso, o escopo é trazer ao ordenamento o conceito de bens virtuais e sua utilização. Mesmo com as peculiaridades dispostas pelo Marco Civil na Internet, atreladas ao conflito entre o direito dos herdeiros em obter propriedades virtuais e o direito a privacidade do falecido, conclui-se que inexistem impedimentos para a implantação da Herança Digital no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto ao método de abordagem, utilizou-se o hipotético-dedutivo, baseado na hipótese da regulamentação referente à Herança Digital viabilizando o reconhecimento de bens virtuais como parte de um patrimônio, e conseqüentemente, a transmissão destes da forma mais justa, falseando-a durante todo o processo construtivo. O método de procedimento utilizado foi o comparativo do que já é legislado com a nova realidade social que necessita de atualização no ordenamento jurídico pátrio. Assim, comprovam-se que as técnicas presentes derivaram do supracitado, isto é, legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Herança. Sucessão. Digital. Redes sociais. Patrimônio.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: luanafliamac@gmail.com

² Professora Orientadora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI- RN). E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

ABSTRACT

Due to the technological advance, there is a search for a legal viability to recognize immaterial objects virtually stored as patrimony components of a subject, thus creating the Digital Heritage. The Law Projects n.º 4.099 / 2012 and n.º 7.742 / 2017 bring on their content the relevance of the theme and the search for the framing of a new type of inheritance in the Brazilian Legal system. Therefore, as explained above, to reach the conclusion, it is important to link the Succession Law to the Digital Law. The objective of Digital Heritage is not to change the succession scope, but to adapt it to the reality of virtual immersion in which society is found. Therefore, the scope is to bring to the legal order the concept of virtual goods and their use. Even with the peculiarities set out by the Brazilian Internet Civil Landmark attached to the conflict between the right of heirs to obtain virtual properties and the right of privacy of the deceased, it is concluded that there are no impediments to the implementation of Digital Heritage in the Brazilian legal order. The hypothetic- deductive process was used as the method of approach, based on the hypothesis of the regulation regarding to the Digital Inheritance to enable the recognition of virtual goods as part of a patrimony and, consequently, the transmission of those in a fairest way during the entire constructive process. The comparative process was the method used at this research once the new social reality brings updates to Brazilian Legal system. This way, the techniques used in this article are: the legislative, the doctrinal and the jurisprudential.

Keywords: Inheritance. Succession. Digital. Patrimony. Internet.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Digital ainda é um ramo jurídico pouco explorado no Brasil e suas normas gerais ainda estão em criação, não havendo doutrina e jurisprudência consolidadas sobre a maioria das ramificações dessa nova área do direito.

Por isso, a Herança Digital é uma matéria que ainda tem pouca visibilidade no

âmbito jurídico nacional. Sua importância advém do conceito de direito sucessório, que é o acoplado de normas jurídicas que tratam de regras referentes à passagem patrimonial de uma pessoa em razão do evento morte.

Nesse sentido, por não haver alusão legislativa e pouca doutrina referente ao tema, o escopo do estudo dessa nova espécie sucessória é a aderência à isonomia, dando um tratamento igualitário aos bens virtuais e aos bens comuns, oferecendo a mesma proteção e transmissão pós-morte a ambos.

O âmbito jurídico tem, cada vez mais, a obrigação de se atualizar de acordo com as tecnologias, se adequando ao que o corpo social necessita. A população está totalmente imersa na rede mundial de computadores e, por isso, regras referentes a todas as ramificações devem ser aplicadas no ordenamento.

Ocorre que uma parcela do conteúdo que vem da Internet está passando, gradativamente, a ter valor econômico ou intelectual. Sendo assim, a discussão acerca do destino que esses bens terão após o falecimento de seu proprietário é atual e coerente, visto que, se há qualquer espécie de produção gerando riqueza, seja intelectual ou monetária, devem existir regras que regulem toda e qualquer situação jurídica.

A pertinência desse tema justifica-se pelo alcance das ferramentas virtuais na sociedade atual, dando-las visibilidade como fonte de patrimônio. A coletividade de um país dita os parâmetros do Direito, de modo que a Herança Digital tem sua importância no âmbito sucessório pela abrangência da utilização das redes sociais e das ferramentas de armazenamento, necessitando, portanto, de uma proteção na esfera jurídica.

As inovações tecnológicas trazidas pelo mundo contemporâneo modificam totalmente as formas de interação e de vivência de um indivíduo, assim, a modernização dos fatores que o rodeiam carece de ser efetivada na esfera jurídica. Deste modo, deve haver uma maior alocação referente ao assunto, tendo como finalidade o preenchimento de lacunas referentes a essa inovação social, para que o Poder Judiciário possa ter um forte alicerce para resolver os litígios advindos dessas situações.

A importância da matéria delimita-se principalmente no que concerne a grande utilização das plataformas digitais – utensílios virtuais que possibilitam o armazenamento de arquivos ou as próprias redes sociais – que por sua vez, tem o

conceito de estrutura social composta por sujeitos conectados por afinidades ou não, partilhando valores e expondo sua intimidade.

Nos dias atuais a sociedade está imersa na Internet e, por isso, haverá a necessidade de cada sujeito transmitir todo o patrimônio construído dentro dessa rede. Entretanto, existem diversos conflitos na aplicabilidade dessa nova forma de suceder, já que no ato de transmissão o direito fundamental à privacidade pode ser muitas vezes violado, visto que o evento morte não o extingue.

Ocorre que a exposição desses arquivos e das redes sociais pode não ser o objetivo do *de cuius*. Por isso, no ordenamento jurídico pátrio, há a possibilidade de dispor ou de vedar o compartilhamento através de testamento, documento formal disposto pelo Código Civil de 2002.

Mesmo com uma tímida produção legislativa, já se encontram resquícios da importância do Direito Digital. Leis como o Marco Civil da Internet – Lei N. 12.965/14 – e a Lei de Proteção a Dados Pessoais - Lei N. 13.709/18 – tratam de forma mais ampla, não especificando nada sobre Herança Digital, mas ao mesmo tempo dão ênfase a essa nova ramificação do direito, trazendo à tona o início de discussões que podem levar a uma maior normatização ao uso da Internet, adequando-a ao mundo atual que se encontra imerso na rede.

Já quanto à Herança Digital propriamente dita, existem projetos de lei que abordam situações essenciais, demonstrando a vontade do legislador de aperfeiçoar o ordenamento jurídico.

Ambos os projetos de n. 4.099/2012 e n. 4.847/2012 buscam acrescentar ao Código Civil a Herança Digital e o PL 7.742/2017 que visa a acrescentar ao Marco Civil da Internet disposições referentes a arquivos pós-morte, não tratando exatamente da Herança Digital, mas sendo um início para a discussão do tema, mesmo que não tenha o mesmo objetivo, uma vez que aborda a transmissão de arquivos de forma diferenciada dos outros projetos.

Seguindo o raciocínio, se no ano de 2012 – em que ocorreu a criação dos projetos – já era necessária uma legislação referente ao tema, atualmente essa necessidade encontra-se em uma escala crescente. Sendo assim, a sua regulamentação poderá trazer uma uniformidade no judiciário, deixando as decisões totalmente isonômicas.

Em conformidade com o exposto, quanto ao método de abordagem, utilizou-se

o hipotético-dedutivo, contendo uma proposição do tema, baseada em uma hipótese que conseqüentemente partiu do problema da falta de enfoque do assunto, gerando uma possível solução, buscando ainda explicações para entender se a regulamentação da Herança Digital iria viabilizar o reconhecimento de bens virtuais como parte de um patrimônio e, conseqüentemente, a transmissão destes da forma mais justa. Esta hipótese, no decorrer da pesquisa, foi submetida a um processo de falseamento, disposto pelas barreiras encontradas no ordenamento, e consistindo na eliminação de erros, chegando à conclusão pretendida.

Quanto ao método de procedimento foi utilizado o comparativo, visto que há a efetiva colação do direito comum com uma abordagem específica e a comparação de leis estrangeiras, bem como aos projetos legislativos que tratam do assunto em tela. Sua demonstração se dá através da efetiva comparação do que é utilizado atualmente no direito sucessório e qual é o novo objeto, demonstrando suas diversas faces e os benefícios trazidos pela sua aplicação.

A análise da pesquisa se desenvolve e se comprova a partir das técnicas que derivaram do supracitado, isto é, legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Por ser um tema novo, a área jurisprudencial ainda não é concreta, visto que existem poucos casos que compõem o sistema jurídico, bem como por ser um tema que abrange algo novo e inovador no âmbito do Direito. A cada novo fato referente a ele, podem surgir diferentes técnicas de pesquisa.

É importante destacar que inicialmente o trabalho irá conter os aspectos mais amplos do direito sucessório, demonstrando da melhor forma as principais características necessárias para entender o ramo do Direito Civil, bem como uma breve história da Internet, em que se dispõem situações relevantes ao tema, demonstrando também o crescimento exponencial dessa ferramenta que une todo o mundo nos dias atuais.

Posteriormente, há a explanação do que é a divisão do que são bens economicamente valoráveis ou não, visto que o objetivo do presente artigo é esclarecer que os bens que advém da rede mundial de computadores podem ter relevância sucessória.

Assim, no terceiro capítulo são proporcionados aspectos importantes como o tratamento da Herança Digital no âmbito internacional, demonstrando como os países com legislação mais desenvolvida no âmbito da Internet tratam esses assuntos, bem

como expõe as principais evoluções do tema no Brasil em sua doutrina e demonstrando possíveis legislações.

Por fim, evidenciando mais uma vez o falseamento da necessidade da codificação da Herança Digital no Brasil, o quarto capítulo demonstra em seu conteúdo a dificuldade de ponderação entre o direito sucessório virtual e o direito a privacidade, trazendo em seu texto um breve histórico do direito fundamental à privacidade e trazendo apontamentos pertinentes à proteção que atualmente é atribuída ao conteúdo digital.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito é aquilo que, em sua teoria, é justo e reto conforme o ordenamento jurídico vigente naquele território. Tem o dever, portanto, de reger as relações sociais, que devem se adequar às necessidades dos sujeitos que compõem a sociedade.

Dentro da enorme esfera jurídica, existe o Direito Civil, que em suas particularidades, conduz todas as fases da vida de um ser sujeito de direitos, desde sua aquisição de personalidade jurídica e de suas implicações, até o momento pós- morte, em que inicialmente abre-se uma sucessão de bens, em que há uma transmissão dos proveitos deixados pelo falecido às outras pessoas, sejam elas escolhidas e designadas a cuidar de cada bem, em casos de sucessão testamentária, ou pela regra geral, que divide o patrimônio entre os herdeiros necessários.

Partindo da mesma ótica, conceituam Gagliano e Pablo Stolze (2017 p. 1430):

Compreende-se por Direito das Sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte. É justamente a modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste especial ramo do Direito Civil.

O conjunto de bens deixado pelo *de cuius* deve ser chamado de herança, visto que só poderá acoplar ao patrimônio de outros após a morte. A herança tem sua função social lastrada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXX³. Nesse aspecto, dentro da legislação brasileira vigente, o direito de sucessão é um direito fundamental.

Sobre o referido assunto é importante citar Flávio Tartuce (2017, p. 16):

A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou de cuius. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário. Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social.

Dentro do Direito Sucessório existe um princípio que é importante ser conceituado de forma mais singular, o princípio de “*saisine*”. Este é de origem francesa e versa que os bens positivos e negativos do falecido devem ser transmitidos de forma imediata na data de sua morte aos seus herdeiros, o que leva essa premissa jurídica a um patamar fundamental ao Direito Sucessório, já que é precisamente essa a lógica do tratamento adotado pelo código civil brasileiro de 2002, em seu artigo 1.784⁴. Em suma, esse princípio trata da transmissão imediata dos bens do falecido aos herdeiros.

Prontamente, os herdeiros dão continuidade às relações jurídicas preexistentes adquiridas e compactuadas pelo *de cuius*, que não necessariamente precisam se extinguir pelo óbito. Algumas relações jurídicas perpassam essa fase de extinção da vida, exatamente por haver um legado de bens e de administradores, tornando possível a manutenção do vínculo antecedente.

Dentro do Código Civil brasileiro a sucessão pode ser dividida em “sucessão legítima” e “sucessão testamentaria”. A primeira refere-se a que vem da lei, e é disposta no artigo 1.784⁵ da legislação supracitada.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança;

⁴ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Essa situação ocorre quando não há testamento – negócio jurídico que será explanado posteriormente –, e assim são avocados a suceder os sujeitos que a lei indica como sucessores do autor da herança e por consequência dividem os bens na forma que dispõe a lei, seguindo a ordem de vocação legal, que tem sua disposição no artigo 1.829⁶.

A segunda possibilidade de sucessão é um negócio jurídico feito em vida, conhecido como “testamento”, que gera uma espécie de herdeiros chamados de sucessores testamentários.

Segundo Gagliano e Pablo Stolze (2017, p. 1468) no âmbito jurídico:

Um testamento, portanto, nada mais é do que um negócio jurídico pelo qual alguém, unilateralmente, declara a sua vontade, segundo pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de dispor, no todo ou em parte, dos seus bens, bem como de determinar diligências de caráter não patrimonial para depois da sua morte.

De acordo com os ensinamentos de Manoel Ubaldino de Azevedo (1965, p.14), “a origem dos Testamentos se perde na escuridão dos tempos”, mas o mais semelhante ao que é utilizado atualmente é o testamento criado no Direito Romano. Sendo assim, caracteriza-se por ser um ato de última vontade, de forma unilateral, que tem por finalidade dividir aqueles bens deixados da forma que se deseja.

Por todo o exposto, diante de toda a explicação referente aos aspectos gerais do Direito Sucessório brasileiro, no capítulo posterior, haverá a explicitação da história da Internet e do que são bens digitais, trazendo também uma ampliação no que concerne ao novo instituto da Herança Digital.

⁶ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário n. 646.721) (Vide Recurso Extraordinário n. 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

2 BENS DIGITAIS E A HERANÇA DIGITAL

Atrelando ao direito sucessório, deve-se observar a importância da história e da evolução da Internet para que, finalmente, se possa entender a correlação criada entre dois âmbitos jurídicos: o da sucessão e o do Direito Digital.

De acordo com os ensinamentos de Glaydson de Farias Lima (2016), a Internet surgiu a partir de um projeto militar efetuado nos Estados Unidos da América (EUA) no ano de 1960, cujo objetivo era a criação de uma rede que suportasse uma guerra de amplas extensões. Isto ocorreu durante a guerra fria entre o país criador e a extinta União Soviética.

No Brasil a Internet surgiu apenas no ano de 1988, após a ditadura militar e mesmo assim ainda era uma realidade muito restrita, sendo utilizada apenas para pesquisas científicas, sem o amplo acesso da grande massa da população, mesmo depois de quase 30 anos da disponibilização dessa ferramenta tão importante na atualidade.

A situação de pouca acessibilidade permaneceu até meados do ano de 1994, começando a ser definitiva e “popular” a partir de 1995, quando se tornou acessível, em sua maioria, para as classes altas. Ao longo dos anos, sobreveio uma expansão de utilização e de melhora na rede de Internet no país, visto que passou a ser utilizada para trabalhos, estudos, interação social, lazer, entre outras finalidades.

Seguindo o exposto, a Internet passou a ser uma ferramenta muito utilizada pelos brasileiros e por todo o mundo. Sendo assim, teve de ser objeto do direito em si, já que este deve atualizar-se diante de novas realidades. Deste modo, surgiu o Direito Digital, que no Brasil ainda tem pouco respaldo legislativo, mas que vem em grande evolução diante da necessidade dos sujeitos envolvidos.

Foram aprovadas algumas leis que regulamentam a utilização dessa ferramenta. A mais importante até agora é o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014), que em sua ementa dispõe:

“Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.”. Em seu artigo 2º⁷, consegue estabelecer de forma mais clara o intuito da lei e em todos os seus artigos consegue dispor de princípios e regras essenciais para a melhor utilização da rede.

Surgiram ainda leis como a Lei n. 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que introduz alguns tipos penais referentes ao uso errôneo da Internet, bem como o decreto n. 7.962/2013 que em sua redação regulamentou as relações de consumo no comércio eletrônico. No entretanto, até hoje existem apenas projetos legislativos que se referem à transmissão de dados como sucessão dos documentos contidos em aplicativos ou redes sociais aos herdeiros.

A necessidade de atualizar a legislação brasileira surge especialmente da digitalização da sociedade, ou seja, cada vez mais se vive imerso em uma comunidade virtual. Segundo a autora Patrícia Peck (2016, p. 69):

Para o Direito Digital, porém a questão vai além: devem ser criados novos princípios de relacionamento, ou seja, diretrizes gerais sobre alguns requisitos básicos que deveriam ser atendidos por todos os usuários da rede. A resolução dessas questões já possibilitaria segurança maior nas relações virtuais.

Portanto, de acordo com o exposto, é perfeitamente possível atrelar o Direito Digital ao Direito Sucessório, visto que a realidade social clama por normas regulamentadoras. Com toda essa imersão social em que se vive, não há como deixar de pensar em momentos póstumos, já que tanto a utilização da Internet e a morte fazem parte da realidade de todos os indivíduos.

Com o avanço tecnológico, os documentos físicos estão caindo em desuso nesse novo momento vivido por todas as pessoas. Na atualidade a grande maioria dos produtos, serviços e contratos são oferecidos sem a utilização do papel. Esse instrumento ainda é muito utilizado e antes era visto como uma grande evolução

⁷ Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

tecnológica, mas que representa apenas o elemento material que transmite toda a espiritualidade da atuação do homem nos projetos abordados.

Desse modo, no âmbito do Direito, até mesmo os processos já se tornaram eletrônicos, surgindo assim um banco de dados diferenciados por números de série, que identificam os processos, onde cabem todos os documentos expostos pelas partes que figuram a atividade processual.

Partindo da visão da autora Patrícia Peck (2016, p. 203):

No mundo virtual, o conteúdo tornou-se um objeto de negociação, um produto. A todo momento surge um novo site ou portal vendendo conteúdo com uma palavra mágica, um diferencial em relação à concorrência (só que a concorrência também vende com conteúdo como diferencial). O conteúdo na Internet não é gerado necessariamente para um comprador, mas torna-se cada vez mais uma mercadoria cuja posse agrega valor ao seu proprietário.

Em função de todo o avanço tecnológico, no âmbito do Direito Sucessório não seria diferente. Por isso o Direito Digital também tem sua parcela de importância, visto que, por existirem os “bens eletrônicos” – mesmo que seja uma tarefa difícil a de dividir os bens que tem o cunho patrimonial e os que não têm disposição financeira envolvida –, foi iniciada a criação de um patrimônio virtual e assim percebe-se a necessidade da possibilidade de uma Herança Digital. Porquanto, independente da característica rentável ou não do bem, os sucessores podem querer ter acesso à produção feita pelo falecido ou às suas redes sociais.

Logo, é relevante lembrar que a herança não necessariamente é composta apenas por bens financeiros, mas sim por qualquer bem que o falecido deixar. Sobre esse tema, afirma Tartuce (2017, p. 39):

A herança pode ser conceituada como o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do de cujus. Engloba também as dívidas do morto, [...] Nos termos do entendimento majoritário da civilística nacional, a herança constitui o espólio, que é o titular desse patrimônio.

Por isso, pode-se conceituar a herança de uma forma mais simplória, quando se expressa que é o conjunto de bens que foi deixado aos sucessores por aquele que faleceu, independentemente de questão valorativa, principalmente quando se refere a bens virtuais, que podem ter grande valor ou não.

Em consequência, o Direito Civil tem a crescente necessidade de ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, uma vez que, gradativamente, o

patrimônio que se forma na Internet passa a ter valor econômico. E, no ordenamento, não há nenhum texto legal que venha a impedir a transmissão de um objeto sentimental, independente de sua forma virtual ou material.

É de grande importância frisar que ao longo da evolução “*high-tech*”, muitos bens acabam tendo alto valor, mesmo que virtuais, já que tudo se expõe, se compra, se vende e se demonstra por meio da Internet. Portanto, não se pode desprezar no momento de partilha algum bem que esteja guardado em uma plataforma digital.

Entende-se essa inovação sucessória como uma grande consequência da nova era digital, em que a forma de tratar um bem começou a se mostrar diferente, pois de fato não se pode taxar como “sem valor”, não podendo julgar algo apenas por não ser palpável. Por isso, existem bens digitais que devem estar dentro de uma herança como algo material.

Por conseguinte, nem todo patrimônio digital pode ser tratado apenas como algo “sentimental” ou tão-somente como uma lembrança, na medida em que muitos guardam o fruto de seu trabalho ou de anos de estudo em plataformas digitalizadas inseridas na Internet. Isto demonstra a real necessidade da transmissão.

Existem os bens de difícil estimativa de valor que são aqueles dispostos em comunidades *online* e *blogs*, já que com a imensa incidência das redes sociais que também podem ser referidas como comunidades *online*, as postagens começaram a ter uma conotação muito valorativa, dado que as pessoas efetivamente começaram a ganhar dinheiro – valores muito expressivos – com publicações.

Partindo da visão de Peck (2016), essas comunidades *online* e os *blogs* criam uma “aldeia global” que ampliam o poder do indivíduo por meio da tecnologia, integrando socialmente várias pessoas com os mesmos ideais, trazendo a nova ideia de “influenciadores”, que são exatamente as pessoas que recebem monetariamente ou em forma de produtos para divulgar algo ou alguma ideia.

É importante notar que as pessoas que pautam seus trabalhos nas redes sociais também podem deixá-las de herança, uma vez que o patrimônio disposto nessas comunidades pode continuar gerando renda, ou seja, criando uma Herança Digital, partindo do pressuposto de que a rentabilidade advém, em sua totalidade, do ambiente virtual.

É de grande valia trazer à tona que a Internet móvel deixou toda essa nova forma de herança muito mais simples, já que atualmente todo esse conteúdo pode ser

feito e produzido por aparelhos móveis como *smartphones*, *notebooks* e *tablets*.

De acordo com Patrícia Peck (2016, p. 438):

A Sociedade Digital Móvel traz acessibilidade vinte e quatro horas por dia aos seus membros, mesmo quando em deslocamento. Essa funcionalidade pode ser vantajosa, mas ao mesmo tempo é um pouco aflitivo pensar que “alguém” pode saber por onde você andou durante todo o tempo e o que fez. Mais uma vez, estamos diante de uma situação de confronto entre segurança e privacidade.

Após o evento morte, os familiares do falecido não têm um destino para os arquivos em plataformas, redes sociais e e-mails do “*de cuius*”. Muitas vezes nem sabem que existem. Sem ter ideia de como proceder, algumas plataformas virtuais dão opções, infelizmente, ainda incipientes e sucintas, visto que se restringem à possibilidade de exclusão daquela conta ou a “transformação em memorial”, sendo ainda algo muito tímido e que precisa de uma maior explanação no âmbito da Internet.

Por ser um conteúdo novo e uma realidade muito atual, ainda não há a concretização dessas formas distintas de sucessão, principalmente no que tange à definição efetiva de patrimônio e de herança como as que agora se apresentam no âmbito digital, o que pode causar por parte da sociedade uma espécie de aversão referente ao instituto.

Ocorre que o mundo jurídico não pode fugir da realidade virtual, já que atualmente é comum que vários indivíduos guardem o fruto de seu trabalho, ou seja, um tesouro pessoal em ferramentas de armazenamento e redes sociais, tornando esses arquivos bens virtuais.

Partindo da junção do Direito Digital com o Direito Sucessório, com relação aos bens, deve-se suscitar uma questão muito importante: os direitos autorais. A sucessão torna-se rentável com relação a bens virtuais de falecidos quando estes são divulgados e seus herdeiros continuam a receber toda a rentabilidade que advém dessa obra.

O direito autoral em sua evolução histórica começou a ser suscitado no ordenamento jurídico pela lei de 11 de agosto de 1827, ainda nos tempos imperiais, sendo promulgada por Dom Pedro I. Atualmente, esses direitos são regidos no ordenamento brasileiro pela lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

De acordo com Alexandre Pires Vieira (2018, p. 118):

“A instituição do Direito Autoral deveria ter como função primordial garantir a remuneração aos autores por sua produção intelectual e assim garantir a independência aos mesmos e a evolução técnica e cultural para a sociedade”.

Os tratamentos referentes ao tema global foram bastante modificados. Com relação ao Direito Sucessório, o diploma vigente em seu artigo 24, §1^o⁸, disciplina a sucessão dos direitos autorais dando aos herdeiros a plenitude de direitos referentes às obras do falecido. Por isso, é de grande importância garantir esses direitos no âmbito virtual, visto que, não é porque os bens são disponibilizados gratuitamente que não haverá respeito aos direitos de quem os produziu.

De acordo com Peck (2016, p. 177):

A complexidade autoral abrange não apenas obras escritas, mas, por analogia a correspondência eletrônica, os programas de computador, os artigos e conteúdos transferidos nos servidores, banco de dados, as imagens criadas como as produzidas por algum equipamento ou máquina, que pode ir de uma câmera a um smartphone ou até um radar, desde que seja possível lhe atribuir alguma criação humana bem como elementos de originalidade para que possa receber a produção jurídica autoral.

Conforme a lei supracitada, ainda existem algumas regras importantes como a do art. 41^o⁹, visto que dão direitos patrimoniais aos sucessores por setenta anos.

⁸ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1^o Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2^o Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3^o Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

⁹ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1^o de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

Portanto, a rentabilidade dura por muito tempo, ultrapassando diversas gerações e, por isso, não há razoabilidade em não considerar projetos e obras guardadas virtualmente.

É, portanto, importante salientar o exposto por Alexandre Pires Vieira (2018, p. 183):

A tecnologia digital criou um terreno fértil para a violação dos direitos autorais. Uma vez tendo o conteúdo “caído” na Internet, o mesmo passa a ser propagado e distribuído de forma viram tornando praticamente impossível aos detentores dos direitos autorais controlarem a sua divulgação.

Um requisito importante para a sucessão digital é o local onde são depositados esses bens. Como já citado, podem ser utilizadas comunidades virtuais, chamadas de redes sociais. Também, fazendo analogia a uma biblioteca, existem serviços de armazenamento de dados, conhecidos como “computação nas nuvens”, nomenclatura disposta por Glaydson de Farias Lima (2016). Portanto, entende-se que as “nuvens” são ferramentas organizacionais digitais que permitem a utilização do mesmo arquivo em vários aparelhos diferentes, seja no computador, no celular ou no *tablet*.

De acordo com o autor supramencionado, (2016, p. 135):

“Serviços como *DROPBOX, ICLOUD, ONE DRIVE E COPY* fornecem *softwares* que, quando instalados, automaticamente gerenciam os dados armazenados em determinadas pastas dos dispositivos do usuário”.

De acordo com Vieira (2018), a Internet veio aumentar as possibilidades de compartilhamento de documentos e por isso foram criadas essas plataformas, seja para a criação de uma rede compartilhadora ou para guardar o patrimônio intelectual. Por isso, durante a sucessão, essas ferramentas podem ser “liberadas” aos sucessores, para que eles possam buscar o fruto do trabalho daquele falecido e até mesmo a sua rentabilidade, podendo assim perpetuar e dar uma nova vida a todo aquele esforço intelectual.

Depois de um melhor entendimento referente à conceituação de bens digitais e seus desdobramentos principais, no próximo capítulo haverá a explanação de como

poderá existir, futuramente, uma forma de regulamentar e uniformizar o tratamento dado aos herdeiros, analisando, para tanto, os Projetos de lei n. 4.099/2012 e 4.847/2012, que buscam a inserção da Herança Digital no ordenamento jurídico pátrio.

2 HERANÇA DIGITAL NO CENÁRIO MUNDIAL

A comunicação contemporânea apresenta-se em uma nova forma, estando em sua maioria totalmente digitalizada, principalmente se partindo do pressuposto que todo tipo de informação está em mãos de forma imediata, sendo consumidas em todos os momentos. Sendo assim, cada sujeito que se entende como digitalizado, passa pelas redes sociais e aquece desenfreadamente a produção de dados e informações, sejam elas sobre si mesmo ou sobre algum conteúdo específico, gerando, assim, um patrimônio.

A vista dessa grande evolução na tecnologia informacional no mundo, o alcance deve ser envolvido pelo Direito, já que tudo aquilo produzido com o esforço intelectual na Internet passa a ser tão importante como um bem físico. Com a ocorrência desse aumento exponencial na produção dessa nova espécie patrimonial, que cria um desenvolvimento excessivo, há a necessidade de uma maior conformidade aos tratamentos jurisdicionais referentes aos produtos virtuais.

Por este motivo, entende-se que é o momento de expandir o estudo sobre esses bens. Dessa forma, deve-se pensar com relação ao destino das propriedades no momento da sucessão "*causa mortis*", já que esse é um instituto igualmente importante se equiparado com situações "*inter vivos*".

Como já citado, o Direito Sucessório é um instituto extremamente antigo que tem sua importância fixada na sociedade, o que faz com que sua função social seja evidente, merecendo uma renovação com as atualidades advindas da nova era tecnológica. A importância dessa parte essencial do Direito deve ser citada sempre, já que se refere ao conjunto de normas que dispõem sobre a proteção jurídica dos bens que devem ser transmitidos a alguém após a morte.

Partindo do exposto, deve-se questionar para onde iriam os bens digitalizados e informatizados que estão nas plataformas digitais e redes sociais, ou seja, da Internet.

No dia 25 de maio de 2018 a União Europeia começou a utilizar o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, que passará a tratar em um conjunto de normas referentes à proteção de dados pessoais e a como devem ser tratados em casos específicos. Esse “código” institui a proteção aos dados pessoais como um direito fundamental autônomo, demonstrando a forma essencial do referido assunto.

Como diversas vezes ocorreu ao longo da história, o Brasil se inspirou nas leis europeias para elaborar um projeto legislativo. No dia 10 de julho de 2018, foi aprovado o projeto de Lei n. 53 de 2018¹⁰, da Câmara dos Deputados, que buscou a proteção dos dados pessoais, protegendo os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como preza a Constituição da República Federativa do Brasil.

A questão em tela, ao se atrelar ao Direito Sucessório, dispõe uma face que busca uma maior administração, ou seja, uma melhor forma de lidar com o patrimônio digital após a morte.

No Brasil o assunto não é muito discutido no âmbito jurídico. Mas, com a possibilidade de deixar qualquer bem em testamento ou de ativar opções em plataformas digitais permitindo que aquela conta ou os bens contidos nela sejam transmitidos, torna-se realidade a Herança Digital no país, que é uma inovação necessária já que existem essas possibilidades tecnológicas de guardar bens – rentáveis ou sentimentais –, dentro de bases ou *sites* imersos no meio da Internet.

Contudo, como em qualquer caso concreto, se o falecido deixar expresso o desejo da não transmissão de tal bem, sua vontade será aceita e preservada. No mesmo condão, não há barreiras legais para que os bens virtuais já estejam dispostos no testamento. Sendo assim, este instituto ainda segue sendo uma das únicas opções diretas de sucessão dos bens virtuais, no espaço regulamentado pelas leis brasileiras.

No mundo todo, como inicialmente foi observado, essa propriedade imaterial já começa a ser tratada como dispositivo sucessório imediato. Países com grande importância no âmbito tecnológico, como os EUA legislam ou tratam do assunto de alguma forma.

A Herança Digital é a realidade ao redor de todo o mundo; as pessoas consideram os arquivos como bens valiosos e por isso devem ser tratados como tal. O

¹⁰ Ementa: Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.

armazenamento virtual é crescente e evidente, tornando todo o mundo interligado em uma única rede.

A jurisprudência desses países tem uma maior atuação referente ao tema, já que este começou a ser tratado com relevância há algum tempo. Nos EUA, por exemplo, já existem casos emblemáticos que iniciaram as grandes discussões e que deram ensejo às legislações que começaram a ser feitas no início dos anos 2000, mais especificamente no ano de 2005, no Estado de *Connecticut*. Após isso, outros estados, como o Estado de *Nevada* em 2012, apresentaram uma legislação mais completa, buscando maior exequibilidade jurídica sobre o assunto.

Ao passar do tempo, com a já citada evolução tecnológica, a Internet torna-se propulsora de um grande legado de usuários, já que a cada dia é mais utilizada para a geração de renda. E, considerando o valor econômico e comercial que a Herança Digital pode ter, será tarefa árdua, daqui a algum tempo, diferenciá-la da “herança comum”. Para dar o melhor tratamento a esse patrimônio, a melhor estratégia é pensar e definir os limites do que fazer com os bens digitais, o que implicará em menos desídias para o mundo jurídico no futuro.

O testamento digital já é fato e precisa ser apreciado de forma correta, pois já existem sujeitos que possuem um valioso acervo digital. Assim sendo, o direito deve-se adequar à realidade social. Deste modo, torna-se essencial o apontamento dos guardiões do patrimônio eletrônico deixado, por ser o objeto de trabalho realizado em vida pelo *de cuius*.

Assim, deve-se dar a devida e merecida relevância à matéria, com o intuito de proteger o patrimônio de alguém. Com a imersão digital em que se vive, a Herança Digital fará parte da vida das pessoas, e por ser algo relacionado à morte, a necessidade de discussão do assunto torna-se urgente, considerando ser este o futuro do Direito Sucessório.

A realidade legislativa digital no Brasil ainda é pouco expressiva, mas existem leis relevantes nesse cenário, como o Marco Civil da Internet, nome popular dado à lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que tem o escopo de normatizar, orientando os usuários dos direitos e deveres atinentes ao uso da Internet, dando diretrizes e parâmetros a esses provedores de serviços e conteúdos da forma legal de utilizar essa ferramenta.

A lei supracitada tem sua criação e repercussão dada num contexto referente

aos limites do uso da rede, já que, atualmente, com a utilização em massa, a tentativa de controlar ou até mesmo de limitar a ação dos usuários, seja positiva ou negativa, é quase impossível, em face da liberdade de expressão atual.

Com o avanço tecnológico e o incremento das formas de comunicação, foi concebida à contemporaneidade a ampliação do acesso à rede globalizada de informações por diversos meios – televisão, rádio, jornal, Internet, entre outros. Assim sendo, embora deseje ignorar ou abster-se daquilo que está a sua volta, é inegável a influência da mídia nas ações dos indivíduos, principalmente dentro da rede mundial de computadores.

Partindo dessa conexão, vale suscitar a Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais, (lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018), que por sua vez veio alterar a lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Seu objetivo, na realidade, é a busca por mais limpidez na coleta, processamento e compartilhamento dos dados dos indivíduos, principalmente no meio digital. A finalidade é dar ao sujeito um maior domínio referente às suas informações pessoais.

O conceito dado aos dados pessoais nessa nova lei é muito amplo, podendo referir-se as informações básicas do usuário, como nome e identificação dos principais documentos utilizados por ele para fazer cadastros em toda a rede. A lei determina dois pilares básicos: o consentimento do usuário, de forma livre e inequívoca, e o interesse legítimo, que conceitua o motivo concreto para esse dado ser coletado.

Por isso, a publicação ou utilização indevida de um dado que não esteja de acordo com as diretrizes legislativas poderá gerar sanções e multas. Essas punições podem ser administrativas, de acordo com o artigo 52¹¹ da lei 13.709/18, com uma vertente monetária.

Com essa iniciação do Direito Digital no Brasil atrelada diretamente à importância do direito sucessório, o atual conjunto de normas tem o intuito de dar a

¹¹ Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:
I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

proteção jurídica de forma geral aos bens que devem ser transmitidos a alguém após a morte, já que esse é o papel dessa ramificação do Direito Civil, partindo do Código Civil em seus artigos 1.786¹² e 1.788¹³.

Deste modo, quanto aos arquivos virtuais no âmbito sucessório, ainda não há o devido amparo legislativo. Na expectativa de um amparo da questão no ordenamento, o Deputado Jorginho Mello (PSDB/SC) criou o Projeto de Lei de nº4.099-A, de 2012¹⁴ que visa alterar a visibilidade e aplicabilidade da sucessão digital. O PL tem a proposta de acrescentar o texto ao art. 1.788 do Código Civil, sem alterar sua redação original.

De acordo com o explanado, percebe-se que não há objeção na legislação atual com relação ao enquadramento os arquivos digitais como patrimônio, mas, para proteger todo tipo de bem virtual, é importante ressaltar o Projeto de Lei e dar ênfase aos bens sem valor econômico que também são importantes no momento da sucessão para a família.

Com esse Projeto de Lei, é trazida uma justificação crível para esse tema ser tratado no Código Civil brasileiro. A simples existência de casos concretos relacionados ao tema, já é razão suficiente para que esteja codificado. Assim, é mais vantajoso que o direito visualize essas situações, regularizando e uniformizando a questão antes que grandes conflitos possam vir a acontecer.

Sendo assim, partindo da ideia do Projeto de Lei supracitado, na falta de uma norma geral, os juízes acabam por não ter uniformidade em suas decisões, podendo, em casos semelhantes, ajudar ou prejudicar alguma família. Essa desigualdade, por sua vez, gera um tratamento distinto e individualizado a cada caso concreto, podendo gerar uma insegurança jurídica. Deste modo, há a expressa necessidade da lei civil de tratar do tema.

A proposta legislativa adentra as demandas atuais e moderniza a legislação

¹² Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

¹³ Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

¹⁴ Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1.788 [...] Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” (NR)

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

civil brasileira, justificando, portanto a questão atual, que vem prevendo a necessidade do acesso dos herdeiros aos dados digitais, visto que houve um expoente crescimento na produção de arquivos digitais como fotos, músicas, livros (estes, por meio de e-books), aplicativos e cultivos acadêmicos e intelectuais.

Atualmente, diante da perspectiva jurídica do tema, há pouca incidência nos casos de Herança Digital no judiciário brasileiro, mas o que deve ser levado em consideração é que tudo com características patrimoniais é passível de transmissão. A realidade é que está ocorrendo um aumento nos trabalhos virtuais, e que cada vez mais geram patrimônio. Um exemplo concreto são os “influenciadores digitais” pessoas que trabalham demonstrando seu estilo de vida em redes sociais e que atualmente chegam a ganhar milhões de reais com essas experiências virtuais.

Desta forma, há uma grande necessidade no sentido de trazer a realidade ao mundo jurídico, pois a Herança Digital já é um fato explícito, devendo, portanto, ser regulamentada.

Quanto ao tema em questão, há outro projeto legislativo necessário de ser esmiuçado. O Projeto de Lei 4.847/2012, de autoria do Deputado Marçal Gonçalves Leite Filho, que se encontra arquivado tem a justificativa: “Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada ‘Herança Digital’”.

A opinião do criador do projeto de lei, em sua justificação, é totalmente cabível. O mesmo entende que o conceito de Herança Digital é um assunto pouco levantado e estudado e no Brasil.

Por isso, é demasiada a necessidade de uma legislação apropriada tratando do assunto, para que haja o resguardo dos arquivos daqueles que falecerem, principalmente quando não houver nada determinado em testamento, que, atualmente, é uma das poucas opções para casos assim, de acordo com a legislação civil pátria. Mas é importante ressaltar que existem plataformas e redes sociais, como o *Facebook* e o *Twitter*, que permitem a determinação por parte do usuário de quem proverá e decidirá o que será feito com a conta em questão.

Dessa forma, o Projeto de Lei 4.847/2012 se encontra atualmente acoplado ao PL 7.742/2017, que por sua vez busca assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram acrescentando ao Marco Civil da Internet o

art. 10-A¹⁵ a fim de dispor sobre o futuro destino das contas *online* após a morte de seu titular, pretendendo, portanto, assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles entes falecidos.

Por sua vez, o projeto supramencionado versa sobre a escolha de excluir a conta por seu dono ainda em vida, não dispondo de um caso em que não haja a última vontade da parte. Mesmo sendo o mais atual dos projetos, ele acaba por ter sua característica de inviabilidade, visto que se demonstra incompleto.

Por todo o exposto, no capítulo futuro haverá a apresentação de uma oposição bastante peculiar para o instituto do Direito Digital, que faz referência ao conflito entre a Herança Digital e o direito à privacidade, situação esta que será elucidada com a demonstração de dispositivos já existentes no ordenamento, que não afastam a possibilidade dessa sucessão digital.

3 HERANÇA DIGITAL *VERSUS* O DIREITO A PRIVACIDADE DO DE CUJUS

A Constituição Federal no art. 5.º, inciso X¹⁶ versou sobre a proteção da privacidade, assegurando-a como direito fundamental. Portanto, entende-se que essa consagração é adotada na abrangência referente a qualquer manifestação íntima no que se tratar da vida privada e da personalidade dos sujeitos.

De acordo com Danilo Doneda (2018), é importante ressaltar que a proteção da privacidade é uma preocupação dos tempos atuais, visto que antes de 1988 era restrita a conceituação da liberdade de expressão. Era uma realidade de forte

¹⁵ Art. 10-A. Os provedores de aplicações de Internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de Internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de Internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de Internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.

¹⁶ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

hierarquia social, impedindo a manifestação de qualquer vontade ou opinião do povo. Sendo assim, não havia como se preocupar com a privacidade, já que, por haver certa escolha de informações, instituto conhecido hoje como censura, publicações particulares não eram vinculadas como acontece atualmente.

Ocorre que, com o frequente uso das redes sociais, a definição de privacidade vem se tornando diferente, já que há uma exibição muito maior por parte das pessoas que são livres e compartilham tudo aquilo que desejam sobre momentos ou sentimentos. Havendo, portanto, uma faculdade dos sujeitos, é decisão particular expor ou não alguma notícia ou algum dado referente a si. É a escolha de se tornar público ou não.

Sendo assim, a sociedade atual entende que cada sujeito tem a opção de impedir a interferência de outras pessoas em sua vida privada, bem como pode recusar o acesso a informações pessoais na rede mundial de computadores. Mas não é necessariamente assim. Se atrelado ao direito sucessório digital, pode-se entender um efetivo conflito. Por este motivo, inclusive, é imprescindível entender os prejuízos da contínua violação à privacidade na Internet na vida social atual.

O fundamento principal do direito sucessório digital, ou seja, da Herança Digital, é transmitir os bens acoplados a plataformas inerentes à Internet. Sendo assim, o direito à privacidade do *de cuius* está ameaçado, partindo do pressuposto de que nem tudo que está resguardado no computador, por vontade do falecido, deveria ser conhecido pelos seus herdeiros.

De acordo com os ensinamentos de Farias Lima (2016, p. 416):

Lidar com a morte é uma tarefa árdua e que, por mais que nasçamos com esse futuro certo, ele sempre nos gera um sem número de dores e perplexidades.

As novas tecnologias criaram situações complexas que nos fazem debater o legado de um homem e como trata ser rastro digital deixado durante a vida.

Nesse contexto, diante da proteção da privacidade, é importante mencionar novamente o Marco Civil da Internet (lei n. 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei n. 13.709/2018), que, por sua vez, no momento de sua vigência, modifica de forma sutil o tratamento que pode vir a ser dado na Herança Digital.

As bases de fundamentos das duas leis referem-se principalmente ao respeito

à privacidade, liberdade de expressão, de informação, de comunicação, de opinião e da manifestação de pensamentos. Tratam também da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem nos termos da Constituição Federal.

A Lei de Proteção de Dados Pessoais omite-se expressamente quanto aos arquivos digitais, dispondo em seu art. 4º¹⁷ a impossibilidade de tratar dos bens pessoais que estejam na esfera digital, que no caso podem ser entendidos como os arquivos virtuais, os quais já foram abordados. A legislação, por sua vez, dispõe apenas de dados básicos como dispõe em seu art. 5º¹⁸.

Em contrapartida, a Herança Digital pode encontrar óbices no Marco Civil da Internet, visto que, em seu art. 10¹⁹, refere-se expressamente a disponibilização de arquivos digitais, dispostos no texto legislativo como “conteúdo de comunicações privadas” e sua transmissão deve respeitar a preservação da intimidade privada.

Sendo assim, inicia-se o questionamento: transmitir os dados contidos em redes sociais e em plataformas de armazenamento iria ferir o direito à intimidade?

¹⁷ Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

¹⁸ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

¹⁹ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Pois bem, a Herança Digital ultrapassa o conceito de “conteúdo de comunicações privadas”, pois o instituto refere-se a muito mais que as redes sociais, trazendo a possibilidade de a família ter acesso a um acervo de patrimônio e não a intimidade da pessoa falecida.

Por isso, Farias Lima (2016, p. 420) dispõe que:

Por menos representativa que uma pessoa seja em certa comunidade, o rastro digital deixado se constitui em parte da história de sua família. Quão magnífico não será um bisneto poder acompanhar a opinião de seu bisavô, quando em sua idade, e vivendo momentos históricos completamente diferentes? São palavras que unem gerações

A dualidade que existe na exposição e a utilização desses documentos digitais de forma livre é exatamente a possibilidade de utilizar os arquivos socialmente, conflitando com a privacidade que o falecido tinha em vida sendo totalmente estilhaçada. Por isso, o patrimônio digital não está em risco com a transmissão desses bens.

Atualmente, plataformas como *Facebook* e *Twitter* trazem a possibilidade do usuário determinar um “sucessor” para sua conta e esteios de como ela poderá ser gerida após o falecimento, desde a conservação de sua página, possibilitando a transformação em um memorial chegando à possibilidade da exclusão do perfil por familiares do falecido, mediante comprovação da morte do titular.

Por isso, atualmente, já existem formas de deixar a sua última vontade dentro das plataformas utilizadas. O que ainda causa desconforto são os casos de pessoas que não dispõem de sua última vontade, o que demonstra uma necessidade social de legislação sobre o assunto, que disponha limites e regras para essa transmissão.

É importante trazer a discussão o fato da possibilidade de prejudicar terceiros com essa publicização dos arquivos. No Marco Civil da Internet, em seus artigos de 18 a 21²⁰, dispõe das regras que pairam possíveis lesões. Esses conceitos podem ser diretamente aplicados no âmbito da sucessão digital, visto que, ao compartilhar arquivos, algum deles pode-se tratar, eventualmente, de conteúdo de terceiros. Por isso, a lei em seu texto expresso tem o escopo de evitar a censura, dando a solução no art. 19 em seu caput.

É importante frisar que a lei em questão (12.965/2014) disponibiliza conteúdo referente à requisição judicial de registros. Em possibilidade analógica, com a ausência de legislação sobre o assunto, pode-se sugerir as famílias que usem a

²⁰ Art. 18. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na Internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de Internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na Internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de Internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de Internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

legislação para requerer o acesso aos bens virtuais de seus entes falecidos. Essa disposição ocorre nos artigos 22 e 23²¹, dando ao juiz o poder de decisão sobre os assuntos que atualmente são realidade nos poucos casos de Herança Digital.

Por fim, entende-se que não há nenhum risco relacionado à nova espécie sucessória mencionada, visto que as novas legislações têm o intuito de beneficiar todo o direito, dando proteções a questões jurídicas novas e iniciando discussões sobre o Direito Digital, trazendo cada vez mais situações legislativas que pedem a codificação da Herança Digital.

4 CONCLUSÃO

Em face do exposto, pode-se concluir que a inclusão social do meio digital, através da Internet, trouxe uma necessidade de adequação jurídica à nova realidade dos sujeitos. Sendo assim, ao dispor de diversos documentos virtuais ou de redes sociais, tornou-se imprescindível a presença da Herança Digital que, por sua vez, adequa ao mundo jurídico a possibilidade de transmitir esse patrimônio a qualquer herdeiro legítimo.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro não há a legislação referente ao tema, mas também não há nenhum elemento que impeça a eventual inclusão do patrimônio digital.

Quanto ao patrimônio, esse deve ser analisado de forma específica, determinando, portanto, o que tem valor econômico ou não, partindo do pressuposto de que existem, verdadeiramente, bens com cunho monetário dentro de plataformas digitais.

²¹ Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de Internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Para a transmissão, ainda deve-se observar, de plano, se ela não fere o direito à privacidade do *de cuius* para que haja a efetiva sucessão. A situação fática só não se apresenta de forma mais grave, pela possibilidade da aplicação dos institutos já existentes no Direito Civil, como por exemplo, o testamento, que não obsta que os bens virtuais estejam dispostos em seu texto como patrimônio sucessório.

A incerteza da melhor forma de suceder esses arquivos já é realidade desde 2012, quando foram criados dois projetos de lei referentes ao tema, já que nota-se uma preocupação em uma forma isonômica de tratamento, ou seja, a adequação do patrimônio digital em matéria apta à sucessão.

O ordenamento jurídico pátrio carece de uma uniformização legal, para que haja segurança jurídica, não havendo incertezas referentes ao destino dos bens, já que, sem a objetividade de uma lei, os arquivos podem ser esquecidos e até mesmo excluídos, dando um destino inutilizável a esses bens que, de alguma forma, poderiam ajudar a sociedade como um todo ou particularmente a família do *de cuius*.

Contudo, mesmo com tantos indicativos demonstrados da necessidade de trazer a Herança Digital ao âmbito jurídico, ainda surgem litígios que colocam em risco o acesso dos herdeiros aos bens virtuais, principalmente quando se trata do direito fundamental à privacidade. Existem possíveis impedimentos no ordenamento, mas, se analisados de forma completa, não geram um perigo de dano aos arquivos digitais de falecidos, e sim oferecem mais proteção, não dispondo expressamente a impossibilidade dessa sucessão de arquivos imersos na Internet.

Deste modo, ocorre uma dualidade e um conflito de interesses, que deve ser amenizado com a criação e promulgação de uma lei que verse sobre alguns limites da Herança Digital, visto que, sem a temática estar presente no ordenamento, fica muito mais difícil que a sociedade entenda do que se trata o instituto e, nessa esteira, comece a criar uma nova cultura referente à transmissão dos bens virtuais.

Desta forma, é importante ressaltar que o direito dos herdeiros não pode ser prejudicado, pois, como já citado, os bens podem ter uma vertente econômica forte, visto que atualmente muitas pessoas têm um verdadeiro patrimônio de forma totalmente digital.

Portanto, a conclusão se dá pela indiscutível necessidade de inclusão dos bens digitais ao patrimônio sucessório, transmitindo-os imediatamente aos herdeiros, da mesma forma que os bens não virtuais, já que a herança também é direito

fundamental.

Os bens virtuais têm de ser tratados de forma igualitária, não havendo mais espaço para diferenciações e exclusões. Torna-se imprescindível, na contemporaneidade, a inserção do Direito Digital no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, há a grande necessidade de integrar o direito sucessório clássico ao digital e atual.

É importante ressaltar que o Marco Civil da Internet não impede a procedência da Herança Digital, ao contrário, ajuda com uma proteção aos dados, visto que, ao delimitar regras gerais, faz com que a Internet deixe de ser uma “terra sem leis”. Sendo assim, a sucessão virtual torna-se cada vez mais uma realidade possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, a ausência de legislação destaca a insegurança jurídica que já está sendo emanada do cenário jurídico brasileiro, pois uma vez que não há legislação, existem diversas lacunas, não trazendo respostas para as famílias, e por isso, a pluralidade de soluções que podem ser atribuídas aos casos concretos desestabiliza e desestimula a utilização dessa nova espécie sucessória.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Manoel Ubaldino de. **Teoria e prática dos testamentos**. São Paulo: Saraiva, 1965.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Marco civil da internet**. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/marco-civil/marco-civil>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. (org.). **Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao#wrapper>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (2012). Projeto de Lei n. 4099/2012, de 20 de junho de 2012. Altera o art. 1.788 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". **PI 4099/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 2002**: institui o Código Civil. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**: estabelece Princípios, Garantias, Direitos e Deveres Para O Uso da Internet no Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.847, de 2012**: Acrescenta O Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei N. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, 2012.
Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=Tramitacao-PL+4847/2012>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 7742/2017, de 30 de maio de 2017**: acrescenta o art. 10-A à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de Internet após a morte de seu titular. Projeto de Lei. Brasília, Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CORREIA, Janaína Gonçalves. Herança Digital: sucessão de bens digitais na ausência de testamento. **Juris Rationis**, Natal, Ano 9, v. 2, p. 46-55, 2017.
Disponível em:
<http://portal.unp.br/arquivos/pdf/institucional/edunp/juris_a9n2.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança Digital: Valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 9, p.187-215, 2016. Disponível em:
<<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FELIX, Bruno de Carvalho. **A sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança: análise do projeto de Lei 75/2013**. 2017. 32 f. Monografia (Graduação – Curso de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017).
Disponível em:
<https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/5459/6/A%20suc_bens_cont_dig_aut_her_2017_Monografia_Felix.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FREITAS, Jonathan Marques de. **Novas perspectivas do direito sucessório da sociedade webconectada**: apontamentos acerca da herança digital no Brasil e nos Estados Unidos. 2016. 36 f. Monografia (Graduação - Curso de Direito) – Faculdade de Direito de Santa Maria – Fadisma, Santa Maria, 2016. Disponível em: <<http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2018/01/novas-perspectivas-do-direito-sucessorio-da-sociedade-webconectada.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JANARY JÚNIOR. Marco legal da proteção de dados pessoais é sancionado; lei entra em vigor em 2020. **Câmara notícias**, 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/561337-MARCO-LEGAL-DA-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-E-SANCIONADO-LEI-ENTRA-EM-VIGOR-EM-2020.html>>. Acesso em: 11 set. 2018.

LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de direito digital**: fundamento legislação e jurisprudência. Curitiba: Appris, 2016.

MIRANDA, Tiago. **Câmara aprova acesso de herdeiros a arquivos digitais de falecidos**. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/449808-CAMARA-APROVA-ACESSO-DE-HERDEIROS-A-ARQUIVOS-DIGITAIS-DE-FALECIDOS.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POMPEU, Carolina. **Herdeiros poderão ter acesso a arquivos digitais de falecidos**. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/427252>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PORTAL PLANALTO. **Neutralidade, liberdade de expressão e privacidade**: conheça os pilares do Marco Civil. 2015. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/04/neutralidade-liberdade-de-expressao-e-privacidade-conheca-os-pilares-do-marco-civil>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

RINZLER, Yuri. **Herança digital**: novo marco no direito das sucessões. 2015. 77 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça - SC, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/19019650/Heranca_Digital_-_Novo_Marco_no_Direito_das_Sucessoes>. Acesso em: 10 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 6**: direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEIRA, Alexandre Pires. **Direito autoral na sociedade digital**. 2. ed. São Paulo: Montecristo, 2018.

UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS ENCARGOS SOCIAIS COBRADOS DO EMPREGADOR DOMÉSTICO E DO EMPREGADOR EMPRESARIAL

Cíntia de Fátima Silva¹

Diego Sidrim Gomes de Melo²

Percy Lopes Júnior³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a desproporcionalidade da cobrança dos encargos sociais do empregador empresarial e do empregador doméstico. Com o advento da Lei Complementar 150/2015, também conhecida como a PEC das domésticas, o contrato de trabalho desta categoria passou a onerar bem mais o empregador doméstico, que por não auferir qualquer lucro com as atividades exercidas por seu empregado em âmbito residencial, passou a avaliar a própria necessidade versus a possibilidade em manter o vínculo empregatício formal com o trabalhador doméstico. A pesquisa realizada tem relevância ante as necessárias inovações trazidas pela LC nº 150/2015, e tem como resultado a conclusão de que o legislador, ao onerar sobremaneira o empregador doméstico, findou por expor ao risco do desemprego os profissionais da categoria, efeito justamente contrário ao almejado com a promulgação da mencionada Lei.

Palavras chave: Empregador empresarial. Empregador doméstico. Encargos sociais. Desproporcionalidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the disproportionality of the collection of the social charges of the business employer and the housekeeper. With the advent of Complementary Law 150/2015, also known as the PEC of housekeeper, the labor contract

¹ SILVA, Cíntia de Fátima. Bacharela em Direito e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar – UnP. E-mail: cintiafs.adv@gmail.com

² MELO, Diego Sidrim Gomes de. Bacharel em Direito e Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia. E-mail: diego-sidrim@hotmail.com

³ LOPES JÚNIOR, Percy. Bacharel em Direito pela Faculdade Natalense de Ensino e Cultura – FANEC. E-mail: percy.junior@ig.com.br

of this category began to burden housekeeper much more, that for not gaining any profit from the activities performed by its employee in a residential, began to evaluate the need itself versus the possibility of maintaining the formal employment bond with the housekeeper. The research carried out has relevance to the necessary innovations brought by LC nº 150/2015, and has as a result the conclusion that the legislator, by imposing a heavy burden on housekeeper, ended up exposing to the risk of unemployment the professionals of the category, just the opposite effect to the aim with the promulgation of said Law.

Keywords: Business employer. Housekeeper. Social charges. Disproportionality.

1 INTRODUÇÃO

Os encargos sociais que derivam das relações de emprego são de responsabilidade do empregador. São obrigações tributárias legais tanto para com o Estado quanto para com seu funcionário. Estima-se que os empresários brasileiros pagam mais taxas referentes aos seus colaboradores do que quaisquer outros empresários no mundo, que podem chegar a 36% dos custos relacionados a uma folha de pagamento.

A Lei Complementar nº 150/2015, popularmente conhecida como PEC das Domésticas, regulamentou a relação empregatícia doméstica, impondo ao empregador da categoria encargos sociais semelhantes aos cobrados do empregador empresarial. Todavia, a empresa auferir lucro com a atividade de seu empregado e com isso consegue manter o contrato de trabalho, haja vista o caráter essencialmente econômico da relação de emprego, ao contrário do empregador doméstico, que apenas paga para ter o serviço prestado em âmbito familiar e residencial, sem perceber qualquer lucro com as atividades exercidas por seu empregado. Assim sendo, evidencia-se nitidamente a desproporcionalidade da cobrança dos encargos sociais do empregador doméstico e do empregador empresarial.

O presente estudo encontra justificativa nas necessárias inovações trazidas pela LC nº 150/2015, em confronto aos vícios das relações empregatícias em âmbito doméstico que, por terem um caráter mais intimista findam por dificultar ou mesmo impedir o acesso do trabalhador em perceber o que lhe é de direito. Contudo, ao onerar sobremaneira o empregador doméstico, o legislador findou por expor ao risco de

desemprego os profissionais da categoria, haja vista que o empregador passou a analisar detidamente sua necessidade *versus* a possibilidade em manter o empregado doméstico. Diante deste quadro, questiona-se: como os encargos agora exigidos do empregador doméstico, com o advento da LC nº 150/2015, afetam os profissionais desta categoria?

2 CONTRATO DE TRABALHO

Entende-se por contrato, conforme o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), o negócio jurídico acordado de forma tácita ou expressa, mediante o qual as partes ajustam entre si direitos e obrigações recíprocas. Para ter validade, é necessário que o contrato atenda aos elementos essenciais, ou jurídico-formais, elencados no artigo 104 daquela lei:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

No âmbito do Direito Trabalhista, tem-se que a primeira ação legal a ser tomada entre empregador e empregado para formalizar o vínculo empregatício é a pactuação do contrato de trabalho, que visa proporcionar segurança e proteção para ambas as partes.

Assim, o contrato de trabalho constitui-se em negócio jurídico e, como tal, abarca em si os elementos essenciais elencados no artigo 104 do Código Civil: capacidade das partes, licitude do objeto e forma prescrita ou não vedada por lei, obviamente com as necessárias adequações à esfera laboral. É através do contrato de trabalho que empregador e empregado estabelecem todas as condições de trabalho, com as devidas obrigações, deveres e possíveis acordos.

O Decreto-Lei nº 5.452/43, também conhecido como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), disciplina a relação de emprego ao definir o contrato individual de trabalho como acordo tácito ou expresso, podendo ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que não fira os preceitos legais e decisões das autoridades competentes:

Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

(...)

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Embora a terminologia usual e legal seja “contrato de trabalho”, o mais correto seria “contrato de emprego”. Isto é assim porque, conforme leciona MARTINS (2016, p. 160):

Contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia compreender qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário, etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí porque se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego, a espécie.

Isto posto, urge conceituar o que vem a ser contrato de trabalho. Nas palavras de DELGADO (2016, p. 559):

(...) define-se o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.

O contrato de trabalho representa o pacto de uma atividade, haja vista que não se contrata um resultado. Faz-se necessária a continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados periodicamente e conduzidos por aquele que auferir o mencionado serviço prestado. Estas características tornam evidente a existência de um acordo volitivo, autônomo e privado entre as partes.

Pode-se, portanto, caracterizar o contrato de trabalho como acordo de Direito Privado, bilateral, consensual, oneroso, sinalagmático, e de trato sucessivo. Possui ainda requisitos específicos como subordinação, pessoalidade ou *intuitu personae* quanto ao empregado, sendo dotado de alteridade e podendo vir acompanhado de outros contratos anexos (contrato complexo).

É acordo de Direito Privado, haja vista a natureza essencialmente privada das partes pactuantes (mesmo quando o Estado contrata empregados celetistas, ou seja, regidos pela CLT, pois nestas situações age como contratante particular, sem prerrogativas especiais em face da legislação laboral), os interesses dos envolvidos, como também em virtude da própria relação jurídica central desse contrato.

Tem caráter bilateral o contrato de trabalho, por ser pactuado apenas entre duas pessoas, o empregado e o empregador; não existe a participação de um terceiro nesta relação.

É indubitavelmente consensual, pois para existir não necessita de formalidades imperativas. Havendo consenso entre as partes, mesmo de forma verbal, o contrato de trabalho estará acordado. Pode, inclusive, ajustar-se tacitamente, sem necessidade de qualquer manifestação expressa proveniente de qualquer das partes contratuais.

Há onerosidade, posto que o contrato de trabalho não é gratuito: o serviço prestado pelo empregado deve ser remunerado. Segundo MARTINS (2016, p. 178), “Se o empregado presta serviços gratuitamente, por vários meses ou anos, não há contrato de trabalho”.

O contrato de trabalho é sinalagmático ou comutativo, pois as partes se obrigam entre si à satisfação de prestações recíprocas em relação ao outro, ensejando equilíbrio formal entre as prestações onerosas. Note-se que “não é o contrato sinalagmático em cada prestação, mas no conjunto das prestações” (MARTINS, 2016, p. 178).

Deve haver a continuidade na prestação de serviços, daí se adefere o caráter de trato sucessivo. “As prestações centrais desse contrato (trabalho e verbas salariais) sucedem-se continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se seguidamente, ao longo do prazo contratual” (DELGADO, 2016, p. 564). Não é instantâneo, pois não se exaure no cumprimento de uma única prestação.

A subordinação é um dos requisitos básicos do contrato de trabalho. O empregado exerce suas atividades com dependência ao empregador, por quem é dirigido; destarte, o obreiro é subordinado ao seu empregador, diferenciando-se assim do trabalhador autônomo, pois este último “não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio” (MARTINS, 2016, p. 176).

A pessoalidade ou *intuitu personae* quanto ao empregado também é um requisito do contrato laboral, ou seja, a prestação de serviços é realizada por certa e determinada pessoa, não podendo o empregado contratar com o empregador e aquele fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo trabalhista formar-se com o terceiro. “O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, prestação de serviços, empreitada, etc.” (MARTINS, 2016, p. 176).

O contrato de trabalho com relação ao obreiro é infungível. DELGADO (2016, p. 563) leciona que

A característica da infungibilidade obreira supõe a presença de uma *fidúcia* especial com relação ao empregado: a prestação laboral contratada é

subjetivamente infungível, não podendo ser cumprida por outrem que desonere o empregado contratado. É, desse modo, *atividade pessoal*, que não pode, por isso mesmo, ser pactuada por pessoas jurídicas (que contratam, não obstante, prestação de serviços no sentido amplo). Além disso, a atividade contratada (obrigação de fazer) é tida como *facienda necessitas*, isto é, trata-se da prestação principal do contrato sob a ótica obreira.

O trabalhador presta serviço por conta alheia, evidenciando a alteridade nesta modalidade contratual. É um labor sem qualquer risco pelo empregado:

O risco inerente à prestação de serviços e a seu resultado, além dos riscos do próprio empreendimento empresarial, todos são estranhos à figura do prestador (o obreiro, portanto, recaindo sobre o adquirente de tais serviços) (DELGADO, 2016, p. 564).

Típica do contrato de trabalho, a alteridade é inerente a este, independentemente do ajuste entre as partes, tácitos ou expressos, no tocante aos riscos do empreendimento ou do trabalho executado.

O contrato de trabalho pode ser classificado de várias formas. Contratos comuns são os mais usuais; dizem respeito a qualquer empregado e a eles aplica-se a CLT. Contratos especiais possuem algumas particularidades; no geral, são regidos por legislação especial ou constam numa parte específica da própria CLT, por dizer respeito a uma categoria específica. A exemplo disso, tem-se os professores, que percebem por aula dada, e não por hora; os marítimos, que ficam internos em embarcações por longo período, podendo-lhes ser exigido serviços por até vinte e quatro horas; os menores de dezoito anos, que são legalmente impedidos de prestar serviços em atividades insalubres ou perigosas; tem-se ainda os bancários, que têm contrato de trabalho com certas regras especiais fixadas por lei ou vantagens que foram asseguradas à categoria.

O contrato empregatício pode ser individual, quando possui apenas um único empregado no polo ativo da relação laboral pactuada, ou coletivo, quando há pluralidade em ambos os polos contratantes, no qual

seres coletivos empresariais e obreiros pactuam cláusulas assecuratórias de direitos e obrigações entre si e dispositivos fixadores de normas jurídicas autônomas aplicáveis à respectiva base econômico-social (DELGADO, 2016, p. 590).

Classifica-se o contrato laboral quanto à jornada, subdividindo-se em tempo real, que corresponde à jornada de oito horas diárias, no limite de quarenta e quatro horas

semanais; e tempo parcial, quando o obreiro presta seus serviços de forma a não exceder 30 horas semanais, em alguns casos, 26 horas semanais.

No tocante à manifestação, o contrato de trabalho pode ser expresso ou tácito. No Direito Civil, a manifestação da vontade contratual é vista de forma mais relevante do que na seara trabalhista. Isto é assim por que os contratos laborais possuem um caráter de adesão, além de as normas trabalhistas possuírem regras imperativas que visam equilibrar as partes pactuantes. Destaque-se que a informalidade não elimina a importância da documentação dos atos contratuais trabalhistas.

Por fim, os contratos de trabalho podem ser classificados quanto sua duração, dividindo-se em por prazo determinado ou indeterminado. Contratos por prazo indeterminado são aqueles cuja duração temporal não tenha um fator extintivo predeterminado, mantendo-se vigentes ao longo do tempo. Encontra respaldo legal no artigo 452 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 452. Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 06 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

De acordo com DELGADO (2016, p. 593), “a indeterminação da duração dos contratos constitui regra geral incidente aos pactos empregatícios”, que concede um status de privilegiado de presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação laboral. Essa presunção é entendimento pacífico, sendo inclusive objeto sumulado do Tribunal Superior do Trabalho, TST:

Súmula nº 212 do TST
DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Os contratos de trabalho por prazo determinado, por sua vez, são aqueles que possuem prazo ou termo prefixado para sua conclusão. A CLT regulamente esta modalidade contratual em seu artigo 443:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou

indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

O contrato por prazo determinado encontra sua definição legal no §1º do referido artigo: “Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”. Trata-se, portanto, de uma exceção: não apresenta característica de continuidade, possuindo natureza jurídica convencional, ou seja, necessita de um acordo de vontades.

Por seu caráter excepcional, os contratos por prazo determinado possuem regras, características e efeitos jurídicos que o diferenciam: sua duração é prefixada em virtude da atividade econômica exercida pelo empregador, seja pela limitação do tempo ou pela sazonalidade da atividade exercida, ou ainda, quando o contrato for em caráter de experiência, que visa avaliar se o pretense empregado tem condições de prestar serviço, verificando seu desempenho na função ofertada.

A CLT é clara no tocante à limitação temporal do contrato de trabalho por prazo determinado. Seu artigo 445 limita ao prazo de dois anos esta modalidade contratual, podendo ser prorrogado uma única vez, nos moldes do artigo 451 do mesmo diploma legal, inserido pela Lei nº 9.601/1998, que dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado:

Art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 02 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

Parágrafo único. O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

(...)

Art. 451. O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

Sobre o contrato de experiência, o prazo legal é de noventa dias; após este período, sem manifestação contrária das partes, o pacto converte-se automaticamente em contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Em linhas gerais, tem-se explanado aqui o vínculo que une o empregador e

empregado na relação jurídica trabalhista, o contrato de trabalho, com suas características, requisitos e espécies. Por ter caráter oneroso, uma das obrigações advindas do pacto laboral são os encargos sociais, via de regra de responsabilidade do empregador.

Passar-se-á, então, à análise da parte contratante na relação de emprego: o empregador, em duas modalidades específicas, empregador empresarial e o doméstico.

3 EMPREGADOR EMPRESARIAL

Define-se empregador como “a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com personalidade, onerosidade, não eventualidade e sob subordinação” (DELGADO, 2016, p. 443). Empregador é, portanto, o contratante, o tomador de serviço na relação empregatícia. A CLT traz o conceito em seu artigo 2º:

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Note-se que a CLT iguala a figura do empregador à empresa. Nas palavras de DELGADO (2016, p. 444):

De fato, a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que a ordem justabalhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento focado, independentemente da alteração de seu titular.

Assim, o mesmo autor conceitua empresa como

o complexo de bens materiais e imateriais e relações jurídicas que se reúnem como um todo unitário, em função de dinâmica e finalidade econômicas fixadas por seus titulares. É a organização dos fatores de produção (bens, relações, direitos e obrigações) a serviço de um fim econômico previamente definido (DELGADO, 2016, p. 448).

Em um conceito mais atual, pode-se definir empregador “como sendo pessoa física ou jurídica, que assumindo riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de pessoal e serviços” (QUEIROZ, 2016, p. 1).

Em que pesem os esclarecimentos acima, o direito trabalhista mantém a concepção de empregador empresarial ou urbano inerente à empresa. Isto é assim, pois, economicamente falando, a empresa detém em si a combinação dos fatores de produção: terra, capital e trabalho; desta feita, a empresa tem suas atividades nitidamente voltadas para o mercado e isto por si só aduz a condição de empregadora.

A figura do empregador empresarial traz consigo duas características: a despersonalização, para fins justralhistas, e a alteridade, que vem a ser a assunção dos riscos do empreendimento e do próprio contrato de trabalho. Destarte, a despersonalização vem a ser a “circunstância de autorizar a ordem justralhista a plena modificação do sujeito passivo da relação de emprego (o empregador) sem prejuízo da preservação completa de contrato empregatício com novo titular” (DELGADO, 2016, p. 445). Enquanto a pessoalidade é elemento intrínseco ao empregado, a impessoalidade é atributo atávico à figura do empregador.

Importa destacar que a despersonalização do empregador é de suma importância quando se faz necessária a “busca da responsabilização subsidiária dos sócios integrantes da entidade societária, em contexto de frustração patrimonial pelo devedor principal na execução trabalhista” (DELGADO, 2016, p. 446).

Desta feita, dois são, portanto, os requisitos para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica: (a) abuso da personalidade jurídica, que é caracterizado pelo desvio de sua finalidade, como, por exemplo, por fraude; (b) confusão patrimonial, como na hipótese em que o patrimônio da microempresa se confunde com o de seus sócios, como no caso da utilização da conta bancária do sócio para pagar dívidas da empresa. (MARTINS, 2016, p. 309).

Outra característica do empregador é a alteridade, pois este assume os riscos de sua atividade econômica, ou seja, são de sua responsabilidade os resultados positivos e

negativos. Em outras palavras, “o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução” (DELGADO, 2016, p. 447).

Outro ponto que merece relevância é a distinção que se deve fazer entre empresa e estabelecimento. Segundo MARTINS (2016, p. 305): “Empresa, entretanto, não se confunde com o *estabelecimento*, que é o lugar em que o empresário exerce suas atividades. O estabelecimento é parte da empresa”. LEITE (2015, p. 1), entende que:

O estabelecimento principal é o lugar de onde emanam as diretrizes do empresário, onde se tem a sede dos seus negócios. É onde se centraliza a atividade e influência econômica e onde recebem impulso diretor.

Essa distinção entre a figura do empregador e o estabelecimento é crucial na teoria e prática do Direito do Trabalho, pois, nas palavras de DELGADO (2016, p. 450):

(...) a ordem justralhista, em distintas oportunidades (quando trata, por exemplo, do grupo econômico, da sucessão de empregadores ou do tema da responsabilidade), *acentua a integração objetiva da relação de emprego no complexo de bens materiais e imateriais componentes de tais institutos, como fórmula de potencializar os objetivos protecionistas perseguidos por esse ramo jurídico especializado.*

Inferre-se daí, portanto, que o estabelecimento não pode se confundir com a figura do empregador por ser um conjunto de bens e não um sujeito de direitos.

Por fim, importa destacar a distinção entre a empresa e a figura do proprietário, “pois uma empresa bem gerida pode durar anos, enquanto o proprietário falece” (MARTINS, 2016, p. 305). Daí vem o conceito de instituição, sendo esta aquilo que perdura no tempo. O autor explica que:

Nesse conceito, verifica-se que o empresário não é aquele que exerce sua atividade eventualmente, mas habitualmente, com características profissionais. Quem assume os riscos do empreendimento é o empresário, que se beneficia dos lucros e se expõe ao prejuízo.

A figura do empregador possui algumas características atávicas, como as citadas neste capítulo: a despersonalização a alteridade, por exemplo. Existem várias espécies de empregador: o empregador urbano ou empresarial, o empregador rural, o empregador doméstico, a empresa de trabalho temporário, o grupo de empresas, etc. O presente trabalho limitar-se-á ao estudo do empregador empresarial e do empregador doméstico. Passa-se, portanto, à análise deste último.

4 EMPREGADOR DOMÉSTICO

Não há uma definição exata do que venha a ser o empregador doméstico na CLT, nem a Lei Complementar nº 150/2015, conhecida como a Lei do Empregado Doméstico, o define expressamente. Entretanto, a Lei nº 8.212/91, Lei Orgânica da Seguridade Social, traz em seu artigo 15, inciso II, o seguinte conceito:

Lei Orgânica da Seguridade Social - Lei 8.212/91

Art. 15. Considera-se:

(...)

II - empregador doméstico - a pessoa ou família que admite a seu serviço, sem finalidade lucrativa, empregado doméstico.

Partindo desta premissa, veja-se o artigo primeiro da Lei Complementar nº 150/2015, que estabelece o que vem a ser empregado doméstico:

Art. 1º. Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 02 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Tem-se, então, que empregador doméstico é a pessoa física ou família que percebe a prestação de serviços de natureza contínua, sem finalidade lucrativa, por parte do empregado doméstico, para seu âmbito residencial. Conforme conceitua MARTINS (2016, p. 331):

O empregador doméstico é a pessoa ou família que, sem finalidade lucrativa, admite empregado doméstico para lhe prestar serviços de natureza contínua para seu âmbito residencial (...). Não pode, portanto, o empregador doméstico ser pessoa jurídica nem ter atividade lucrativa. (MARTINS, 2016, p. 311).

Não há de se falar em pessoa jurídica como empregador doméstico, pois esta geralmente terá por escopo atividade lucrativa, nem se pode pensar numa pessoa jurídica que seja família, daí restringir à figura do empregador a pessoa física ou família.

O termo família é deveras muito amplo, podendo ter vários significados. Mesmo no âmbito do Direito, não se tem um conceito definido de família. Juridicamente, portanto, faz-se necessário delimitar a acepção do termo. DINIZ (2015, p. 23) leciona que, “na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo *família*: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita”.

Segundo a professora (DINIZ, 2015, p. 24), “no *sentido amplíssimo* o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos”. Já no sentido lato, “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)” (DINIZ, 2015, p. 24). Por fim, para a mesma autora, no sentido restrito, família é

o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (...), e *entidade familiar* a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes (...), independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou. (DINIZ, 2015, p. 24).

Assim sendo, para efeitos da legislação trabalhista e caracterização da família como empregador doméstico, elucida MARTINS (2015, p. 16):

A lei usa, porém, o termo *família* num sentido amplo, devendo-se entender que são todas as pessoas que vivam na mesma residência, como ocorre com parentes que moram no mesmo local, como tio e sobrinho ou irmãos e primos. Família pode ser um conjunto de pessoas que habita na mesma casa, como de uma família irregular. Essa também é uma forma de se interpretar a expressão *âmbito residencial*, isto é, esta compreende as pessoas que nele residam. Pouco importa se a família tem ou não personalidade jurídica, pois esse não é o elemento marcante para descaracterizar a condição do empregado doméstico, mas a situação de fato.

Destaque-se que o empregador doméstico não é apenas a família, necessariamente, considerada em seus aspectos de parentesco. É também um grupo de pessoas que se reúnem para viver conjuntamente, a exemplo de estudantes que ocupam uma residência ou apartamento, e necessitam de uma pessoa para realizar serviços domésticos.

Isto posto, qualquer membro da família pode registrar o empregado doméstico e fazer anotações em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), desde que estejam resguardados os direitos do trabalhador.

No tocante ao âmbito residencial, este pode ser compreendido como a casa, apartamento, ou lugar diverso onde resida o empregador. Estende-se também ao sítio de recreio ou chácara, à casa de campo ou de praia, pois se entende serem estes uma extensão da residência da pessoa. Isto é assim porque

Residência tem, aqui, um sentido amplo, podendo ser estendida uma residência provisória, como o sítio, a casa de campo, em que o empregador passa alguns dias do ano. Âmbito residencial quer dizer todas as propriedades residenciais do empregador, mesmo que nelas ele não fixe moradia ou domicílio de forma permanente. O fato de o empregado doméstico realizar seu trabalho fora do âmbito residencial não descaracteriza a situação, como ocorre com o motorista, com a própria empregada doméstica que vai ao banco pagar contas do patrão ou vai à feira, ao supermercado, ao sapateiro, etc. O importante não é o local em que o serviço está sendo prestado, mas se o é para o âmbito residencial. (MARTINS, 2015, p. 17).

Um ponto crucial para a caracterização do empregador doméstico é não ter por intuito atividade lucrativa com a prestação de serviços do trabalhador. São, portanto, um grupo de consumo: nada produz, não tendo, destarte, finalidade lucrativa na condição de família. “Trata-se, pois, de serviços sem potencial de repercussão direta fora do âmbito pessoal e familiar, não produzindo benefícios para terceiros” (DELGADO, 2016, p. 402).

Se as atividades do empregado doméstico passarem à produção e consequente fonte de lucro, este será considerado empregador comum, e não doméstico.

Destarte, o empregador doméstico não poderá auferir lucro com as atividades de seu obreiro, sob pena de se descaracterizar a relação de trabalhador doméstico, passando este à condição de empregado comum e fazendo jus a todos os encargos inerentes. MARTINS (2017, p. 17) ainda elucida:

Assim, a arrumadeira de uma residência será empregada doméstica, pois naquela não há atividade lucrativa, enquanto que, se trabalhar para um hotel, será empregada urbana regida pela CLT; a cozinheira que trabalhar na residência será doméstica, no restaurante será empregada urbana; o jardineiro de uma residência será doméstico, o de uma empresa comum será empregado regido pela CLT.

Ao empregador doméstico é permitido que tenha qualquer ou nenhuma profissão, pois isto é irrelevante para o contrato de trabalho com o obreiro doméstico. O que este tipo de empregador não pode é ter atividade com finalidade lucrativa em sua casa, utilizando a mão-de-obra do empregado doméstico para este fim.

Embora possuam algumas semelhanças, as figuras do empregador empresarial e do empregador doméstico apresentam aspectos distintos que os diferenciam entre si. Isto é assim, pois, a principal diferença entre ambos consiste na finalidade lucrativa de suas atividades: enquanto o empregador empresarial visa o lucro através do trabalho prestado por seu empregado, o empregador doméstico não tem o mesmo objetivo, pois, para este, a atividade de seu obreiro é para ele de mero consumo, sem caráter produtivo.

Por muito tempo o tratamento legal entre o empregado urbano e o doméstico foi diferenciado. Sob o contexto histórico, percebe-se que o empregado urbano de hoje deriva da Revolução Industrial, enquanto que o empregado doméstico existe desde a escravidão. Embora ambos tenham uma evolução histórica de lutas por seus direitos, o empregado doméstico sempre se viu menos assistido, não apenas pela conjuntura jurídica, mas pela natureza íntima de sua relação com seu empregador, o que sempre deu azo para mitigação dos direitos mais básicos do trabalhador.

Surgiu, assim, a Lei Complementar 150 de 1º de junho de 2015, também conhecida como a Lei do Empregado Doméstico, pois através dela o trabalhador doméstico teve vários direitos reconhecidos, inclusive de perceber alguns benefícios inerentes apenas ao empregado urbano, como sua inclusão obrigatória ao FGTS, por exemplo.

Em que pese os justos benefícios em prol dos empregados, todos eles têm custos para seus respectivos empregadores, através dos chamados encargos sociais. Passe-se, então, ao estudo de tais encargos no âmbito trabalhista.

5 ENCARGOS SOCIAIS

Ao contratar um empregado, o empregador assume obrigações tributárias legais tanto para com o Estado quanto para com seu funcionário. Tratam-se dos chamados encargos sociais e trabalhistas, que geram ônus ao empregador.

Os encargos sociais e trabalhistas são uma responsabilidade inerente a qualquer tipo de vínculo empregatício, sendo chamados de custos indiretos na relação de custos do emprego, para o empregador. Estes custos indiretos dividem-se entre aqueles que são pagos para um fundo coletivo e aqueles que são pagos para o trabalhador individualmente.

Diferenciam-se basicamente pelo beneficiário direto por seu pagamento. No caso dos encargos sociais, o beneficiário direto é o Estado, através de suas políticas públicas e benefícios que serão futuramente convertidos para o trabalhador, caracterizando-se por terem arrecadação difusa.

Define-se, portanto, os encargos sociais como taxas e contribuições pagas pelo empregador para financiamento das políticas públicas que beneficiam o trabalhador de forma indireta ou em longo prazo. Nas palavras de Abrantes:

Encargos sociais são direitos concedidos ao trabalhador por lei (são obrigatórios) incidentes sobre sua folha de pagamento. Consiste em valores pagos pelo empregador com o objetivo de custear programas e projetos em prol do empregado. (ABRANTES, 2013, P. 1).

Os encargos sociais dividem-se em vários tipos, a saber: Seguridade e Previdência Social, pagos ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Programa de Integração Social (PIS) ou Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GILRAT), Salário Educação e o Sistema S (SESC/SENAC, SENAI/SESI, SEBRAE, INCRA), sendo estes dois últimos específicos ao setor privado empresarial.

Não se pode olvidar dos encargos trabalhistas. Igualmente custeados pelo empregador, são valores pagos diretamente ao empregado mensalmente ou no final de seu contrato de trabalho, que oferecem um benefício direto ao colaborador. Incluem décimo-terceiro salário, adicional de remuneração (insalubridade e/ou periculosidade), adicional de férias, ausência remunerada, férias, licenças, repouso remunerado e feriado, rescisão contratual, salário família ou auxílio pré-escolar, vale-transporte ou auxílio transporte, indenização por tempo de serviço, dentre outros benefícios. Importa destacar que estes valores, quando percebidos pelo empregado, vão direto para o funcionário e têm caráter extra salarial, ou seja, não interferem negativamente em seus salários, férias e assim por diante.

Como visto, os encargos sociais e trabalhistas são de responsabilidade do empregador. Passa-se ao estudo de como estes encargos são percebidos pelos empregadores empresarial e doméstico.

5.1. ENCARGOS SOCIAIS COBRADOS DA EMPRESA

Estima-se que os empresários brasileiros pagam mais taxas referentes aos seus colaboradores do que quaisquer outros empresários no mundo, que podem chegar a 36% dos custos relacionados a uma folha de pagamento. São encargos sociais cobrados do empregador empresarial: recolhimento ao INSS, FGTS, PIS ou PASEP, GILRAT, Salário Educação e o Sistema S.

A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à

previdência e à assistência social. Encontra respaldo legal no artigo 194 da Constituição Federal de 1988:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No mesmo sentido, a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, conforme os artigos 201 e 202 da Carta Magna:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

O Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) é o caixa da Previdência Social, sendo assim o responsável pelo pagamento das aposentadorias e demais benefícios aos trabalhadores em âmbito nacional, a exceção dos funcionários públicos, que possuem regime jurídico próprio. Ao empregador cabe o recolhimento da contribuição previdenciária ao INSS, nos termos do artigo 195, incisos I e parágrafos 9, 11, 12 e 13 da Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

(...)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

(...)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar.

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

§ 13. Aplica-se o disposto no §12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.

Assim, o pagamento deste encargo social serve ao propósito de garantir que o trabalhador receberá um benefício mensal a partir de sua aposentadoria, seja ela por tempo de contribuição ou por idade e invalidez, bem como serve de garantia à percepção de pensão por morte, aos possíveis auxílios-doença, acidente e doença por acidente de trabalho, ao salário-maternidade e família, a reabilitação profissional e o décimo-terceiro salário.

O empregador tem o dever de recolher a sua contribuição previdenciária para o INSS, além da contribuição descontada do trabalhador. Esta última encontra respaldo legal no artigo 194, inciso II da Carta Maior:

Art. 194. (...)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

A contribuição de responsabilidade do empresário é calculada sobre o total da folha de pagamento mensal, correspondente a 20% do valor pago aos seus funcionários. Para o empregado, essa alíquota pode variar em alguns casos, de acordo com a faixa salarial; a partir de janeiro de 2017 a variação passou a incidir nos seguintes percentuais: 8%, sobre

salários até R\$ 1.659,38; 9%, sobre salários de 1.659,39 até R\$ 2.765,66; e 11% sobre salários de R\$ 2.765,67 até R\$ 5.531,31.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é um instituto jurídico bastante complexo, de caráter multidimensional. Tem respaldo legal em âmbito constitucional, em seu artigo 7º, inciso III:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
III - fundo de garantia do tempo de serviço;

Encontra força normativa também na Lei nº 8.036/1990, que trata diretamente o tema. Delgado (2016, p. 1410) define:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.

O recolhimento do FGTS é de responsabilidade do empregador, mensalmente, em conta bancária de titularidade de seu empregado, vinculada especificamente à Caixa Econômica Federal (CAIXA). Estes depósitos são corrigidos monetariamente, além de capitalizarem juros de três por cento ao ano, nos moldes do artigo 13⁴, *caput*, da Lei nº 8.036/1990. O percentual incidente a ser recolhido pelo empregador é de 8% sobre o salário mensal do trabalhador, exceto quando se tratar de contrato de aprendizagem, para o qual a alíquota é de 2%.

Assim sendo, são contribuintes do FGTS os empregadores, de modo geral, e são beneficiários os trabalhadores regidos pela CLT, os avulsos, os domésticos, os rurais, excetuando-se os autônomos, eventuais e os servidores públicos civis e militares. O prazo para o pagamento do FGTS é até o dia 07 (sete) do mês subsequente ao vencido. Veja-se o artigo 15 da Lei nº 8.036/1990:

⁴ **Art. 13.** Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano.

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

Por fim, a fiscalização do recolhimento dos depósitos do FGTS é feita pelo Ministério do Trabalho, por meio das Delegacias Regionais do Trabalho, cabendo à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre empregador e empregado decorrentes da aplicação de Lei nº 8.036/1990.

Outro encargo social importante vem a ser o PIS – PASEP. O Programa de Integração Social (PIS) foi instituído através da Lei Complementar nº 07/1970, e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) foi criado pela Lei Complementar nº 08/1970. Através da Lei Complementar nº 26/1975, ambos os programas foram unificados e sua regulamentação consolidada pelo Decreto nº 78.276/1976. Trata-se, portanto, de um fundo de participação do trabalhador na renda nacional, gerido pelo Governo Federal.

As arrecadações decorrentes das contribuições PIS e do PASEP financiam o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas. Desta forma, são contribuintes do PIS as pessoas jurídicas de direito privado e a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, que tenham ou não finalidade lucrativa; os participantes do PIS são todos os empregados definidos na legislação trabalhista, inclusive os trabalhadores avulsos que preencham os requisitos legais. Já os participantes do PASEP são os funcionários públicos ou titulares de empregos regidos pela legislação trabalhista.

A arrecadação deste encargo encontra previsão legal no artigo 239 da Constituição Federal de 1988:

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

A base de cálculo é a receita operacional bruta da pessoa jurídica mensal, sem deduções de custos, despesas e encargos. As alíquotas incidentes para o PIS-PASEP são,

respectivamente, de 0,65% e de 3%.

Tem-se também, dentro dos encargos sociais, o Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos do Ambiente de Trabalho (GIRALT). Equivalente ao antigo Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), é um tributo pago sobre a folha de pagamento das empresas, tendo por finalidade o financiamento da Seguridade Social. Esta contribuição onera a folha de pagamento das empresas em alíquotas de 1% a 3%, de acordo com o grau de risco da atividade principal por ela exercida, nos termos do artigo 22, inciso II da Lei 8.212/1991, bem como de acordo com o entendimento da Súmula 351 do STJ, a saber:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Súmula 351/STJ - 11/07/2017.

Seguridade social. Tributário. Acidente de trabalho. Alíquota. Seguro de Acidente do Trabalho - SAT. Aferição pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro. Lei 8.212/1991, art. 22, II.

É, portanto, um seguro pago pela empresa mediante uma contribuição adicional, o qual se destina a cobrir eventuais acidentes de trabalho, ou seja, na ocorrência de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, o acidentado ou seus dependentes têm direito às prestações e serviços previstos na legislação previdenciária. O GIRALT tem por escopo financiar os benefícios concedidos pelo INSS em razão do grau de incidência da incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Outro encargo social relevante é o Salário Educação, um tributo pago exclusivamente pelas empresas do setor privado, destinado ao financiamento de programas, projetos e ações voltados para a educação básica pública. Encontra embasamento legal na Constituição Federal, em seu artigo 212, § 5º, bem como no artigo 15 da Lei 9.424/1996, *in verbis*:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

Lei nº 9.424/1996

Art. 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Regido também pela Lei nº 9.766/1998, o Salário Educação é recolhido ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), no percentual de 2,5% sobre a folha de pagamento de empresas do setor privado, mensalmente, junto com as demais contribuições sociais.

Por fim, tem-se o Sistema S: último dos encargos sociais mais importantes, esta contribuição financia instituições responsáveis por oferecerem escolas profissionalizantes, centros de tecnologia e laboratórios que auxiliam na formação e qualificação de trabalhadores em todo o país. O Sistema S é composto pelo SENAR, SENAC, SESC, SESCOOP, SESI, SENAI, SEST, SENAT, SEBRAE, DPC, INCRA e Fundo Aeroviário, que possuem raízes comuns e características organizacionais similares. A alíquota incidente varia entre 0,2% a 2,5% sobre a folha de pagamento especificamente destas empresas, mensalmente.

Como já dito anteriormente, além dos encargos sociais aqui expostos, o empregador tem responsabilidade sobre os encargos trabalhistas, que são pagos ao empregado, beneficiando-o diretamente. Manter empregados contratados tem custo elevado no Brasil, mas deve-se considerar que os trabalhadores são fundamentais para o crescimento e desenvolvimento da empresa, e que tais encargos possuem caráter obrigatório, de modo que sua inadimplência ou sonegação é passível de sanções severas para o empregador.

5.2. ENCARGOS SOCIAIS COBRADOS DO EMPREGADOR DOMÉSTICO

A categoria doméstica não recebeu nenhuma proteção jurídica do Direito do Trabalho em sua fase de institucionalização, o que começou por volta de 1930, de tal modo que, por décadas esta categoria profissional ficou completamente excluída de qualquer

cidadania trabalhista, previdenciária e institucional.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) excluiu expressamente os empregados domésticos do âmbito de suas normas protetivas, em seu artigo 7º, alínea “a”:

Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam
a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;

Conforme leciona DELGADO (2016, p. 406), “a categoria permaneceu, assim, por extenso período, em constrangedor limbo jurídico, sem direito sequer a um salário mínimo e reconhecimento previdenciário do tempo de serviço”. A fase de inclusão jurídica tem sido longa e penosa, perdurando mais de quarenta anos:

(...) inicia-se pela esqualida Lei n. 5.859, de 1972, com apenas três direitos, sendo seguida pelas regras concessoras do Vale Transporte, na segunda metade dos anos de 1980; passa por um momento de grande relevância, a Constituição de 1988 e seu art. 7º, parágrafo único, que acrescentaram oito novos direitos à categoria doméstica; porém retoma o ritmo de avanço somente 18 anos depois de 1988, por meio da Lei n. 11.324, de 2006 (quatro direitos acrescidos); finalmente, consagra-se por intermédio da Emenda Constitucional n. 72, promulgada em 2013, que estende 16 novos direitos aos trabalhadores domésticos (alguns tendo ainda caráter multidimensional). (DELGADO, 2016, p. 406).

Somente através da Lei Complementar 150, de 1º de junho de 2015, também conhecida como a Lei do Empregado Doméstico, a regulação da categoria foi elevada a novo patamar jurídico. Nas palavras de DELGADO (2016, p. 412), “é diploma normativo de grande amplitude e minúcia, instaurando novo patamar de regência legal sobre os contratos de trabalho doméstico no país”.

Esta legislação conferiu nova estrutura normativa ao contrato de trabalho doméstico, principalmente no que se refere às obrigações pecuniárias do empregador para com o empregado: a LC nº 150/2015 regulou expressamente os benefícios diretos ao trabalhador doméstico, consolidando à categoria a percepção dos encargos trabalhistas comum ao empregado celetista, tais como décimo-terceiro salário, adicional de férias, ausência remunerada, férias, licenças, repouso remunerado e feriado, rescisão contratual, salário família, vale-transporte, indenização por tempo de serviço, dentre outros benefícios. No mesmo sentido, conferiu também à categoria doméstica a salvaguarda dos encargos sociais, através chamado Simples Doméstico.

O Simples Doméstico, nos dizeres de MARTINS (2015, p. 131), é “o regime unificado de pagamento de tributos, de contribuições e dos demais encargos do empregador doméstico”. Criado com o escopo de simplificar as obrigações impostas pela nova lei, o sistema reúne em uma só guia os recolhimentos de todos os tributos devidos pelo empregador e pelo empregado. O Simples Doméstico assegura o recolhimento mensal dos seguintes encargos sociais: Previdência Social (INSS), Seguro contra acidentes de trabalho, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Fundo para Demissão Sem Justa Causa e Imposto de Renda Retido na Fonte (dependendo da faixa salarial do empregado).

Assim, Martins (2015, p. 135) define Previdência Social como:

O seguimento da Seguridade Social, composto de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução de sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.

A Constituição Federal, através do parágrafo único do artigo 7º, inserido pela Emenda Constitucional nº 72/2013, prevê a integração do empregado doméstico à Previdência Social e, para tanto, este deverá recolher contribuições para fazer jus aos benefícios. A LC nº 150/2015 é clara quanto à condição de segurado obrigatório da Previdência Social deferida ao empregado doméstico, em seu artigo 20, a saber:

Art. 20. O empregado doméstico é segurado obrigatório da Previdência Social, sendo-lhe devidas, na forma da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, as prestações nela arroladas, atendido o disposto nesta Lei e observadas as características especiais do trabalho doméstico.

A partir da publicação da LC nº 150/2015, ficou estabelecida a alíquota de 8% a 11% a serem descontados do empregado doméstico, sobre sua remuneração, bem como fixou-se em 8% a alíquota de responsabilidade do empregador, a título de encargo social, nos termos do artigo 34, incisos I e II da mencionada lei:

Art. 34. O Simples Doméstico assegurará o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes valores:
I - 8% (oito por cento) a 11% (onze por cento) de contribuição previdenciária, a cargo do segurado empregado doméstico, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;
II - 8% (oito por cento) de contribuição patronal previdenciária para a

seguridade social, a cargo do empregador doméstico, nos termos do art. 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991;

Já o Seguro contra acidente de trabalho é de inteira responsabilidade do empregador, de acordo com o disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal:

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

(...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

A LC nº 150/2015 estabeleceu, portanto, a alíquota no percentual de 0,8% como obrigação para o empregador doméstico, no inciso III do artigo 34, a saber:

Art. 34. O Simples Doméstico assegurará o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes valores:

(...)

III - 0,8% (oito décimos por cento) de contribuição social para financiamento do seguro contra acidentes do trabalho;

Entretanto, Martins (2015, p. 138) faz uma relevante observação:

A lei não é clara sobre a base de cálculo, o que pode importar na inexigibilidade da contribuição para o custeio de acidente de trabalho, pois a base de cálculo necessariamente precisa ser prevista em lei. Parece que incidirá sobre a remuneração paga ao doméstico, pois é a mesma base de cálculo da contribuição previdenciária do empregador e do empregado doméstico.

Um importante encargo social é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Antes facultativo, através da LC nº 150/2015, passou a ser obrigatório o recolhimento por parte do empregador doméstico, expressamente em seu artigo 21:

Art. 21. É devida a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), na forma do regulamento a ser editado pelo Conselho Curador e pelo agente operador do FGTS, no âmbito de suas competências, conforme disposto nos arts. 5º e 7º da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, inclusive no que tange aos aspectos técnicos de depósitos, saques, devolução de valores e emissão de extratos, entre outros determinados na forma da lei.

Parágrafo único. O empregador doméstico somente passará a ter obrigação de promover a inscrição e de efetuar os recolhimentos referentes a seu empregado após a entrada em vigor do regulamento referido no caput.

Martins (2015, p. 64), em seu magistral ensinamento, conceitua o FGTS como sendo “o depósito bancário vinculado, pecuniário, compulsório, realizado pelo empregador em favor do trabalhador, visando formar uma espécie de poupança para este, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas em lei”.

A alíquota para recolhimento do FGTS é de 8%, devendo incidir sobre a remuneração do empregado, de acordo com o artigo 34, inciso IV da LC nº 150/2015:

Art. 34. O Simples Doméstico assegurará o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes valores:

(...)

IV - 8% (oito por cento) de recolhimento para o FGTS;

O recolhimento deve ser feito até o dia 07 do mês seguinte ao vencido. Caso o empregador doméstico não cumpra a obrigação no prazo legal, haverá cobrança de juros e multa de mora.

Um outro encargo social inserido pela LC nº 150/2015 ao empregador doméstico é o Fundo para Demissão Sem Justa Causa. O trabalhador doméstico, assim como os demais trabalhadores, ao ser demitido sem justa causa, por parte do empregador, terá direito a uma multa. Esse fundo será recolhido mensalmente, para, no caso de demissão sem justa causa ou por culpa do empregador, o trabalhador ser indenizado, conforme o artigo 22 da mencionada lei:

Art. 22. O empregador doméstico depositará a importância de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada empregado, destinada ao pagamento da indenização compensatória da perda do emprego, sem justa causa ou por culpa do empregador, não se aplicando ao empregado doméstico o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 1º Nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, de término do contrato de trabalho por prazo determinado, de aposentadoria e de falecimento do empregado doméstico, os valores previstos no caput serão movimentados pelo empregador.

§ 2º Na hipótese de culpa recíproca, metade dos valores previstos no caput será movimentada pelo empregado, enquanto a outra metade será movimentada pelo empregador.

§ 3º Os valores previstos no caput serão depositados na conta vinculada do empregado, em variação distinta daquela em que se encontrarem os valores oriundos dos depósitos de que trata o inciso IV do art. 34 desta Lei, e somente poderão ser movimentados por ocasião da rescisão contratual.

§ 4º À importância monetária de que trata o caput, aplicam-se as disposições da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, e da Lei no 8.844, de 20 de janeiro de 1994, inclusive quanto a sujeição passiva e equiparações, prazo de recolhimento, administração, fiscalização, lançamento, consulta, cobrança, garantias, processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais.

Em caso de demissão com justa causa, esse valor retornará para o empregador doméstico. Destaque-se que a alíquota deste encargo é de 3,2%, também nos termos do artigo 34, inciso V, da LC nº 150/2015, a saber:

Art. 34. O Simples Doméstico assegurará o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes valores:
(...)
V - 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento), na forma do art. 22 desta Lei;

Por fim, o último tributo a ser recolhido juntamente com os demais através do Simples Doméstico é o Imposto de Renda Retido na Fonte. Esse tributo é de responsabilidade exclusiva do empregado, devendo ser descontado de sua remuneração, a depender de sua faixa salarial. O empregador ao preencher os dados do empregado na já mencionada guia única, será calculado automaticamente, obedecendo a regras exigidas pela Receita Federal, que varia de acordo com a tabela progressiva de incidência mensal.

Por todo o exposto, percebe-se que, embora justos os avanços legais protetores aos direitos trabalhistas dos empregados domésticos, a LC nº 150/2015 onerou de forma abrupta o empregador desta categoria com a obrigatoriedade de recolhimento e tributos e contribuições legais antes facultativos ou mesmo não devidos em benefício ao obreiro doméstico. Conforme já explicitado no presente trabalho, o empregador doméstico não tem finalidade lucrativa com o exercício das atividades de seu empregado no âmbito residencial. Surge, assim, uma desproporcionalidade tributária na cobrança dos encargos sociais exigidos do empregador doméstico quando comparadas às mesmas exigências feitas ao empregador empresarial.

5.3 A DESPROPORCIONALIDADE DA COBRANÇA DOS ENCARGOS SOCIAIS DO EMPREGADOR DOMÉSTICO E DO EMPRESARIAL

Os custos indiretos para se manter um empregado são bastante elevados no Brasil. Os encargos sociais são altos, entretanto, não se pode imaginar um mercado produtivo e lucrativo a base de trabalho análogo à escravidão, sem quaisquer benefícios e garantias ao trabalhador, nos tempos de hoje.

Há, porém, uma contrapartida para o empregador empresarial: este auferir lucro com as atividades exercidas pelos seus empregados. A relação empregatícia é uma relação essencialmente econômica. Segundo Delgado (2016, p. 307):

Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

Como já explicitado, os custos com o empregado se estendem além do salário pactuado. Os encargos sociais abrangem a Previdência Social, FGTS, PIS/PASEP, GILRAT, Salário Educação e o Sistema S; tem-se, ainda, os encargos trabalhistas, que incluem o décimo-terceiro salário, adicional de insalubridade e/ou periculosidade, adicional de férias, ausência remunerada, férias, licenças, repouso remunerado e feriado, rescisão contratual, salário família ou auxílio pré-escolar, vale-transporte ou auxílio transporte, indenização por tempo de serviço, dentre outros benefícios. Tanto os encargos sociais quanto os trabalhistas são de responsabilidade do empregador, obrigatoriamente, para que este possa exercer regularmente suas atividades econômicas.

Estes custos são balizados pela empresa para que esta garanta sua própria sustentabilidade, ou seja: há um risco calculado na dinâmica entre empresa-empregado. Ao auferir lucro com as atividades do trabalhador, o empregador já retira daí os custos para manter a relação de emprego e, conseqüentemente, sua produtividade. Como bem compara Martins (2015, p. 69):

As empresas têm todo um aparato para fazer a folha de pagamento do empregado, recolher o FGTS e a contribuição previdenciária. O empregador doméstico não tem essa condição, nem conhecimentos específicos de Direito do Trabalho (...).

Reside justamente aí a diferença entre o empregador empresarial e o empregador doméstico: o primeiro auferir lucro com as atividades exercidas pelo trabalhador, enquanto que o segundo não percebe qualquer vantagem com os serviços prestados por seu empregado doméstico, sendo esta uma atividade de mero consumo, não produtiva. Neste vínculo empregatício, o único que percebe vantagem pecuniária com as atividades exercidas é o próprio empregado, e não o empregador doméstico.

A LC nº 150/2015 trouxe grande avanço aos merecidos e justos anseios da categoria doméstica, garantindo-lhes direitos que não existiam até então. Entretanto,

embora o legislador tenha buscado equiparar as relações de emprego doméstico às relações regidas pela CLT, os encargos sociais e trabalhistas impostos ao empregador doméstico oneraram sobremaneira a manutenção dessa relação empregatícia, pois, por óbvio, se o empregador doméstico não auferir lucro com as atividades de seu empregado, como fará para mantê-lo empregado, se o legislador lhe atribuiu praticamente as mesmas obrigações tributárias de um empregador empresarial?

A desproporcionalidade da cobrança dos encargos sociais do empregador doméstico e do empregador empresarial é evidente. ALENCAR (2015, p. 1) apontou, quando da aprovação da LC nº 150/2015, que

o custo mensal do trabalhador será, além da remuneração pactuada, o montante de 20% (vinte por cento) sobre esta remuneração (FGTS, INSS, multa e seguro contra acidente), a faixa de 8% (oito por cento) a 11% (onze por cento) de INSS do trabalhador serão descontados em folha. Além disso, será devido horas-extras com adicional de 50% (cinquenta por cento). Com efeito, para chegarmos ao custo global do empregado, outras despesas deverão ser apuradas como: férias + 1/3, 13º salário, vale-transporte, vale-alimentação, vestuário entre outros (serviços online ou eletrônicos de controle de horas, por exemplo). Estima-se que o custo mensal global será de 50% (cinquenta por cento) em relação ao salário pago.

No mesmo sentido, Martins (2015, p. 69) observa que

O aumento no custo para empregador doméstico contratar empregados pode importar a contratação de diaristas, ou mesmo ficar sem a empregada, em decorrência do custo adicional que representa. É o que ocorre nos Estados Unidos, em que só determinadas pessoas têm empregadas domésticas, pois o custo é muito alto.

As novidades impostas pela LC nº 150/2015 fizeram com que empregador e empregado doméstico se moldassem a uma nova realidade. A Justiça sempre precisa passar por uma mutação, a fim de se moldar às necessidades da sociedade, evoluindo em conjunto com esta. Em que pese os prazos legais para a vigência e devidas adaptações a esta lei, é de se reconhecer que o trabalho doméstico sempre teve menor amparo jurídico ao longo da história e, não obstante, trata-se de um vínculo empregatício que por vezes se confunde com os laços de intimidade entre as partes, o que chega a dificultar a implantação das formalidades e obrigações advindas com a Lei Complementar.

Como bem assevera Souza (2015, p. 1):

em se tratando de uma lei nova, sabe-se que é necessário um estudo socioeconômico com relação aos seus efeitos diante da sociedade. Assim, o mais preocupante é que o país está passando por uma grande crise político-econômica, que está afetando a todos os indivíduos, o que poderá influenciar nas relações de emprego com empregados domésticos, tendo em vista que o contrato será mais oneroso ao empregador.

Desta feita, diante de um cenário político-econômico crítico, pode ser que com os novos direitos dos empregados domésticos, os empregadores passem a preferir diaristas, que seria uma espécie de contrato menos oneroso, porém, com menos qualidade, a depender do caso.

Não se trata, em hipótese alguma, de se negar aos trabalhadores domésticos os direitos a que fazem jus e que a história e a Justiça do Trabalho lhes negaram por longo período. Trata-se da busca de um equilíbrio econômico na relação de emprego doméstico, entre empregador e empregado. A desproporcionalidade nos encargos sociais atribuídos ao empregador doméstico deveria ser melhor pensada pelo legislador, pois, embora a lei tenha sido bastante favorável aos interesses dos empregados domésticos, esta, infelizmente, foi publicada em um cenário nem tão favorável assim, tanto para os empregados como para os empregadores, tendo em vista a grande crise econômico-política pela qual o país tem atravessado.

A manutenção ou a contratação de empregados domésticos com um contrato bem mais oneroso para o empregador passou a ser mais complexa, de modo a fazer com que o empregador doméstico repense sua necessidade versus sua possibilidade em manter um empregado doméstico, pois deverá arcar com um custo bem mais elevado para sustentar esta relação. Aí reside o risco do desemprego para os empregados domésticos que antes atendiam as exigências legais impostas aos seus empregadores e que por força da nova lei não possam mais arcar com tais custos, aumentando assim o trabalho informal, pois as novas contratações de profissionais desta categoria se tornam mais cautelosas devido ao ônus inerente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira ação legal entre empregador e empregado para formalizar a relação de emprego é a pactuação do contrato de trabalho, posto que este tenha a função de proporcionar a ambas as partes proteção e segurança sobre o vínculo empregatício formado.

Desta feita, o contrato de trabalho é negócio jurídico que traz em si elementos

essenciais, quais sejam: capacidade das partes, licitude do objeto e forma prescrita ou não vedada em lei, nos moldes do artigo 104 do Código Civil. Ao adentrar-se no âmbito trabalhista, a CLT acrescenta, através de seus artigos 442 e 444, que o contrato de trabalho é acordo tácito ou expresso, podendo ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que não fira os preceitos legais e decisões das autoridades competentes.

O contrato de trabalho possui as seguintes características: é acordo de direito privado, bilateral, consensual, oneroso, sinalagmático e de trato sucessivo. Tem como requisitos a subordinação, pessoalidade quanto ao empregado, sendo dotado de alteridade por parte do empregador.

Pode ainda ser classificado de várias formas: contrato comum ou especial; individual ou coletivo; quanto à jornada de trabalho estipulada, subdividindo-se em contrato de tempo real ou tempo parcial; pode ser também expresso ou tácito e, por fim, pode ser classificado quanto à sua duração, dividindo-se em contrato por prazo determinado ou indeterminado.

Explanado o vínculo que une o empregador e o empregado, faz-se necessário tratar da figura do empregador, dado o caráter oneroso do contrato de trabalho, posto ser este o responsável pelos custos dos encargos sociais inerentes ao pacto laboral.

Entende-se, pois, o empregador como a figura descrita no artigo 2º da CLT, onde esta afirma ser o empregador a empresa individual ou coletiva, que assume os riscos da atividade econômica que exerce, e com isso admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço. O empregador empresarial ou urbano possui as seguintes características: a despersonalização e a alteridade, bem como a finalidade lucrativa com o exercício de suas atividades, através do exercício das atividades de seus empregados.

Já o empregador doméstico vem a ser a pessoa ou família que admite a seu serviço, sem finalidade lucrativa, o empregado doméstico é aquele definido no artigo 15 da Lei nº 8.212/91. Obrigatoriamente o empregador doméstico deve ser pessoa física, caso contrário o empregado será regido pela CLT; daí a restrição no sentido de o empregador da categoria ser pessoa física ou família. Quanto ao local, as atividades do empregado doméstico devem ser exercidas em âmbito residencial, que pode ser compreendido como a casa, o apartamento ou local diverso onde reside o empregador. Por fim, o empregador doméstico se caracteriza essencialmente por não ter finalidade lucrativa com as atividades exercidas pelo empregado, por ser a família um grupo de consumo: nada produz nem lucra na condição de família. Destarte, se as atividades do empregado doméstico passarem à

produção e desta resultem fonte de lucro, o empregador deixará de ser doméstico e passará a ser empregador comum, onde o contrato de trabalho com seu empregado será consequentemente regido pela CLT.

Têm-se, assim, semelhanças e diferenças entre as figuras do empregador empresarial e do empregador doméstico, sendo que a maior e mais significativa distinção entre ambos reside na finalidade lucrativa: ao empregador empresarial, isto é vital para seus negócios, enquanto que para o empregador doméstico esta característica é vedada.

Em que pese estas singularidades, com o advento da LC nº 150/2015, o legislador findou por equiparar ambos os empregadores no que se refere às responsabilidades pelos custos dos encargos sociais e trabalhistas devidos ao Estado e ao empregado por estes contratados. São encargos trabalhistas suportados pelo empregador empresarial: décimo-terceiro salário, adicional de remuneração (insalubridade e/ou periculosidade), adicional de férias, ausência remunerada, férias, licenças, repouso remunerado e feriado, rescisão contratual, salário família ou auxílio pré-escolar, vale-transporte ou auxílio transporte, indenização por tempo de serviço, dentre outros benefícios; destaque-se que estes valores beneficiam diretamente o trabalhador, quando percebidos pelo empregado, tendo caráter extra salarial.

Já os encargos trabalhistas impostos ao empregador doméstico pela LC nº 150/2015 são: hora extra, remuneração de horas trabalhadas em viagem a serviço, adicional noturno, repouso semanal remunerado, férias com o devido adicional, licença-maternidade, salário-família, entre outros.

Os encargos sociais são pagos diretamente ao Estado, que, através de políticas públicas e benefícios revertem os valores percebidos para o trabalhador, a médio e longo prazo, caracterizando-se por terem arrecadação difusa. Os encargos sociais de responsabilidade do empregador empresarial são: Previdência Social, pagos ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Programa de Integração Social (PIS) ou Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GILRAT), Salário Educação e o Sistema S.

A LC nº 150/2015 fixou para o empregador doméstico os seguintes encargos sociais, através do Simples Doméstico, a Previdência Social (INSS), Seguro contra acidentes de trabalho, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Fundo para

Demissão Sem Justa Causa e Imposto de Renda Retido na Fonte (dependendo da faixa salarial do empregado).

Evidencia-se, portanto, que os custos com o empregado se estendem além do salário pactuado. Mas enquanto o empregador empresarial auferir lucro com as atividades exercidas pelo seu empregado, e retira justamente daí os custos para manter a relação de emprego, de caráter essencialmente econômico, o empregador doméstico, por outro lado, não tem finalidade lucrativa com as atividades de seu empregado, sendo esta uma atividade de mero consumo, não produtiva; na relação empregatícia doméstica, a vantagem pecuniária é percebida unicamente pelo empregado, e não pelo empregador. Percebe-se claramente, portanto, a desproporcionalidade da cobrança dos encargos sociais do empregador doméstico e do empregador empresarial.

Inegável e imprescindível os avanços inseridos no ordenamento jurídico pátrio com o advento da LC nº 150/2015, posto que esta garantiu direitos até então inexistentes à categoria doméstica. Todavia, ao buscar equiparar as relações de emprego doméstico às relações regidas pela CLT, os encargos sociais e trabalhistas oneraram sobremaneira o empregador doméstico, que passou a repensar seus gastos pessoais ante a necessidade e a possibilidade de manter o empregado, em virtude do alto custo para manutenção deste contrato de trabalho: se o trabalho exercido pelo doméstico não gera qualquer lucro ao empregador, as despesas tributárias desta relação empregatícia não se retroalimentam, portanto, a obrigação recai unicamente sobre a figura do empregador doméstico.

Conclui-se, assim, que embora justas para com os empregados domésticos, a LC nº 150/2015 foi economicamente desproporcional para com o empregador. Como consequência, tem-se a possibilidade real de aumento do desemprego da categoria, em sentido contrário ao que se almejou com a regulamentação imposta pela mencionada Lei, pois para o empregador doméstico será mais vantajoso a contratação de diarista, por exemplo, ao invés de manter um contrato de trabalho por demais oneroso, haja vista o momento de crise nacional.

O presente trabalho não tem por escopo negar aos trabalhadores domésticos os direitos a que fazem jus e que por muito tempo lhes foram negados, mas sim trazer à luz a necessidade de um equilíbrio econômico na relação de emprego doméstico, entre empregador e empregado. A desproporcionalidade nos encargos sociais atribuídos ao empregador doméstico deveria ser mais bem pensada pelo legislador, como forma de manter os contratos existentes e facilitar novas contratações, e não proporcionar

justamente o efeito inverso.

Os direitos conquistados pelos empregados domésticos representam um grande avanço para sociedade tanto no aspecto jurídico como social, a despeito de que esses novos direitos e encargos aumentarão a informalidade ou inibirão de novas contratações. Entretanto, há uma grande possibilidade de a lei não surtir os efeitos que almejados, tendo em vista que os possíveis impactos negativos causados perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Letícia. **Encargos sociais: O que são eles e como afetam o seu negócio?** 2013. Disponível em <https://saiadolugar.com.br/encargos-sociais/>. Acesso em 13 nov. 2017.

ALENCAR, Roldan. **Análise da lei complementar nº 150/2015 e o novo paradigma do empregado doméstico no Brasil.** Agosto, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/41907/analise-da-lei-complementar-n-150-2015-e-o-novo-paradigma-do-empregado-domestico-no-brasil>. Acesso em 15 nov. 2017

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 – Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** – Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

_____. **Decreto Lei nº 5452**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. STJ, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula351.pdf. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. TST, disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 15 out. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2016.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Gisele. **Empresa e estabelecimento empresarial.** Beevoz. Fevereiro, 2015. Disponível em: <http://www.beevoz.net/2015/02/01/empresa-e-estabelecimento-empresarial/>. Acesso em 30 out. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do trabalho doméstico**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito processual do trabalho**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUEIROZ, Eliana. **Conceito de empregador**. JusBrasil. 2016. Disponível em: <https://elianaqueiroz.jusbrasil.com.br/artigos/358120707/conceito-de-empregador>. Acesso em 30 out. 2017.

SOUZA, Bruno. **Lei Complementar 150/15: principais novidades e possíveis efeitos sobre a sociedade e o Poder Judiciário**. Agosto, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42120/lei-complementar-150-15-principais-novidades-e-possiveis-efeitos-sobre-a-sociedade-e-o-poder-judiciario>. Acesso em 15 nov. 2017.

**UMA CRÍTICA SOCIOLÓGICA SOBRE O INSTRUMENTO LEGAL DA
CONCILIAÇÃO: UMA VISÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE DURKHEIM,
WEBER E MARX E DOS CONCILIADORES PSICOLÓGOS QUE ATUAM NO
COMPLEXO DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE.**

Daniel Lucas Leite de Macedo¹

Guilherme do Nascimento Medeiros²

Ygor Bastos Mesquita Minora de Almeida³

RESUMO

A Audiência de Conciliação é um mecanismo jurídico instituído, em 2015, pelo Código de Processo Civil (CPC) – responsável por regulamentar o processo civil no ordenamento jurídico brasileiro – que procura, não só diminuir a quantidade de processos para o Poder Judiciário, mas também oferecer uma alternativa autocompositiva para o conflito entre as partes. Essa sessão é conduzida por um conciliador, que atua de forma imparcial na resolução do caso. Dessa forma, a atuação visa ajudar as partes conflitantes a chegarem a um consenso, na busca de uma solução que as satisfaça minimamente, de modo a superar a divergência que motivou a ação, o que implica na redução do acúmulo de processos e leva agilidade na resolução dos litígios. O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo apresentar uma análise crítica e sociológica a respeito do tema - conciliação jurídica - e de sua importância na busca pela pacificação e harmonia social, observando o objeto de estudo a partir da visão de três sociólogos: Émile Durkheim, Max Weber e Karl Marx. Para a elaboração metodológica do estudo foi utilizado o método dialógico, visto que há uma conversa entre a Sociologia e o Direito, e também o uso de entrevistas semiestruturadas, realizadas com profissionais atuantes na Conciliação, no Complexo de Justiça do Rio Grande do Norte.

¹ Graduando do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).
danielmacedolucas@gmail.com

² Graduando do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).
guiga_95@hotmail.com

³ Graduando do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).
ygorminora@gmail.com

Ainda mais, foi utilizada da pesquisa bibliográfica (livros, periódicos e bases de dados do Conselho Nacional de Justiça) para a construção do corpo da pesquisa.

Palavras-chave: Audiência de conciliação. Resolução de conflitos. Fato social. Pré-noções. Dialética.

ABSTRACT

The Conciliation Hearing is a legal mechanism established, in 2015, by the Code of Civil Procedure (CCP) - responsible for regulating Civil Procedure in the Brazilian legal system - which seeks not only to reduce the number of cases for the Judiciary Power, but also offer a self-compelling alternative to the conflict between the parts. In this way, the action aims at helping the conflicting parts reach a consensus, in the search for a solution that satisfies them minimally, in order to overcome the divergence that motivated the action, which implies in the reduction of the accumulation of processes and takes agility in the settlement of disputes. The present research purposes to present a critical and sociological analysis on the theme - legal conciliation - and its importance in the search for pacification and social harmony, observing the object of study from the perspective of three sociologists: Émile Durkheim, Max Weber and Karl Marx. For the methodological elaboration of the study, the dialogic method was used, since there is a conversation between Sociology and Law, and also the use of semi-structured interviews with professionals working with Conciliation, at the Complexo de Justiça do Rio Grande do Norte. Furthermore, it was used bibliographic research (books, periodicals and database of the Conselho Nacional de Justiça) for the construction of the research body.

Keywords: Conciliation hearing. Conflict resolution. Social fact. Pre-notions. Dialectic.

1 INTRODUÇÃO

Em 2015, com o novo Código de Processo Civil (CPC), passou a vigorar, como obrigatória, a requisição de realização de audiências de conciliação, na busca pela solução de conflitos. Nesse contexto, a audiência de conciliação surge como instrumento alternativo à convencional lide, na tentativa de compor uma solução e não de se impor

uma (WATANABE, 2007). O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já enfatizava esse efeito, dando caráter normativo, por meio da Resolução n. 125/2010:

(...) antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (CNJ, 2018).

O processo de criação dos Centros de Conciliação nos Tribunais, vem da Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7244/1984), aprimorada pela Lei n. 9099/1995 – Lei dos Juizados Especiais (CNJ, 2018). Assim, visando garantir a efetividade desta abordagem, o CPC (BRASIL, 2015) institui:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (BRASIL, 2015, p. 64).

E determina, também, o procedimento geral da Conciliação, com início na petição inicial:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015, p. 87).

A definição de conciliação foi desenvolvida pelo CNJ (2018), com o intuito de propiciar um caráter mais concreto, a partir da interpretação do art. 165, do novo Código de Processo Civil:

Conciliação é uma conversa/negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial para favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para a solução do conflito. Segundo o Código de Processo Civil, o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem - art. 165, § 2º. (CNJ, 2018).

Todas essas medidas, além de atenderem a finalidade expressa pela norma jurídica, visam comportar também a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflito, que é especificada pelo CNJ (2018):

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos tem por objetivo a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos – principalmente a conciliação e a mediação – no Poder Judiciário e sob a fiscalização deste, e, em última análise, a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e da própria comunidade em relação a esses métodos, com a finalidade de alcançar a pacificação social, escopo magno da jurisdição, e tornar efetivo o acesso qualificado à justiça (“acesso à ordem jurídica justa”). Então, sistematicamente, os objetivos da Política Judiciária Nacional são: 1) o acesso à Justiça como “acesso à ordem jurídica justa”; 2) a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e das próprias partes, com a redução da resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos; 3) a qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, inclusive da sua capacitação (CNJ, 2018).

Esse conjunto de interesses e decisões apontam, não apenas uma busca da superação dos problemas da Justiça tradicional, como a questão do acesso à Justiça, mas almejam renovar a instituição. Isso fica evidente ao dirigir-se a uma nova mentalidade dos operadores do direito.

Dessa maneira, torna-se claro o esforço do constituinte derivado – pelo CPC/2015 – e dos Tribunais – Resolução n. 125/2010 – de como o instrumento da Conciliação é importante no Sistema Jurídico brasileiro. Os resultados desse esforço podem ser constatados, por exemplo, com a existência de 982 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) na esfera estadual da Justiça (CNJ, 2018), bem como do número crescente de sentenças homologatórias de acordo: 11,1% (2015), 11,9% (2016) e 12,1%(2017), conforme mostra o Justiça em Números 2018 (CNJ, 2018), revelando inclusive, que a o ramo da Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, com índice na marca dos 25%.

Dentro dessa relevância da Conciliação, esta pesquisa visa analisar o papel do conciliador na Justiça do Rio Grande do Norte, a partir da visão, que este profissional tem de si e das partes, do seu ambiente de trabalho, bem como da formação que possui. Por sua vez, essa busca foi feita, visando dar voz aos responsáveis pela condução da audiência de conciliação, já que eles são elementos centrais nesse processo. As informações adquiridas, então, foram usadas para estabelecer uma relação com as linhas durkheimiana, weberiana e marxista da Ciência Sociológica. Com relação a Émile Durkheim, explorou-se a questão da Conciliação, como um fato social, bem como da necessidade do abandono de pré-noções e da justiça restaurativa. Já, da visão de Max Weber, tratou-se da utilidade, que pré-noções podem ter, ao buscar uma solução por consenso. Dessa decisão conforme, a partir do diálogo, veio o direcionamento para a

integração da dialética de Karl Marx nesta investigação. Destarte, faz-se possível produzir uma consciência crítica sobre a Audiência de Conciliação.

Para alcançar tal objetivo, este trabalho foi concebido com forte vertente exploratória, permitindo a busca bibliográfica, onde focou-se no método dialógico, ou seja, na união de diferentes áreas do conhecimento – Direito e Sociologia. Corroborando nessa investida, um questionário não diretivo foi elaborado, para permitir a realização de entrevistas com os Conciliadores, por meio de pesquisa de campo no Complexo de Justiça do Rio Grande do Norte, onde está localizado um dos CEJUSCs do Estado. Neste sentido, foi possível realizar seis entrevistas.

2 A CONCILIAÇÃO NUMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

Neste capítulo, apresenta-se uma revisão bibliográfica, que trata da conciliação, como instrumento do sistema de Justiça brasileiro, assim como o pensamento sociológico de Durkheim, de Weber e de Marx. Esses elementos foram, também, associados as diretrizes da conciliação e aos relatos manifestados pelos conciliadores entrevistados.

2.1 A CONCILIAÇÃO E A SOCIOLOGIA

A conciliação é um dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro, o qual permite a resolução de conflitos de forma diferenciada do litígio. Nessa alternativa, a divergência é sanada de modo mais rápido, econômico, valorizando a participação das partes, facilitando o diálogo, não impondo soluções e dando mais consciência dos direitos e deveres dos envolvidos (PARIZOTTO, 2018). Nesse sentido, “faz-se assim necessária uma mudança na formação jurídica, diminuindo a normatividade excessiva, estimulando a interdisciplinaridade” (SALES; CHAVES, 2014, p. 257).

Todo esse movimento, vem como resposta à incapacidade do Poder Judiciário de atender a sua demanda. Conforme destaca Ruiz e Nunes (2015, p. 131):

A procura desenfreada pelo Poder Judiciário gerou uma crise mundial nesse setor, a qual inclui, em todo o mundo, a sobrecarga de processos nos tribunais, a morosidade do processo em fases nevrálgicas, a difícil efetividade do direito reconhecido, a burocratização dos juízes, a complicação procedimental, o alto custo, etc. O problema da morosidade na entrega da prestação jurisdicional e assunto da pauta do dia, tanto para os doutrinadores, quanto para o legislador, bem como para o próprio Poder Judiciário. Isso tanto é verdade, que o tema e

recorrente na doutrina e, por consequência, nas obras jurídicas, não escapando, também, desse contexto, as decisões judiciais (RUIZ; NUNES, 2015, p. 131).

Dessa forma, há uma mudança de paradigma, em que não é apenas o Estado o detentor de soluções para conflitos. Assim, não reina a imposição das normas jurídicas, mas ocorre uma razoabilidade de sua aplicação, sem que a arbitrariedade da vontade e dos interesses das partes domine o pleito.

Para tanto, a conciliação vale-se dos seguintes princípios:

Confidencialidade: tudo o que for trazido, gerado, conversado, entre as partes durante a conciliação ou mediação fica adstrito ao processo; Imparcialidade: o conciliador/mediador não toma partido de nenhuma das partes; Voluntariedade: as partes permanecessem no processo mediativo se assim desejarem; Autonomia da vontade das partes: a decisão final, qualquer que seja ela, cabe tão somente às partes, sendo vedado ao conciliador e ao mediador qualquer imposição (CNJ, 2016, p. 23).

Com essa perspectiva, sendo a Conciliação um elemento do Direito, ela seria um fato social, pois o Direito o é, conforme afirma Vieira (1988):

Extrai-se da lição de Durkheim que o direito é fenômeno que se observa no meio social, como manifestação das realidades da sociedade. Não nasce da vontade individual, mas como manifestação de uma necessidade social. Sua origem decorre da existência da sociedade organizada, a qual serve-se do direito como instrumento eficaz de controle social.

O direito estabelece normas de conduta, as quais corresponde uma coerção. Estas normas são elaboradas pelas instituições que a sociedade cria e mantém com o fim de formular o direito, o qual refletirá a realidade axiológica daquele momento. A norma, a partir dessa visão, reflete uma realidade social, pois responde a uma necessidade que os indivíduos coletivamente apresentam (VIEIRA, 1988, p. 49).

Por conseguinte, nos próximos pontos deste capítulo a Conciliação será estudada, com suporte no pensamento dos sociólogos: Durkheim, Weber e Marx. Esse procedimento, então, visa revelar os aspectos sociológicos da Conciliação.

2.2 A CONCILIAÇÃO E O FATO SOCIAL

Para Émile Durkheim, existem estruturas e normas sociais que transcendem o indivíduo, que garantem o controle social. Tais fatores, podem ser denominados de fato social. “Fatos sociais consistem em modos de agir, pensar e sentir externo ao indivíduo,

que são investidos com um poder coercivo capaz de exercer um controle sobre o mesmo” (DURKHEIM, 1895).

Isso posto, pode-se considerar que os fatos sociais apresentam características de generalidade, pois é coletivo; exterior, pois transcende as vontades individuais; e também coercitivo, porque determinada sociedade impõe práticas e costumes ao indivíduo.

Levando isso em conta, ao analisarmos a conciliação jurídica com um olhar durkheimniano, percebe-se que tal medida apresenta as três características já citadas do fato social. Apresenta um caráter coercitivo, pois segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n. 125/2010, a conciliação deverá ocorrer segundo esses parâmetros:

(...) antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (CNJ, 2018).

Além disso, também é perceptível que a conciliação é coletiva, visto que não favorece nenhum grupo social, sendo abrangente para todos que estão no ambiente de coletividade cidadã. A conciliação também apresenta a exterioridade, visto que basta que uma das partes necessite de um amparo jurídico, o outrem precisa prestar presença na conciliação, sujeito a medidas judiciais caso não compareça – a medida judicial é uma multa, prevista no art. 334, §8º do CPC/15:

O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (BRASIL, 2015, p. 87).

De acordo com Durkheim, na medida em que a sociedade evolui a função do direito na sociedade muda: deixa de ter um caráter punitivo para ter um caráter restaurativo. A conciliação traz exatamente isso – coloca em debate o restabelecimento da harmonia e da paz social através do direito como um elemento restaurador. A tendência é que todas as sociedades que almejam uma “evolução social” passem a tratar o direito como um transformador social, e não apenas como algo para condenar o indivíduo. O Brasil, ao adotar a conciliação dá mais um passo para o benefício social.

2.3 O EMPREGO DAS PRÉ-NOÇÕES NA CONCILIAÇÃO

A oratória é um elemento crucial na hora de se tratar uma conciliação, pois algo que não seja bem explicado, poderá acarretar em influências pessoais durante o processo. Seguindo pelo mesmo viés, a atuação dos conciliadores deve se dar com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, de maneira que valores pessoais não interfiram na atividade.

Todavia, a CPC/2015 deu mais capacidade no momento da conciliação para os conciliadores, logo não se pode esquecer que o poder judiciário ainda está acima de qualquer solução que venha a ser apresentada. Conforme mostra Cabral (2017), a evolução da conciliação e da mediação no Brasil:

E o CPC/2015 depositou no poder Judiciário grande expectativa de mudança de comportamento dos litigantes, no sentido de que repensem as possíveis soluções para o conflito judicializado, passando a adotar mecanismos mais adequados para a resolução da disputa, por meio de uma estrutura apta a tal finalidade. (CABRAL, 2017, p. 364).

Por isso, se faz necessário um bom processo discursivo, e a estrutura de comunicação tem de ser aberta e flexível. No momento em que está se buscando uma solução é importante, que as partes compreendam as visões e perspectivas umas das outras, mesmo sem necessariamente concordar, e que seus interesses sejam discutidos, para que opções possam ser exploradas sem comprometimento, até que um acordo seja alcançado. Em igual sentido, Alvim (1995) afirma:

Sem dar-se conta de que a conciliação nada tem a ver com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito, senão com a transigibilidade ou intransigibilidade dele. Assim é que, embora indisponíveis os direitos relativos a alimentos, guarda e educação dos filhos, etc., nada impede a transação sobre eles (ALVIM, 1995, p. 186).

O processo de conciliação auxilia o poder judiciário, ao facilitar o intermédio entre as partes, na busca de uma possibilidade de solução para o conflito. Entretanto, para isso, um terceiro indivíduo é necessário no processo. Este, por sua vez, não deve ter envolvimento emocional com as partes, isto é, sem uma carga emocional que deixe interferir na condução do processo conciliatório. Assim, trata-se o caso, afim de trazer uma resposta que atenda minimamente as partes, tendo como ponto de partida não só o

objeto da ação, mas também as pré-noções que estas possuem, por exemplo, sua carga emocional, frente ao litígio tratado, e o que elas entendem por esta disputa.

Esse modo de agir, assemelha-se bastante ao pensamento de Max Weber sobre as pré-noções, durante a atividade de investigação, como mostra Galliano (2000):

Contrariando Durkheim, Weber considera que esses valores não podem ser pura e simplesmente jogados fora como pré-noções, mas devem ser utilizados como instrumento pelo qual o pesquisador introduz um princípio de ordem na realidade, dela selecionando aspectos culturalmente significativos para estudo (GALLIANO, 2000, p. 73).

Portanto, conforme a concepção weberiana, em uma tarefa de investigação, as pré-noções são importantes, como pontos de partida, o que não significa que não possam ser abandonados ao longo da apuração desempenhada. Assim, sendo a Conciliação uma operação de mesma natureza, só que direcionada a solução de um conflito, ela deve partir do que e de como as partes se apresentam, avaliando e elaborando, as pré-noções destas, de modo que uma razoabilidade possa surgir de suas demandas.

2.4 A AUSÊNCIA DE RESPOSTA ÚNICA E A DIALÉTICA MARXISTA

A Conciliação, por seu, arranjo, e, principalmente, pelo princípio da vontade das partes, busca uma solução que venha do diálogo. Nesse movimento, não há, no início, solução predeterminada, apenas os interesses individuais de cada membro da ação e o conciliador, o qual, regido pelo princípio da imparcialidade, deve ser neutro, evitando que algum dos lados seja visto como melhor, mais justo, mais correto, e garantindo que a arbitrariedade desses interesses não se direcione para uma elucidação à parte do que o ordenamento jurídico possibilita. Assim sendo, dessa procura por consenso, realiza-se diálogo, o que origina o movimento dialético, ou seja, a luta dos contrários.

Como é próprio do Direito, seja pelo litígio, seja pela Conciliação, dá-se uma disputa de interesses, isto é, a luta dos contrários. “Essa contradição é universal, segundo a dialética marxista, de forma que todo processo natural ou social se explica pela contradição” (GALLIANO, 2000, pág. 97). Assim, como os homens fazem parte do mundo em que existem, o seu pensamento e a sua forma de resolver os problemas também é dialética (GALLIANO, 2000).

Incorporando esses elementos, então, ocorre a Conciliação. Não há, a começar das partes, solução absoluta, já que cada uma está ponderando pelos seus interesses pessoais, pelas suas emoções, o que é análogo a luta dos contrários. Na ausência de verdade plena, portanto, faz-se necessário uma discussão para, que os dois lados exponham seus pontos e possam procurar chegar a um resultado minimamente satisfatória para ambos. Essa maneira, em que as partes buscam autocompor uma reposta, mostra-se, pois, intimamente vinculada a dialética, conforme apresentou Karl Marx.

3 ANÁLISES CRÍTICAS DAS ENTREVISTAS

Neste capítulo foram estabelecidas as relações entre o referencial teórico construído e as entrevistas, com os conciliadores do Complexo de Justiça do Rio Grande do Norte. Esse procedimento foi realizado, de modo que em cada subtópico fosse explorada uma temática, proveniente dessas conexões, permitindo o desenvolvimento da crítica sobre elas.

3.1 A CONCILIAÇÃO COMO NORMA

De fato, a conciliação faz parte do ordenamento jurídico brasileiro. Graças a isso, de acordo com a visão de Durkheim, essa pode ser considerada um fato social. Ao longo de sua produção acadêmica, diversas vezes, este Sociólogo demonstra que o fato social nada mais é do que instrumentos sociais e culturais que determinam as maneiras de agir, pensar e sentir na vida de um indivíduo. A norma jurídica tem exatamente essa função. Portanto, ao analisarmos algumas respostas obtidas do questionário estabelecido é possível observar uma forte presença da conciliação como um elemento de tal natureza.

Para a conciliação funcionar, o abandono das pré-noções pelo conciliador é essencial na condução de um possível acordo entre as partes. Além do curso de graduação em Psicologia, que as entrevistadas apresentam, as conciliadoras passaram por um treinamento jurídico-social, isto é: um curso preparatório oferecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Essa ação é desenvolvida, para não só preparar os conciliadores juridicamente, mas também prepará-los para abdicar de suas pré-noções, com relação aos casos que venha a tratar e a qualquer um de seus membros.

A análise da entrevista realizada com as conciliadoras, revelou uma característica presente no fato social: a generalidade. Isso é percebido na fala de uma das entrevistadas: “Entendo que o conciliador é capacitado pela sua formação para desempenhar este papel (...)” (Entrevistada 1) e “A Psicologia traz uma visão mais empática a fim de facilitar o diálogo, essa experiência na formação é fundamental para entender o indivíduo além do aspecto jurídico e olhar as subjetividades das partes (...)”. (Entrevistada 6).

Isso é facilmente perceptível, pois nas respostas de todas as entrevistadas foi visto o abandono das pré-noções que cada indivíduo tinha dos temas que eles tratam no dia a dia. As respostas, foram coesas e de acordo com a formação dos conciliadores. Os conciliadores (ao participar de uma sessão de conciliação), têm que abandonar seus conceitos em detrimento dos valores jurídicos.

Outro ponto que cabe uma análise mais profunda, é a relação que aparentemente é paradoxal: o confronto do abandono das pré-noções (visão durkheimniana) e a primordialidade do uso dessas (Max Weber). Como já mencionado, é evidente a presença do abandono de pré-noções, cuja a necessidade é clara em Durkheim, mas há também um ponto que pode ser destacado: o uso das pré-noções, o que é essencial em Max Weber. Dito de outra forma, a formação, tanto do Curso de Formação em Conciliação, como em Psicologia, permite que as pré-noções do senso comum sejam abandonadas e que as advindas da capacitação especializada sejam incorporadas e aplicadas como pontos de partida. Assim, com um leque de técnicas, o conciliador poder perceber quais delas são mais ou menos adequadas, para o caso tratado, e que ao partir de uma e observar que ela não surte o efeito adequado, pode investir em outra.

Dessa forma, percebe-se que há um desenvolvimento de habilidades para permitir o diálogo e conseqüentemente a dialética. Esse efeito remete a luta dos contrários, ou seja, existe um processo de capacitação – reforçado pela Psicologia – para permitir mais do que a intervenção da lide, conforme o Direito e o sistema de Justiça tradicional, isto é, uma Justiça humanizada, que escuta, vendo o sofrimento, enxergando o ser humano em sua complexidade.

3.2 AS PRÉ-NOÇÕES DAS PARTES E A SUPERAÇÃO PELA DIALÉTICA

Como ferramenta da Justiça que permite a construção de uma solução razoável pelos litigantes, a Conciliação é extremamente importante, pois, conforme narrou uma

das entrevistadas: “É um momento que a justiça proporciona para que as partes consigam dialogar e entrar no consenso e que saiam minimamente satisfeitos” (Entrevistada 5). Nesse sistema, conforme o raciocínio weberiano, inicia-se da pré-noções, que cada envolvido tem, e, no decorrer do processo, as avalia como coerentes ou não, já que muitas vezes, “(...) emoções, geralmente negativas, tem um fundo de vingança e mágoa, que prejudica na hora da conciliação” (Entrevistada 6).

Nessa trajetória, voltada para autocomposição de uma solução, então, busca-se a depuração das pré-noções, ação conduzida pelo conciliador, de maneira que as cabíveis perpassam e as indevidas sejam contidas, permitindo o desenvolvimento do diálogo. A dialética, conduzida dessa maneira, portanto, possibilita a apresentação dos pleitos de cada um, conduzindo-os para um consenso. Esse efeito foi exposto e é consoante ao dito pela entrevistada 4: “Vejo como uma forma de autocomposição. Dando espaço para que demandas consigam ser postas e validadas, em um espaço de neutralidade” (Entrevistada 4). Assim, dentro da possibilidade da amenização das pré-noções, a Conciliação consegue atingir uma solução minimamente satisfatória, sendo “um instrumento de pacificação social” (Entrevistada 1), ou seja, atingindo o propósito de solucionar reivindicações conflituosas.

No entanto, nem sempre o trabalho com as pré-noções das partes surte efeito desejado, em decorrência de sentimentos, interesses e entendimentos envolvidos. Quando isto acontece, a atividade do conciliador passa por dificuldade, de modo que o apaziguamento não se torna uma medida rápida e simples. A entrevistadas mostraram muito bem esse lado, ao relatar obstáculos na Audiência de Conciliação: “(...) quando as partes não conseguem identificar seus sentimentos, interesses e questões no conflito” (Entrevistada 1); “(...) a cultura litigiosa e o que eles entendem que significa procurar a justiça, como uma traição, na maioria das vezes” (Entrevistada 2); “(...)a falta de interesse em escutar o outro” (Entrevistada 3); “Falta de disposição em dialogar, em decorrência de questões que ultrapassam o objeto da ação” (Entrevistada 4); “(...) quando há muito ressentimento envolvido” (Entrevistada 5); “Muitas vezes as partes estão com as emoções muito inflamadas e nunca tiveram a oportunidade de dialogar sobre os fatos que envolvem o processo, essas emoções geralmente negativas, tem um fundo de vingança e mágoa que prejudica na hora da conciliação” (Entrevistada 6).

Com base nisso, destacam-se, elementos que comprometem a luta dos contrários, de maneira que ela se encaminhe para um resultado razoável dentro das normas jurídicas

brasileiras. Nessa lógica, evidencia-se, com mais clareza, a cultura litigiosa, ou seja, a crença de que a Justiça é apenas um lugar de disputa, de vingança, de reparação, e, assim, a solução atingida deve ser dicotômica – um ganha e o outro perde; as emoções, isto é, a influência do *pathos*, tanto sobre a razão, quanto sobre a capacidade de ponderar, de modo que a compreensão do discurso está continuamente afetada pelas paixões. Portanto, fica evidente, como o procedimento da Conciliação está sujeito ao efeito das pré-noções, devendo, por isso, esta abordagem objetivar mais do que tratar apenas a disputa.

À vista disso, pode-se perceber a relevância da mudança de paradigma na Justiça. No formato tradicional, ou seja, no processo julgado por um juiz, o objetivo é chegar a uma solução maniqueísta, onde uma parte será condenada e a outra ganhará o Direito. Na Conciliação, há um entendimento, que o acordo entra as partes é importante, mas que isso não é fundamental, ou seja, busca-se que os integrantes se vejam como pessoas (abandonem as pré-noções de um, com relação ao outro), o que pode levar a atingir uma solução razoável e minimamente satisfatória, o que foi narrado pelas entrevistadas: “ (...) O resultado da conciliação não se resume a ter ou não acordo, mas proporcionar um momento para que as partes se escutem e olhem de um outro lugar para aquela situação” (Entrevistada 2); “O acordo é parte importante, mas não primordial. As partes conhecerem as propostas e necessidades de cada um já exprime ganhos” (Entrevistada 3); “Quando se trabalha no aspecto mais profundo, tanto no caso de ter, ou não acordo, por escutar o posicionamento do outro, alguma mudança surge” (Entrevistada 5).

3.3 A DIALÉTICA COMO UMA FORMA DE APRIMORAMENTO DA CONCILIAÇÃO

Na dialética marxista, é marcante a ausência de verdade absoluta, assim não há solução única para uma questão, senão possibilidades de construção de soluções. Essas distintas perspectivas surgem, não por imposição, mas sim pelo mecanismo da luta dos contrários, ou seja, exercendo o diálogo entre os que possuem teses contrastantes. Em vista disso, existe a elaboração de resultados mais assertivos, onde nenhuma opinião é desconsiderada, sendo avaliadas, umas com as outras, e utilizadas na elaboração da nova visão.

Ao observa-se o que as conciliadoras disseram, sobre o seu ambiente de trabalho, há duas vertentes dominantes. Na primeira, “Sim, existe a supervisão com também

conciliadoras/mediadoras com anos de atuação que nos dão suporte para um maior entendimento e esclarecimento da condução” (Entrevistada 2). Já na segunda, “Não, vejo como um ambiente no qual nossa atuação está somente sujeita a críticas e não ao diálogo para construção de um melhor ambiente de trabalho” (Entrevistada 4); “Não, há uma diferença no tratamento com os conciliadores que são servidores e os que não são. De modo que este último grupo muitas vezes se vê perdido em suas atividades, sem uma boa supervisão” (Entrevistada 5); “Às vezes, há certa dificuldade para que se consiga esclarecimentos e um direcionamento preciso de como proceder nos casos mais complicados. Isso se deve, muitas vezes, a uma posição cômoda, de ambas as partes” (Entrevistada 6). Logo, faz-se latente a percepção de que uma parte do grupo profissional vê-se bem assistido, enquanto o outro encontra grande obscuridade para isso.

Para superar esse quadro binário, a luta dos contrários pode ser aplicada, permitindo à parcela, que se reconhece, como sem a assistência adequada, possa vir a tê-la melhorada, sem deixar a porção, que acredita estar, com bom suporte, de ser ouvida, apontando os pontos positivos apreendidos. Posto isso, destaca-se a relevância da realização de uma avaliação do próprio Complexo de Justiça, a partir do referencial dos conciliadores, proporcionando que eles mostrem suas satisfações e insatisfações, buscando, então, pelo diálogo, superar as eventuais contradições, chegando a um melhor ambiente para o desenvolvimento das Audiências de Conciliação.

4 CONCLUSÃO

A partir da análise feita, torna-se evidente que a conciliação jurídica busca garantir um amparo justo e coeso para ambas as partes, sem precisar de um trâmite jurídico mais burocrático. Para o procedimento ter sucesso, é necessário que o conciliador abandone de forma total as pré-noções que ele tem sobre o assunto, a fim de analisar o caso de forma Imparcial. Por consequência, a medida que o conciliador não se prenda a questões emocionais ou se prenda a conceitos trazidos por ele antes da reunião, é evidente que um resultado positivo é torna-se possível.

Com intenção de garantir tal sucesso, a capacitação dos profissionais atuantes em conciliação é marcada com um curso preparatório, em que é ensinado ao futuro conciliador os passos essenciais para uma conciliação bem-sucedida: o abandono das pré-noções, uma dialética bem estabelecida entre as partes, e também o seu caráter de fato

social: algo coletivo, exterior e coercitivo, em prol de um bem social e a garantia da ordem na sociedade.

Já referente a dialética, nota-se que o abandono de uma verdade absoluta é um conceito essencial para o sucesso da conciliação: ninguém irá impor seus conceitos para o acordo, e sim a oposição de ideias irá propiciar um ponto em comum, para que ambas as partes envolvidas na negociação saiam favorecidas.

Portanto, é perceptível que a conciliação vai muito além de um simples mecanismo jurídico, mas também é um objeto de estudo social: garante uma melhor vivência e até mesmo uma melhor qualidade de vida para todos aqueles que vivem em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação monitória temas polêmicos reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. 9. ed. Brasília: Senado Federal, p. 16-317. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf?sequence=3>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **O que é conciliação?**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85617-o-que-e-conciliacao>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

_____. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. **Manual de mediação judicial**. Brasília: CNJ, 2016. 390 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

_____. **Relatório Justiça em Números**. 14. ed. Brasília: Poder Judiciário, 2018. 214 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Mediação e da Conciliação no Brasil. **Fonamec**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.354-369, maio 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volume1/revistafonamec_numero1volume1_354.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987 (Texto originalmente publicado em 1895).

GALLIANO, A. Guilherme. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Harbra, 2000.

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo. **Serviço Social & Sociedade**, n. 132, p. 287-305, ago. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.142>>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282018000200287&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 02 nov. 2018.

RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. O acesso à justiça nas organizações sociais complexas como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Argumenta**, v. 22, n. 10, p. 363-393, nov. 2015.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 35, n. 69, p. 255-279, dez. 2014. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p255>>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

VIEIRA, José Carlos. O direito como fato social. **Semina**, Londrina, v. 1, n. 9, p. 45-50, ago. 1988. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/8918/7872>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord). **Mediação e gerenciamento de processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6-10.

II-MEMÓRIA JURÍDICA



**DISCURSO PROFERIDO PELO PROFESSOR DALADIER PESSOA CUNHA LIMA, NA
COLAÇÃO DE GRAU DA PRIMEIRA TURMA DO CURSO DE DIREITO, EM 15/01/2004,
QUANDO OCORREU A ENTREGA DO TÍTULO DE “PROFESSOR HONORIS CAUSA” AO
PROFESSOR PAULO BONAVIDES.**

No dia 23 de julho de 1911, Henrique Castriciano, na época reconhecido como o mais destacado intelectual do Rio Grande do Norte, pronunciava sua famosa conferência A Educação da Mulher, durante a solenidade de instalação da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte. No dia 1º de setembro de 1914, instalava-se a Escola Doméstica de Natal, vinculada à Liga de Ensino, instituição mantenedora do novo estabelecimento. Estava, assim, consolidado o sonho de Henrique Castriciano, de criar no seu estado uma escola para educar a mulher, até então com poucas oportunidades de desenvolver a sua intelectualidade, em virtude das imposições preconceituosas que a sociedade da época lhe reservava.

Antes, Henrique Castriciano foi à Suíça, onde permaneceu por mais de um ano, estudando, pesquisando e observando o funcionamento das Ecoler Ménagère daquele país, que estavam ainda na sua fase inicial de vitoriosa experiência. Não somente na Suíça, mas em parte na Europa, as Escolas Domésticas começaram a se instalar nas últimas décadas do século XIX e início do século XX.

Assim, a Escola Doméstica de Natal surgiu quase ao mesmo tempo do nascimento das Ecoler Ménagère europeias.

Desde o alvorecer, a Escola Doméstica de Natal apresenta uma proposta pedagógica na qual aos ensinamentos práticos da economia doméstica e das lides na família, se associam às disciplinas que propiciam o crescimento cultural e científico das alunas. Uma constante nesses quase cem anos de existência é a formação moral e ética que permeia todo o aprendizado e todas as atividades do curso oferecido pela Escola. Com o passar do tempo, aconteceram as necessárias adaptações às mudanças e, hoje, a Escola Doméstica é uma instituição que acompanha as mais modernas propostas educacionais, tendo a capacidade de manter no seu currículo os inalienáveis princípios que nunca deixarão de ser prioritários ao sexo feminino, até porque foi Deus e a natureza que assim quiseram.

Em 1987, por um processo que eu chamo de cissiparidade, foi criado um colégio misto, o Complexo Educacional Henrique Castriciano e, em 1999, foi dado o passo em

direção ao ensino superior, criando-se a Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Nesses 90 anos, a Escola Doméstica teve várias diretoras, inclusive algumas estrangeiras, estando a Professora Noilde Ramalho à frente da Instituição há 59 anos, sendo também, a diretora do Complexo de Ensino Henrique Castriciano e Chanceler da FARN. O grande impulso institucional ocorreu sob sua orientação e entusiasmo. Aliás, ela mesmo confessou, recentemente, que trabalha ainda, como se estivesse começando. Um novo dia é sempre um novo dia, as esperanças se renovam, a motivação está sempre presente, as energias nunca se esgotam, porque seu amor pela educação é como uma fonte perene, que jamais perde a força e a beleza que sempre acompanham as boas emoções. Para a Professora Noilde Ramalho todos os méritos e aplausos pelos êxitos da FARN, nos seus cinco anos de vida, que se exteriorizam em solenidades tão bonitas como esta que hoje estamos presenciando.

Da mesma forma, a Liga de Ensino do Rio Grande do Norte, nos seus 93 anos de vida, contou com a presidência de nomes ilustres da terra, como Meira e Sá, Henrique Castriciano, Varela Santiago, Onofre Lopes, Osório Bezerra Dantas e Manoel de Medeiros Brito. Osório Dantas faleceu, recentemente, aos 93 anos, tendo ele sido o signatário de resolução do Conselho Diretor da Liga de Ensino, que criou a FARN. A memória do Prof. Osório Dantas será sempre reverenciada na Instituição por esse fato histórico inolvidável. O atual presidente, Dr. Manoel de Brito, tem sabido, com muito equilíbrio e discernimento, dar seqüência ao trabalho dos seus antecessores, principalmente agora que, às atividades do ensino básico, se acrescentaram as inerentes ao ensino superior. Sua atuação representa a segurança de que as instituições mantidas pela Liga Ensino podem continuar suas jornadas de bem servir à educação do Rio Grande do Norte, oferecendo atividade de ensino de elevado padrão de qualidade.

Receberam, hoje, seus diplomas os primeiros bacharéis em Direito da FARN. Podem afirmar que a faculdade foi muito feliz na seleção que realizou pela primeira vez, pois os estudantes dessa turma foram ótimos, sempre demonstrando senso de responsabilidade, interesse, dedicação aos estudos, além de simpatia, coleguismo, urbanidade, respeito às normas, independência e altivez. Souberam cumprir com seus deveres e, também, souberam reivindicar o cumprimento dos seus direitos. Vocês, prezados concluintes, deixam saudades. Terão sempre um constante e especial lugar nas boas lembranças da Faculdade, não somente pelo que cada um representa de grandeza

humana, mas também por serem pioneiros, por nos ajudarem a abrir caminhos, por terem sido os primeiros alunos a adentrarem nas salas de aulas da Faculdade, a frequentarem a biblioteca e a vibrarem com as vitórias da FARN e, especialmente, do curso de Direito. Testemunha disso tudo é a Prof^a. Hebe Marinho, primeira coordenadora do curso, a quem vocês, com muita justiça, homenagearam nesta noite maior de suas alegrias e emoções.

Orgulhamo-nos de vocês. O ótimo desempenho alcançado no tempo da graduação se repetirá na pós-graduação e na vida profissional, disso temos certeza. Onde vocês estiverem, estará um pouco de FARN, pois continuará bem vivo nosso vínculo afetivo educacional. A Faculdade estará sempre de portões e, também, de corações abertos para recebê-los. Associamo-nos às alegrias dos seus familiares, dos seus entes queridos a quem transmitimos as mais efusivas congratulações. Vocês, prezados concluintes, estão hoje no centro das atenções, das emoções de contentamento, do bem-querer, além de receberem vaticínios e desejos de um futuro brilhante.

Coroando esta belíssima solenidade desta noite, chegou a hora de entregar ao Professor Paulo Bonavides o título de Professor Honoris Causa, concedido pelo Conselho Superior da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Pedimos ao professor que dispense a saudação que ele bem merece, uma prática habitual nesse tipo de solenidade. Justifica-se essa conduta pelo fato de a homenagem estar ocorrendo dentro da programação de uma colação de grau, pois queríamos que os primeiros bacharéis de Direito da FARN, bem como seus familiares, fossem partícipes desse evento memorável. Eles, os concluintes, que já conhecem pessoalmente o Prof. Paulo Bonavides, uma vez que tiveram o privilégio de ouvi-lo na aula inaugural do curso de Direito, quando o ilustre juriconsulto abordou o tema “As Salvaguardas da Constituição”. Ficamos, portanto, Prof. Paulo Bonavides, devendo-lhe essa merecida saudação que deverá ser proferida em momento oportuno pelo discípulo e amigo, Prof. Paulo Lopo Saraiva.

O Professor Paulo Bonavides figura entre os maiores juriconsultos brasileiros, sendo o expoente maior do país em Direito Constitucional. Seus pensamentos jurídicos gozam da primazia nas diversas esferas que envolvem as atividades judiciárias, sendo fontes de estudos e análises para todos que se interessam por esse campo do Direito. Escritor primoroso, dotado de arguta inteligência e cultura vastíssima, é autor de obras jurídicas definitivas, além de trabalhos de grande valor nos campos da política, filosofia

e literatura. Seus livros estão nas bibliotecas de instituições culturais, principalmente, Universidades de todo o Brasil e disseminados pelo mundo. O Prof. Paulo Bonavides já recebeu e continua recebendo as maiores homenagens de instituições do País e do Exterior, a começar pela universidade Federal do Ceará, a sua Academia de origem. Títulos de Doutor Honoris Causa, já lhe outorgaram de inúmeras instituições Universitárias, como da Universidade de Lisboa, em Portugal, da Universidade de Bologna, na Itália. É professor visitante das universidades de Coimbra (Portugal), do Tennessee (Estados Unidos) e de Heidelberg (Alemanha).

Nessa cidade germânica, Heidelberg, Paulo Bonavides, construiu parte da sua formação acadêmica, nos idos da década de 1950, frequentando a vetusta e famosa Universidade, onde implantou e dirigiu um núcleo de estudos brasileiros. Quando resolveu voltar para o Brasil, indicou pra substituí-lo na direção do núcleo de estudos brasileiros da Universidade de Heidelberg o poeta paraibano João Milanez Cunha Lima, seu amigo e colega de estudos universitários no Rio de Janeiro.

No livro “Setas do Arco-Íris”, de autoria de João Milanez Cunha Lima, publicado em 1989, há um soneto dedicado a Paulo Bonavides, que fala de um rio (Reno), de castelos, de burgos, muralhas, de ameias e de titãs Nietzscheanos, que nós reproduzimos agora, a guisa de fazer o professor voltar suas lembranças para o passado vivido naquela histórica cidade da Alemanha:

CASTELOS RENANOS
(A Paulo Bonavides)

Para que tantos castelos,
Perguntava o visitante
De um burgo a outro a vagar,
Admirando as ameias
Sobre o rio a sombrear;

Que de alma taciturna
Não há neste acastelar;
Que de rija hierarquia
Aqui vieram alçar;

Que feros aços de sonhos
Não cansam de temperar;
Que asperezas puderam
Esses muros entalhar;

Quem retesou esses arcos
Para pórticos formar
Pelos quais possam titãs
Nietzchianos passar?

Que entesouram e forjam
Para em conquistas lançar,
Que este silêncio e estas urzes
Não conseguem ocultar?

Que de ímpetos ferozes
Tiveram de sopitar,
O orgulho mudo tecendo
Bandeiras por desfraldar!

Professor Paulo Bonavides: pode ser que as solenidades anteriores, em que o senhor recebeu os títulos honoríficos que merecidamente lhe foram atribuídos, tenham sido mais pomposas, até mais obedientes ao ritual que as tradições acadêmicas recomendam. Contudo, tenha certeza, nenhuma ultrapassou o nosso sentimento de que escolhemos a pessoa certa para homenagear, aquele que melhor representa a cultura jurídica do país. De modo similar, nenhuma suplantou na admiração, respeito e amizade que lhe dedicamos, não somente por causa, da sua gloriosa vida acadêmica e cultural, mas também pela afeição que lhe tem a Prof^a. Noilde Ramalho, ao senhor e à sua esposa D. Ieda Bonavides, ex-aluna da Escola Doméstica de Natal. O calor humano que nos envolve neste momento só não causa combustão porque não é físico, mas no âmbito espiritual, localiza-se na esfera dos sentimentos mais nobres do ser humano, que propiciam as virtudes de gratidão e a capacidade de reconhecimento dos grandes méritos.

O senhor, Paulo Bonavides, recebeu o mesmo título de Douto Honoris Causa da instituição acadêmica mais antiga do mundo ocidental, a Universidade de Bolongna, com mais de 900 anos de existência, e recebe, agora, da FARN, que tem apenas cinco anos de vida. A mais vetusta e uma das mais novas instituições acadêmicas conferem-lhe a similar honraria, uma na Europa, a outra no Nordeste brasileiro. Para nós, isso representa a intemporalidade e a universalidade dos seus saberes e dos seus conhecimentos difundidos através dos consagrados livros, e de magistras aulas e conferências.

Repetimos, agora, nosso pensamento que expressamos ao Professor quando lhe comunicamos a decisão de Conselho Superior da Faculdade para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. O título de Doutor Honoris Causa conferido pela FARN ao Prof. Paulo Bonavides honra mais a Instituição do que o próprio homenageado. Assim, pode-se concluir que esta noite é uma noite de glórias, de grandes glórias, para a nossa Faculdade.

Sua presença aqui nesta Assembleia Acadêmica da FARN, Prof. Paulo Bonavides, guardião maior da cidadania brasileira, para receber essa homenagem, constitui um forte estímulo para continuidade do nosso ideal. E, como disse Rui Barbosa: "Ideal não se define: enxerga-se pelas clareiras que dão para o infinito".

Daladier Pessoa Cunha Lima

20 ANOS DE SONHOS E LEMBRANÇAS

Prof. MSc João Batista Machado Barbosa

Natal, 30 de Setembro de 2019

– Amor, você viu a chave do carro?

A notícia de que iria haver mais outra manifestação pública em frente ao Midway me obrigava a sair mais cedo de casa pra chegar pontualmente à aula, como costumava fazer. "Mas onde estava a danada dessa chave?"

Naquele fim do mês de maio de 2019, as provas da segunda avaliação se aproximavam e eu não podia perder tempo. Meu receio era de que as aulas fossem canceladas, em função de mais esse protesto e atrasar toda minha programação. Esse período me lembrou outros protestos populares, greves de ônibus, motins na penitenciária...a lista é grande. "Por que essas paralisações tinham que ser logo no meu dia de aula?"

Dessa vez parece que as aulas não iriam ser canceladas, mas eu precisava achar a chave do carro.

Bati no bolso da camisa e senti algo, pensei até que fosse a chave, mas vi então que era o *pen drive* que eu iria usar na aula. Era muito pequeno para ser a chave, mas ali dentro havia quase 60 GB de memória que eu podia usar como auxílio à instrução: filmes, artigos, livros, apresentações, músicas e uma biblioteca legislativa completa. Era um grande universo que eu trazia naquele pequeno dispositivo, menor do que meu polegar. "É, mas não podia ser a chave do carro".

Apesar da pressa, ao olhar para o *pen drive*, rapidamente eu lembrei que, em janeiro de 2000, quando ministrei minha primeira aula na UNIRN, há quase 20 anos, eu tinha de levar vários livros para a sala de aula, além de uma pasta repleta de transparências de plástico para usar no retroprojeter. No início, comecei usando uma pasta do tipo executivo, mas depois aderi ao uso da mochila, porque era muito papel que se usava em sala de aula.

De fato, naquela época, a maioria dos professores trabalhava com textos, roteiros de aula, apostilas, exercícios, provas, etc, tudo impresso. Posteriormente, foi então criado o AVA (ambiente virtual de aprendizagem), onde esse material passou a ficar

disponível “on line” para os alunos, que podem acessá-lo remotamente de seus smartphones, tablets e notebooks.

A mochila era necessária também, em razão das transparências que elaborava manualmente com canetas específicas para usar no retroprojektor, aproveitando minha experiência na caserna, onde isso era muito comum. Tinham de ser levadas com cuidado para não amassar.

Quando eu entrava em sala de aula no segundo horário, porém, eu percebia que a maioria dos professores usava mesmo era o quadro negro - que aliás era branco - e o velho pincel para escrever longos textos e anotações sobre a aula que iriam ministrar. Aos poucos, os velhos retroprojetores foram sendo substituídos pelos projetores datashow. Para isso, em cada sala foi instalado um computador e um sistema de som, associado a uma rede de internet, permitindo assim ser usado todo o tipo de mídia como auxílio à instrução.

Nessa hora, eu olhei de novo para o pequeno *pen drive* e percebi que tudo aquilo agora cabia na palma da minha mão.

– Pera aí que vou ver se você deixou a chave no bolso da outra calça!! – responde lá do quarto uma voz alentadora.

Meu horário estava no limite, mas, agora, quando tudo indicava que a chave realmente seria encontrada, eu relaxei e fiquei pensando no fato de que já se passaram quase 20 anos desde os meus primeiros dias de aula lá.

Eram apenas duas turmas no período noturno, com aproximadamente 30 alunos cada, iniciada no ano anterior, em 1999, quando houve a aula inaugural da antiga FARN - Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. A ideia capitaneada pela Professora Noilde Ramalho, com a experiência centenária que adquirira na Escola Doméstica, era investir em um ensino de qualidade também na formação superior. Por isso, foram chamados inicialmente professores da mais alta cátedra, como Jales Costa, Josoniel Fonseca e José Daniel Diniz.

Tive a honra de ser também chamado para integrar essa equipe no ano seguinte, a convite da Professora Hebe Marinho, a primeira Coordenadora do Curso, que, com uma voz suave e pausada, mas com muita firmeza, ia articulando os primeiros passos de uma Instituição recém inaugurada.

-- João – disse-me ela, na época – gostaria que você ministrasse a disciplina de Introdução à Economia Política, para o 2º ano do Curso de Direito.

– Mas, professora Hebe, eu sou especialista em Direito Penal e Administrativo. Eu dou aulas em outros cursos sobre isso e publiquei recentemente um livro “Direito Administrativo para provas e concursos”. Não domino esse assunto.

– É relativamente simples, João, veja a ementa da disciplina e a bibliografia já indicada. Precisamos de você conosco. Ano que vem, se der, coloco você em Direito Penal.

O desafio não podia ser recusado. Comprei alguns livros sobre o tema e nas minhas férias de janeiro fiquei “agarrado” nas lições de Nusdeo e Petrelli. Elaborei o plano de ensino da disciplina e as transparências, partindo confiante para o primeiro dia de aula sobre um assunto que era relativamente novo para mim.

“Tenho muita experiência em sala de aula e estudei bastante o assunto, que tem uma ligação forte com o Direito Civil, vai dar tudo certo”, pensei.

– Boa noite, pessoal !!!!

Cumprimentei a todos me apresentando e pedindo eles que se apresentassem também, afinal era o meu primeiro dia de aula na FARN e os alunos estavam voltando de férias. Eu queria criar uma empatia com eles logo naquele primeiro encontro. Na segunda fila, um aluno se apresentou dizendo ser economista de uma grande empresa e outro, em seguida, disse ser professor de Economia aposentado da UFRN...

Tremi.

Felizmente, eu havia preparado bem o programa e foquei nos aspectos jurídicos do tema, mas fui sincero e disse, logo naquele dia, que eu não era economista e o curso era de Direito. Com o passar das semanas, esses dois alunos foram bastante amistosos e seus comentários em sala de aula eram sempre no sentido de contribuir. Tornamo-nos grandes amigos e, assim que se formaram, construíram uma bem sucedida carreira jurídica na advocacia.

No ano seguinte, em 2001, a Professora Hebe então me procurou e disse: – João, quero que você assuma a disciplina de Direito Administrativo.

Novo desafio lançado, mas desta vez seria melhor, pois dominava completamente o assunto. Em 2002, finalmente, eu assumi a disciplina de Direito Penal e, mais tarde, com as apostilas de sala de aula elaboradas, eu acabei resolvendo escrever o livro, “Primeiras linhas de Direito Penal”, publicado pela Editora FESMP que acabara de ser criada. O então Diretor da FARN, o Prof. Daladier Pessoa da Cunha Lima, esteve presente no lançamento do livro e me convidou para lançá-lo também na Faculdade, pois nenhum

professor tinha feito isso ainda. Em 2004, fiz então o lançamento desse livro no auditório principal da FARN e, durante muitos anos que se seguiram, os alunos acompanharam minhas aulas com as “Primeiras linhas...”. Foram para mim momentos bastante gratificantes.

– Achei a chave!!! – disse ela, caminhando em direção a mim, com a chave na mão.

Rapidamente voltei para o ano de 2019 e olhei o relógio: estava no limite, mais um pouco e acabaria atrasando. Entrei no carro e saí sem demora para a UNIRN, seguindo pela Av. Prudente de Moraes para me livrar do tradicional “circuito dos protestos”, na Av. Salgado Filho.

No caminho, meus pensamentos voltaram novamente 20 anos atrás.

Ao passar pelo balão no cruzamento com a Av. Lima e Silva, olhando para o lado direito, fiquei imaginando o antigo *Machadão* e, logo mais a frente, no cruzamento com a Av. Miguel Castro, a antiga *Galeteria do Chiquinho*. Em muitos lugares da Avenida, outdoors lembram que haveria eleições municipais naquele ano, com a disputa principal entre a “Guerreira” e a “Professora”.

A cidade foi mudando e a gente também.

Lembrei que aquele ano eu usava um celular Nokia – que era apenas telefone – e o guardava no painel da Santana Quantum. Ia pra Faculdade, escutando no meu toca fitas cassete original do carro o sucesso “Anna Júlia” (Los Hermanos) e “Se eu não te amasse mesmo assim” (Ivete Sangalo), pois se optasse em mudar para a Rádio FM era só “Morango do Nordeste” e o “Tchan na Selva”.

Logo depois de passar pelo prédio onde funcionava minha locadora de vídeo preferida, eu virei à direita na Av. Alexandrino de Alencar, por perceber que, a partir dali, não teria mais protestos e, mais na frente, eu passei então onde era o antigo Hotel Tirol. Logo depois do retorno, entrei finalmente na Av. Hermes da Fonseca em direção ao centro, deixando à esquerda o prédio onde funcionava o Centro de Velório, até acessar a Rua Abdon Nunes lá na frente, à direita.

A rua estreita e as obras que ali estão sendo construídas fizeram-me então voltar ao presente, mas ao entrar na UNIRN e ver o bonito prédio da Reitoria, não pude deixar de lembrar dos jardins que ali existiam. Mais à frente, estacionei o carro em frente ao imponente Centro de Convivência Nelson Mandela, onde antes era uma pequena lanchonete e olhei de novo no relógio: felizmente havia tempo.

Ao descer do carro, uma aluna me abordou:

– Professor, vai ter aula? Tem gente dizendo aqui no grupo que está presa no trânsito, em razão dos protestos...

Já prevendo isso, naquela manhã eu havia gravado um pequeno vídeo, sob a forma de resumo das matérias da prova e postado no ambiente virtual.

– Quem não puder vir à aula presencial de revisão, assista o vídeo com o mesmo conteúdo, em casa – respondi.

Foi a minha sorte, pois não tivesse feito isso, teria que adiar a prova. Acho que as informações no whatsapp podem até desafiar a teoria de Einstein e ultrapassar a velocidade da luz, pois ninguém perguntou mais nada. Há 20 anos, eu teria de deixar um aviso na Secretaria com Edna, Rozana ou Ana Maria para que se alguém ligasse...

Depois da aula de revisão, com apenas alguns alunos presentes, eu voltei ao Mandela e, como de costume, parei ali na copa com “Ceixa” para tomar um café bem fresquinho, ali na janela mesmo.

Nesse momento, encontrei a nossa Prefeita Arioene, com um sorriso simpático.

– Tudo bem, professor?

– Tudo ótimo, não fossem esses protestos que não acabam nunca – respondi.

– Está tudo vazio hoje, não professor?

– É verdade, mas tem alguns professores dando aula, pelo que eu pude ver.

Deixei então a mente voar e meu espírito nostálgico voltou novamente, incentivado talvez pelo aroma do café.

Logo ali pertinho, era a antiga sala dos professores, bem na frente à minha esquerda. Uma pequena sala com uma única mesa e poucas cadeiras, onde encontrava frequentemente alguns excelentes professores, como o Dr. Pedro Souto e a Dra. Andreia Torquato, amigos que deixaram muita saudade com sua precoce partida para o andar de cima.

Ali também costumavam estar sempre presentes os Professores Ada Galvão, Raimundo Carlyle, Ivanaldo Bezerra, Pablo Capistrano, Flávio Freire, Thiago Murilo, Noemi Favassa, Daniele Veras, Gilmar Melo, Carlos Thompson, Luciano Ramos, Larissa Matos, Kaleb Freire, Andréia Musato, Sara Andrade, Paulo Renato, Daniel Monteiro, Marco Antônio, Flávio Freire, João Maria, Alan Barros, Alexandre Santos, Jorge Aquino, Hallison Bezerra, Karina Smith, Carlos Wagner, Emanuel Dhayan, Socorro Azevedo, Vânia Gico, Vânia Vaz, Patrícia Carla, Sara Andrade, Aparecida Trindade, François, Paulo Palhano, Rita Andrade, Assis Maia, Cláudia Torres, Estefânia Pereira, Diego Cabral,

Rafael Laffite, Luciana Casimiro, Karina Smith, Paulo Henrique, Helaine Cristina, Hugo Souza, Miguel Josino, Marco Bruno, Fernando Alves, Antônia Marly, Daniela Lustosa, André Melo, Solange Alencar, José Dantas e Ana Cláudia Aguiar.

Tomo fôlego e continuei pensando em outros ótimos professores, como Gabriela Simoneti, Wanderlan Porto, Dinarte Lopes, Manuel Maia, Homero Lechner, Estefânia Medeiros, Adriana Silva, Ana Paula Cacho, José Albenes, Michelini Cachina, Rodrigo Barros, Paulo Palhano, Nicholas Carvalho, Felipe Santos, Marcelo Navarro, Paulo Lopo Saraiva, Geraldo Ismar, Livia Melo, Pedro Lima, Anísio Marinho, Patrick Terremate, Juliana Rocha, Adriana Lambert, Jordana Campos, Felipe Maciel, Madson Otoni, Antônio Vaz, Rogério Tadeu, Bruno Padilha, Alexandre Carvalho, Carlos Gomes, Ana Ludmila, Jaime Groff, Eridson Medeiros, Raimundo Caio e Alecssandro Mendes.

A lista é grande, tive que tomar outro cafezinho – por sorte ainda tinha tempo – e mergulhar nos pensamentos para ver se não esqueci ninguém. Por sorte, eu guardo alguns horários de aula desde 2005, quando foram divulgados digitalmente, e assim pude me lembrar da maioria.

Se alguém tiver ficado de fora dessa lista, eu corrijo isso no artigo dos 30 anos. Prometo!!

Pouco à frente da antiga sala dos professores, eu percebi que iria haver um grande evento ali, pela movimentação de pessoas na frente do auditório central. Lembrei-me então do primeiro grande evento realizado na antiga FARN, em que tive a honra de ser o Coordenador Geral, o *1º Congresso de Direito Ambiental e Urbanístico do Rio Grande do Norte*, realizado no Centro de Convenções da Cidade do Natal - RN, em junho de 2001, em parceria com a OAB/RN, quando contei com a ajuda dos advogados Marcus Egito e Tásia Simoneti. Na época, tive que tirar férias do meu cargo de Promotor de Justiça para poder estar a frente de um evento desse porte, na condição de Professor. No final, pudemos avaliar o evento: foi um sucesso. Além disso, foi bonito ver o Centro de Convenções lotado naquela época, em que praticamente não existia uma consciência ambiental ainda formada.

A própria disciplina de Direito Ambiental na antiga FARN, do qual também tive a honra de ser o primeiro Professor, só foi criada em 2004. Nesse ponto, a Faculdade saiu na frente de outras Instituições de Ensino que, quando tinham essa disciplina na grade, era apenas como complementar.

Posteriormente, em agosto de 2008, tive também a satisfação de coordenar junto com os ilustres Professores Paulo Saraiva, Artur Bonifácio e Lenice Moreira, a quem muito admiro, o *I Congresso Brasileiro de Direito e Processo Constitucional*, no Hotel Seahrs-Natal, em homenagem ao jurista Paulo Bonavides, onde estiveram presentes professores de escol, nacional e internacionalmente conhecidos, como Canotilho Gomes, Lênio Streck, Ingo Sarlet, Flávia Piovesan e Luis Roberto Barroso.

Naquele ano, a saudosa Professora Noilde Ramalho ofereceu um jantar na Escola Doméstica em homenagem ao Prof. Paulo Bonavides e esposa, que era ex-aluna, servido e acompanhado pelas alunas que faziam o curso na Escola, em 2008. Um momento inesquecível.

De repente, voltei ao presente, com a despedida de Arioene, e me lembrei do saudoso Pinheiro, antigo prefeito do *campus*, pessoa do mais fino trato e muito atuante, não deixava nada despercebido.

Precisei ir à atual sala dos professores e aterrissar de novo em 2019, mas as lembranças ainda me pediam para ficar um pouco mais ali. Nesse momento, percebi que vinham das salas de aula os Professores Fábio Fidelis, Marcos Jordão, Ewerton Rocha e Marcelo Maurício, que tem um grande trabalho no chamado Grupo Filosofia, Direito e Sociedade e resolvo “pegar uma carona” com eles.

Na sala dos professores, já estavam os Professores Luis Felipe, Marcelo Barros, Sandresson Lopes, Lincoln Rufino, Rasland Luna, José Eduardo Moura, Matusalém Dantas e Evandro Zaranza. Pensei que era uma festa, ao ver tantos professores juntos e o clima animado das conversas, mas era apenas uma coincidência. “Festa” mesmo começou, ao ouvir um retumbante “me ajude”, entrando na sala na voz do Prof. Anderson Brito, contaminando a todos com sua alegria.

O horário da primeira aula começou e todos saíram, por isso aproveitei para corrigir os últimos exercícios de Prática Jurídica Penal que iriam compor a nota da segunda avaliação. Pouco depois entrou na sala, a Psicopedagoga Ana Maria Camarão, quando resolvi atualizá-la sobre o acompanhamento de alguns alunos, lembrando que somente há pouco tempo esse importante setor havia sido criado. Esse Núcleo, junto com o de Educação e Gestão Ambiental – UNIRN SUSTENTÁVEL, coordenado pela Dra. Mariana Nunes, foram as boas notícias dos últimos anos.

Quando estava terminando a correção dos exercícios, entraram juntas na sala: a Coordenadora do Curso de Direito, Úrsula Bezerra, a Coordenadora Adjunta, Adriana

Gomes, e as Professoras Andrea Andrade e Ana Maria Ananias. Pela alegria delas, estavam reunidas resolvendo algum tema difícil e que chegaram a um consenso.

Melhor para todos.

Já era tarde naquele momento e resolvi então voltar para casa. No corredor, porém, encontro ainda com o Professor Walber Cunha Lima, nosso antigo Coordenador, que agora está à frente dos trabalhos de conclusão de curso, onde aproveito para “despachar” alguns temas. Foi um “despacho de escada”, mas resolveu.

Naquele dia, senti como se tivesse feito uma “chamada de professores”, tantos eu havia visto. Talvez todos esses encontros tenham sido uma resposta ao saudosismo que tomou conta de mim. Ou seria só coincidência?

Difícil de dizer, mas nos dias que se seguiram encontrei ainda outros Professores na sala, como Petrucia Souto, Rosângela Mitchel, Emmanuelli Gondim, Ana Mônica, Henrique Batista, Olavo Maia, Leonardo Medeiros, Abraão Lopes, Shirley Torres, Nelisse Josino, Marcelo Torres, Luiz Eduardo (se não falar “Luluca”, ninguém conhece), Thiago Tavares, Maria Fernanda, Humberto Lucena e “seu irmão gêmeo”, Benício de Sá.

Deve ser o saudosismo mesmo.

No final do semestre, precisei ainda ir ao Núcleo de Prática Jurídica Djalma Marinho, que funciona em um prédio fora do *campus*, quando pude rever outros ilustre Professores, como Rocco Gomes, Karen Vasconcelos, Paulo Souto, Sheila Farias, Felipe Douglas, João Freire e Thomas Araújo.

Nesses quase 20 anos, não pude deixar de me lembrar ainda de alguns momentos especiais, como o dia em que recebi a Medalha Varela Santiago, em 2011, pelo centenário da Liga de Ensino, que agrega a Escola Doméstica, o Henrique Castriciano e a UNIRN.

Além disso, momentos mais do que especiais, na verdade, inesquecíveis, são os que sentimos na alegria dos alunos quando da colação de grau. É gratificante vê-los depois bem sucedidos nas diversas carreiras jurídicas, como na magistratura, no ministério público, na advocacia e em diversos outros cargos públicos, inclusive políticos.

Nesses 20 anos na atual UNIRN fiz muitos amigos, compadres, sócios e colegas.

Tive a honra de ter sido professor de vários ex-alunos, como Dália Simonelli, Ronaldo Alencar e Ana Eleonora, que posteriormente vieram a ser colegas de magistério. Tive também a honra de ministrar aulas para um colega de turma da Aeronáutica, hoje o

Major Brigadeiro-do-Ar Mário Jordão, para os meus filhos Victor e Dominick, para diversos filhos de amigos e parentes, revivendo neles o mesmo sentimento de afeição pelos pais.

Não poderia finalizar esse texto sem lembrar dos valiosos ensinamentos deixados pela Professora Noilde Ramalho, falecida em 2010, pouco antes de a FARN se transformar no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN, em 2012.

Sua herança deixada pelo exemplo, pela força de trabalho e determinação ainda contagia todos nós. Essa nobre missão, iniciada por ela no século passado, era apenas um sonho, mas que se tornaram boas lembranças com o tempo, muito esforço e muita dedicação.

Essa missão hoje é confiada ao nosso Reitor, Professor Daladier Pessoa da Cunha Lima, e pelas Professoras Ângela Maria Guerra e Fátima Cristina, Vice-Reitora e Pró-Reitora Acadêmica, respectivamente, além de tantos outros profissionais que seria impossível aqui lembrar o nome de todos.

Esses 20 anos são quase uma vida: muitos que hoje estão nos bancos acadêmicos nem haviam nascido quando a FARN foi criada, em 1999, por isso é tão importante para a Instituição não apenas estar sempre se atualizando em modernas tecnologias de ensino, no melhoramento das estruturas físicas, na qualificação de seu pessoal e no crescimento de seu acervo literário, mas também cultuar e difundir seu glorioso passado.

Todos esses anos são um pequeno recorte de um período que, na verdade, iniciou em 1911, com o sonho de alguns corajosos desbravadores que acreditaram ser tudo isso possível. Eram sonhos, hoje maravilhosas lembranças.

Que venham então mais outros 20 anos!!!

Mas hoje é um novo dia. Preciso me aprontar para ir a UNIRN ministrar as aulas de hoje: – Amor, você viu a chave do carro? Não me lembro onde guardei...