Ano 14 | v. 1 | n. 32
Janeiro – Junho 2023

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP
CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 14 | v. 1 | n. 32 | 2023

Porto Alegre/RS

2023

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – CECADEP

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

CECADEP/RS

A revista não se responsabiliza pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 14, v. 1, n. 32 – Porto Alegre: DPE, 2023.

Semestral.
Modo de acesso: https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria
Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.
ISSN 2177-8116

1. Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Elaborada pela bibliotecária Ana Paula M. Magnus – CRB 10/2052

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Marcelo Turela de Almeida

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Melissa Torres Silveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Marcelo Candiago

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA – CECADEP

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

COMISSÃO EDITORIAL

COORDENADORA DA REVISTA

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

EDITORES-CHEFES

Andrey Régis de Melo
Lizana Dallazen

ASSISTENTE EDITORIAL

William Pereira Rosa

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Membros Nacionais
Alberto Milnickel Ruttke
Alexandre Brandão Rodrigues
Alisson de Lara Romani
Ana Maria Marchesan
Angelita Maria Maders
Augusto Jobim do Amaral
Christiane Russomano Freire
André Ribeiro Giamberardino
Clara Moura Masiero
Daniel Kessler de Oliveira
Denise Luz
Domingos Barroso da Costa
Eduardo Medeiros Cavalcanti
Fabiano Aita
Fábio Vieira Heerdt
Francis Moraes de Almeida
Giovana Buonicore
João Batista Oliveira de Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Juliano Viali dos Santos
Leonardo Sagrillo Santiago
Luciano de Faria Brasil
Mônica Medeiros Kother Macedo
Paulo César Carbonari
Renata Costa Farias Simeão
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira
Rodrigo dos Santos Ribeiro
Sandra Beatriz Morais da Silveira
Simone Schroeder
Tássia Aparecida Gervasoni
Vanessa Cerezer de Medeiros
Vanessa Chiari Gonçalves
Veyzon Campos Muniz

Membros internacionais
Helena Moura Fietz
Roberta Silveira Pamplona

Pareceristas Ad Hoc da edição
Adriano da Silva Ribeiro
Alexsandra Ramos Fantinel
Andrey Régis De Melo
André Perin Schmidt Neto
Eduardo Baldissera Carvalho Salles
Elisangela Fratton
Felipe Da Veiga Dias
Marcelo Leandro Pereira Lopes
Oniye Nashara Siqueira
Rodrigo da Guia Silva
Rogerio Borba
Tássia Gervasoni

SUMÁRIO

Editorial:
A Revista da DPERS alcança o Qualis B2 na nova avaliação da CAPES
Lizana Dallazen
Cleusa Maria Ribeiro Trevisan ..... **i**

Autores convidados

Reflexões sobre a necessidade de uma atuação impugnativa estratégica por parte da Defensoria Pública no âmbito penal e processual penal: o caso do Rio Grande do Sul
Domingos Barroso da Costa
Aline Corrêa Lovatto
Rafael Raphaelli **01**

Artigos da edição

A Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em Tempos de Pandemia da COVID-19
Guilherme Goularte Schlottfeldt
André Luiz Olivier da Silva **15**

Reflexões sobre os direitos das pessoas com deficiência com enfoque no acesso ao mercado de trabalho
Francieli Franke Kreutz
Ana Julia Silva Barbosa **37**

Considerações acerca da responsabilidade solidária entre os cônjuges pelas dívidas particulares contraídas durante o casamento
Bárbara Sauzem da Silva..... **56**

A desigualdade de gênero no âmbito desportivo percebida a partir de disparidades na valorização econômica de atletas no futebol
Ana Luiza Baccin Carvalho **79**

Proteger, transformar, emancipar: os três papéis da Defensoria Pública

no direito brasileiro
Alberto Luiz Bastos……**100**

Hart e a discricionariedade judicial: o papel da filosofia analítica e dos princípios em sua teoria
Alexandre Brandão Rodrigues……**122**

Responsabilidade civil pela "desadoção"
Thiago Oro Caum Goncalves
Emili Bernardi Piaia……**141**

Tema nº 944: entre mudanças e constâncias do campo jurídico
Marcirio Gessinger……..**162**

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A Revista da DPERS alcança o Qualis B2 na nova avaliação da CAPES

A construção de um Periódico com reconhecimento no Universo Científico passa por um longo e trabalhoso processo. A nossa Defensoria Pública vem investindo fortemente para termos uma Revista reconhecida que ofereça um fórum de debate científico permanente, aberto e de excelência, que em última análise é a função de um periódico indexado e com boa nota Qualis.

O Qualis Periódicos é o conjunto de procedimentos adotados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) para avaliar a qualidade dos periódicos científicos nacionais e internacionais. Na avaliação quadrienal mais recente, realizada no período de 2017 a 2020, os periódicos foram classificados nos seguintes extratos: A1, A2, A3, A4, B1, B2, B3, B4, B5 e C.

A Revista da DPERS, vinculada à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, obteve **Qualis B2** na avaliação quadrienal 2017-2020 da CAPES. A nova classificação representa a terceira melhor avaliação dentre as 11 revistas científicas publicadas pelas Defensorias Públicas do país. Anteriormente, a Revista da DPERS foi classificada no estrato Qualis C nas avaliações de 2010-2012 e 2013-2016.

A melhora na classificação é o reconhecimento dos aprimoramentos realizados no periódico nos últimos anos. Portanto, a valorização pela CAPES implica maior credibilidade e visibilidade para o periódico e para os autores que nele publicaram. Vale ressaltar que no período de 2021 a 2022 também ocorreram melhorias significativas na revista, como a já noticiada indexação no DOAJ. Tendo isso em vista, espera-se obter uma classificação ainda maior na avaliação a ser realizada no período de 2021 a 2024, pois seguimos implantando critérios internacionais para almejarmos a nota A.

Esse caminho não é fácil, há muitas resistências e dissabores em função do nível de exigência dos critérios de publicação adotados que elevam o nível de exigência da produção dos autores. É preciso esclarecer que dentro do sistema científico os processos obedecem ao princípio da impessoalidade e as decisões editorias são definidas a partir dos subsídios oferecidos pelas avaliações do Conselho Científico e Editorial e dos pareceristas *AD HOC*.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

Neste início de ano que temos conquistas significativas para comemorar, compartilhamos os méritos e contentamento com todos que colaboraram com o desenvolvimento da Revista nos últimos anos, Administração Superior, Coordenadoras do Centro de Estudos Capacitação e Aperfeiçoamento da Defensoria Pública (CECADEP), pareceristas, assistentes editoriais, autores que submetem seus artigos e os leitores que usufruem de todo esse trabalho.

A edição nº 32 é o exemplo vivo deste periódico como fórum de discussão. Temas variados do interesse da sociedade, dos nossos assistidos e dos profissionais de direito estão ocupando cada vez mais o cenário das publicações. Artigos que versam sobre a atuação da DPE/RS durante a pandemia de Covid-19, analisando a efetividade dos serviços prestados pela instituição; Sobre os papéis das Defensorias Públicas na sociedade, explorando a missão constitucional de defender os interesses dos cidadãos vulneráveis. Ainda sobre a Defensoria, temos um importante artigo de autores convidados a versarem sobre a necessidade da atuação impugnativa estratégica por parte da Defensoria Pública no âmbito penal e processual penal.

Felizmente o tema sobre os direitos humanos vem tomando espaço nas nossas edições em ampla dimensão. Há artigos trabalhando o tema das pessoas com deficiência e carecemos de pesquisas e publicações de direito nesta área. A inclusão da pessoa com deficiência na sociedade brasileira encontra obstáculos, pois segundo os autores, há ausência de credibilidade sobre as habilidades e reais condições das pessoas com deficiência. Outras faces das minorias, como a desigualdade de gênero no âmbito desportivo foi trabalhado em um artigo que aponta para necessidade de mais ações da iniciativa privada e do Estado para equiparar salários e investimentos no esporte feminino. A constatação de que no meio esportivo a presença e a importância dada às mulheres ainda são diminutas, exige maior visibilidade.

Ainda sobre Direitos Humanos, um estudo que aborda o tem nº944, abre questões sobre as possibilidades de afastar a imunidade de jurisdição em razão de atos de império que violem os direitos humanos. A dimensão sociológica do Campo Jurídico foi o norte desse manuscrito, salientando as constâncias e as mudanças do campo jurídico.

Os artigos sobre a Responsabilidade Civil pela “desadoção” e a responsabilidade solidária e patrimonial entre os cônjuges por atos praticados pelo

consorte abordam nuances complexas dos problemas cada vez mais frequentes na sociedade Brasileira. São assuntos que tocam em níveis jurídicos e não jurídicos, como os prejuízos psicológicos, morais e da deficiência de compreensão destes fenômenos. Há muita pesquisa para ser feita sobre os fatores que podem proteger o direito destes cidadãos prejudicados pelas ações de terceiros.

O artigo **Hart e a discricionariedade judicial: o papel da filosofia analítica e dos princípios em sua teoria,** propõe-se a estudar as principais influências filosóficas na teoria de Herbert Hart para melhor entender a sua concepção de Direito. E, assim, compreender qual o papel dos princípios na sua teoria e qual a solução que ele apresenta para a resolução dos casos difíceis (*hard cases*). Por ser um tema perene do Direito, é de importância uma ampla reflexão teórica sobre seus conceitos.

Com a riqueza dos conteúdos publicados, desejamos uma boa leitura e aguardamos as contribuições para aquecermos cada vez mais o desenvolvimento da ciência no campo jurídico.

Porto Alegre, 27 de janeiro de 2023.

Lizana Dallazen
(Editora-Chefe)

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan.
(Coordenadora do CECADEP)

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO IMPUGNATIVA ESTRATÉGICA POR PARTE DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO PENAL E PROCESSUAL PENAL: O CASO DO RIO GRANDE DO SUL

REFLECTIONS ON THE NEED FOR A STRATEGIC IMPUGNATIVE ACTION BY THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE: THE CASE OF RIO GRANDE DO SUL

REFLEXIONES SOBRE LA NECESIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATIVA ESTRATÉGICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL: EL CASO DE RIO GRANDE DO SUL

Domingos Barroso da Costa[1]

Aline Corrêa Lovatto[2]

Rafael Raphaelli[3]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar as razões práticas e teóricas pelas quais a Defensoria Pública deve investir em uma atuação impugnativa estratégica junto aos Tribunais de Justiça e Superiores. Desde os benefícios institucionais à evitação de prejuízos aos cidadãos assistidos, procuramos demonstrar como a inscrição da Defensoria na dimensão pública torna imprescindível a busca pela máxima eficiência impugnativa, o que passa pela prevalência da qualidade sobre a quantidade de trabalho demandado à Instituição. Incidentalmente, menciona-se a dissociação entre a legislação nacional e a do Rio Grande do Sul no que concerne à atuação impugnativa da Defensoria Pública, com a indicação da necessidade de superação das contradições identificadas para a racionalização do exercício das funções institucionais no manejo de recursos e ações autônomas no âmbito penal e processual penal.

Palavras-chave: Defensoria Pública; atuação estratégica; direito penal; processo penal; Constituição Federal.

ABSTRACT

This article presents the practical and theoretical reasons why the Public Defender's Office should invest in strategic litigation along with the Court of Justice and the Superior Court. From the institutional benefits to the avoidance of harm assisted citizens, we seek to demonstrate how the inclusion of the Public Defender's Office in

1 Defensor Público, Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; domingoscosta@defensoria.rs.def.br.
2 Defensora Pública, Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; aline-lovatto@defensoria.rs.def.br.
3 Defensor Público, Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; raphaellirafael@hotmail.com.

the public dimension makes it essential to pursue maximum efficiency in litigation, which involves the prevalence of quality over quantity of work demanded to the institution. Incidentally, we mention the dissociation between the national legislation and that of Rio Grande do Sul regarding the actions of the Public Defender's Office, indicating the need to overcome the contradictions identified for the rationalization of the exercise of institutional functions in the handling of appeals and autonomous actions in the criminal law and criminal procedure fields.

Keywords: Public Defender's Office; strategic litigation; criminal law; criminal procedure law; Federal Constitution.

RESUMEN

El presente artículo pretende exponer las razones prácticas y teóricas por las que la abogacía pública debe invertir en un litigio estratégico ante los tribunales de justicia y los tribunales superiores. Desde los beneficios institucionales hasta la evitación de perjuicios a los ciudadanos asistidos, buscamos demostrar cómo la inscripción de la Defensoría del Pueblo en la dimensión pública torna imprescindible la búsqueda de la máxima eficiencia en el litigio, lo que implica la prevalencia de la calidad sobre la cantidad de trabajo exigida a la institución. Incidentalmente, se menciona la disociación entre la legislación nacional y la de Rio Grande do Sul en lo que se refiere a la actuación impugnativa de la Defensoría del Pueblo, con la indicación de la necesidad de superación de las contradicciones identificadas para la racionalización del ejercicio de las funciones institucionales en el manejo de recursos y acciones autónomas en el ámbito penal y procesal penal.

Palabras clabe: Defensoría del Pueblo; Litigio estratégico; derecho penal; derecho procesal penal; Constitución Federal.

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido acerca da necessidade de uma atuação estratégica por parte da Defensoria Pública no exercício das funções que lhe são constitucionalmente atribuídas. Com essa mirada, o presente trabalho tem por objetivo trazer a público as razões apresentadas como justificativa para que a atuação impugnativa da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul no âmbito penal e processual penal assuma definitivamente um caráter estratégico, o que se resume, em essência, na busca pela otimização de nossos esforços de modo a fazer com que a *qualidade* prevaleça em relação à *quantidade* de trabalho que se nos apresenta no dia a dia. Ou seja, tratamos aqui de *efetividade* na prestação do serviço público de assistência jurídica integral e gratuita aos que dela necessitem, conforme prevê a Constituição de 1988.

As propostas trazidas a debate conjugam razões práticas e teóricas, as quais concorrem efetivamente não só para a eficaz tutela aos direitos dos cidadãos assistidos pela Defensoria Pública, como, também, para o melhor funcionamento do sistema de justiça.

É nisso que confiamos, especialmente considerando nossa experiência como defensores públicos atuantes junto aos Tribunais – de Justiça e Superiores.

Passemos, pois, à articulação dos argumentos que demonstram, a nosso sentir, a imprescindibilidade de uma atuação impugnativa estratégica no âmbito penal e processual penal por parte da Defensoria Pública.

2 SOBRE A IMPRESCINDIBILIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO IMPUGNATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

De início, convém pontuar que as análises e conclusões registradas neste trabalho têm por referência próxima os debates estabelecidos entre os agentes integrantes da Defensoria Pública que atuam junto aos Tribunais Superiores e da Defensoria Pública Regional Criminal de 2º Grau, além dos diálogos desenvolvidos na oficina realizada no Encontro da Defensoria Gaúcha ocorrido em 20 de maio de

2022 sob o título “A Defensoria Pública nos Tribunais Superiores: sobre a importância de uma atuação estratégica”.

Podemos então prosseguir dali para destacar que a *racionalização* de nossa atuação impugnativa, ou seja, seu desenvolvimento segundo um *pensar* e um *agir* estratégicos, tem como objetivo o alcance dos níveis máximos de êxito no exercício de nossas funções junto aos tribunais – especificamente, no caso da análise proposta, em matéria penal e processual penal. E o alcance do desiderato referido depende da conciliação da quantidade e da qualidade do trabalho que desempenhamos nesse âmbito, sempre atentos ao contexto jurídico em que se dá. Trata-se, em última análise, da busca pela prestação eficiente da assistência jurídica integral e gratuita de que a Defensoria é incumbida pela Constituição, sem perder de vista que nossas funções são desenvolvidas na dimensão pública (COSTA; GODOY, 2015), o que implica dizer que o vínculo estabelecido entre a instituição e seus assistidos não pode se desconectar do fim visado – a efetividade e a garantia de acesso à justiça por parte da população vulnerável –, o que reclama estratégias diversas em termos de atuação impugnativa, como abaixo procuraremos demonstrar.

Em síntese, a partir do contexto e da forma como essa atuação impugnativa se dá, procuraremos combinar as perspectivas quantitativa e qualitativa a fim de melhor estabelecer estratégias capazes de, a um só tempo, reduzir os ônus e assegurar o máximo aproveitamento possível de nossos esforços, o que se traduz por eficiência (CF, art. 37) e, logo, *credibilidade institucional*, a qualidade prevalecendo, ao final, sobre a quantidade (COSTA; GODOY; COELHO; RAPHAELLI, 2021).

Nesse sentido, despiciendo dizer do elevadíssimo volume de trabalho com que lidam os agentes da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul – sejam servidores, sejam defensores –, o que sobreleva a necessidade de se refletir continuamente sobre as formas mais adequadas de investir nossos esforços e insuficientes recursos visando ao alcance dos melhores resultados possíveis. A questão se resume, portanto, à constante mobilização em busca de meios que

permitam alcançar melhores resultados a partir de um investimento mais adequado dos recursos disponíveis, sejam estes materiais ou imateriais.

E em termos de atuação impugnativa que vise alcançar solução favorável junto aos Tribunais – de Justiça ou Superiores –, entendemos que a otimização de nosso trabalho depende necessariamente da observância de dois pressupostos fundamentais e de profundas implicações, quais sejam: (1) a tomada de consciência institucional de que a Defensoria exerce suas funções na dimensão pública, o que a diferencia essencialmente da advocacia privada, e (2) uma clara compreensão quanto aos efeitos danosos de uma atuação impugnativa acrítica, massificada e malsucedida, em sua profundidade e extensão.

2.1 A DEFENSORIA E SUA ATUAÇÃO NA DIMENSÃO PÚBLICA

Não são poucos os transtornos decorrentes de nossa resistência em assumirmos o caráter público que a Constituição nos atribui, diferenciando-nos desde a essência da advocacia privada e, destacadamente em razão dos objetivos, da advocacia pública.

E, mais uma vez, cabe-nos dizer que essa diferenciação não exige sofisticadas construções teóricas, mas pode ser depreendida do enquadramento topológico que a Constituição de 1988 conferiu à instituição e a cada uma das funções acima mencionadas – advocacias pública e privada –, bem como ao Ministério Público, marcadamente a partir da EC 80/14.

Dentro do *Título IV* da Carta, que trata da *Organização dos Poderes*, em seu *Capítulo IV*, que reúne as disposições sobre as *Funções essenciais à justiça*, constatamos que a Defensoria Pública vem definida e fundamentalmente delineada na *Seção IV* (arts. 134 e 135), enquanto ao Ministério Público coube a *Seção I* (arts. 127 a 130-A), à Advocacia Pública, a *Seção II* (arts. 131 e 132) e à Advocacia privada, a *Seção III* (art. 133).

Observa-se, portanto, que já não há confusão possível entre quaisquer das instituições ou funções constitucionalmente definidas como essenciais à justiça, a advocacia definida no art. 133 sendo a única que se desenvolve, via de regra, na

dimensão privada, as relações do profissional com seu cliente pautando-se primeiramente pela defesa jurídica dos interesses deste e pela disponibilidade entre contratante e contratado (ambos com ampla liberdade de escolher com quem contratam e o que contratam), ainda que dentro de determinados limites legais e éticos (COSTA; GODOY, 2015).

Por sua vez, a natureza pública da Defensoria e sua definição constitucional (art. 134 da CF) estabelecem que a instituição é primeiramente compromissada com a garantia de acesso à justiça aos necessitados, destacadamente os economicamente vulneráveis (CF, art. 5º, LXXIV) – embora a estes não se restrinja, abrangendo os que se enquadrem numa ideia de vulnerabilidade circunstancial (COSTA; GODOY, 2014). Ou seja, trata-se de uma tutela pública a interesses em maior ou menor medida particulares de cidadãos vulneráveis que jamais pode perder de vista os objetivos a que a Instituição está vinculada segundo a Constituição, de modo que ainda que atuando em favor de interesses privados, é na dimensão pública que essa defesa se dá. Noutras palavras, a defesa dos interesses privados pela Defensoria é precedida e mediada pelo interesse público de se prestar assistência jurídica integral e gratuita de qualidade – o que pressupõe a observância a princípios como os da *economia* e da *eficiência*, dentre outros –, o que significa dizer que não se pode perder de vista o múnus público a que a Instituição está constitucionalmente vinculada mesmo quando se busca a tutela a interesses particulares do cidadão juridicamente assistido, estes interesses – os particulares – não podendo se sobrepor ou contradizer os fins públicos que são a razão de ser da Defensoria.

Daí já podemos extrair um princípio regente para o melhor investimento dos recursos que temos disponíveis, o qual deixa ainda mais nítida nossa diferença em relação à advocacia privada. Afinal, enquanto a defesa dos interesses particulares do cliente constitui a referência primeira ao exercício das funções da advocacia privada, o fato de o compromisso primordial da Defensoria Pública firmar-se na assistência jurídica de todos os que se apresentem na condição de vulneráveis e por

isso devam ser atendidos determina que, em última análise, os interesses desse público preponderem em relação ao de um ou de poucos assistidos.

Isso significa que a atuação da Defensoria Pública em defesa do interesse de um ou de poucos cidadãos não pode se dar em detrimento da assistência que deve ser garantida a um sem-número de outros em iguais condições e circunstâncias, o interesse público devendo se sobrepor ao privado. Ou seja, não há vínculo privado, personalíssimo e excludente, mas público, impessoal e includente, ainda que cada caso requeira atenção específica segundo suas peculiaridades.

Na prática e no contexto que nos interessa, o que acabamos de sustentar equivale a dizer que, para melhor atender o público constituído por aqueles que buscam nossa assistência, é nosso dever priorizar as pretensões que contem com plausibilidade jurídica e, logo, possibilidades concretas de obtenção da tutela ao direito reclamado. Por outro lado, mas a partir do mesmo raciocínio publicista que recomenda o correto investimento dos meios disponíveis, também é nosso dever não investir nossos já insuficientes recursos na defesa jurídica de casos que sabidamente não têm possibilidade de êxito[4], conclusão que, certamente, se alcança e se sustenta a partir de critérios técnicos demonstráveis – sejam estritamente normativos, sejam jurisprudenciais.

A título de exemplo prático, o tempo investido na elaboração de um *habeas corpus* em caso cujas circunstâncias evidenciam de antemão a impossibilidade de êxito é o tempo retirado da devida assistência que devemos prestar a outros tantos cidadãos em situação de vulnerabilidade que nos procuram com demandas plausíveis, o que, no mínimo, é determinante a prejuízos qualitativos em relação à assistência a estes devida.

Em suma: a Defensoria Pública não pode ser privatizada pelo interesse personalíssimo de poucos[5] em detrimento dos interesses dos muitos que constituem o público ao qual a Constituição destina suas funções e, assim, legitima sua existência, consagrando-a a objetivos tais como a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade justa e

4 Recusa juridicamente justificada que inclusive integra a noção de orientação jurídica e educação em direitos (COSTA; GODOY, 2014).

5 A palavra *vontade*, nesse contexto, talvez seja até mais adequada que *interesse*.

solidária (CF, art. 3º, I, III e IV), a partir de fundamentos como cidadania e dignidade (CF, art. 1º, II e III).

Dito de outro modo, não estamos submetidos ao interesse compulsório e à disponibilidade de um ou poucos clientes como regentes primeiros de nossas funções enquanto as desempenhamos no plano público, mas, sim, comprometidos com a prestação da melhor assistência jurídica possível a cidadãos em condições de vulnerabilidade, sem jamais perder de vista o dever de assegurar igual assistência a outros tantos cidadãos nas mesmas condições. Por certo, uma vez que se toma por norte uma acolhida isonômica – que inclusive faz da Defensoria Pública verdadeiro pressuposto de democracia no Brasil (COSTA; GODOY, 2020) –, tem-se que a igualdade de assistência a que se refere não é desassociada da análise dos casos trazidos segundo suas peculiaridades, que podem determinar, por exemplo, o atendimento prioritário em circunstâncias que o exijam, com a adoção de medidas de urgência ou emergência que possam assegurar a tutela eficaz aos direitos em jogo.

Firmados os pressupostos públicos que sustentam as reflexões que propomos, cabe-nos agora destacar que quando se trata de atuação impugnativa que vise especificamente os Tribunais Superiores, mais nítida se torna a percepção acerca da possibilidade ou não de êxito de uma determinada ação ou recurso diante das circunstâncias do caso concreto. Afinal, diferentemente do que se passa em relação à revisão do decidido em primeira instância, considerada a extensão do que se devolve à cognição da instância revisora, o acesso aos Tribunais Superiores pela via recursal é essencialmente restrito a questões de direito e condicionado a inúmeros obstáculos legais, sem sequer mencionar a maior estabilidade dos entendimentos firmados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) – até mesmo porque têm por função a uniformização da jurisprudência e, por conseguinte, a construção e mantença da segurança jurídica referida pela Constituição. Aliás, mesmo em relação às ações autônomas de impugnação, como é o caso do *habeas corpus*, verifica-se que as restrições impostas a seu conhecimento são maiores que as ordinariamente

observadas nos tribunais estaduais, sendo perceptível um movimento progressivo de estreitamento do acesso à superior instância também por essa via – o que é comumente atribuído à banalização de sua utilização em substituição à via recursal legalmente prevista.

2.2 DA NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO IMPUGNATIVA ESTRATÉGICA PENAL E PROCESSUAL PENAL: O CASO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL

Em razão do até aqui exposto, temos que as implicações decorrentes de nossa natureza pública e dos objetivos a que nos vincula a Constituição convocam-nos, enquanto Defensoria Pública, a uma atuação impugnativa estratégica que, potencializando os recursos que temos disponíveis, nos possibilite assegurar com a máxima eficiência o acesso à justiça por parte dos cidadãos vulneráveis. Dizemos, portanto, do melhor emprego de nossos recursos materiais e imateriais no sentido de assegurar o maior índice de êxito possível em nossa busca quotidiana pela efetiva tutela a direitos dos cidadãos que buscam por nossa assistência em razão de sua(s) vulnerabilidade(s). Trata-se de um trabalho que tem por mirada a concretização da cidadania de grande parte da população – a efetivação do direito a ter direitos – e que, como já antecipado, passa, no mínimo, pela evitação do dispêndio de recursos em atuações que de antemão se possam saber inexitosas – a partir da aplicação de critérios técnicos, ou seja, normativos e jurisprudenciais.

No que concerne à atuação impugnativa junto aos Tribunais – de Justiça ou Superiores –, a experiência tem-nos demonstrado que o exercício dessa função de forma acrítica e massificada não tem bons resultados, representando desperdício de recursos escassos com ônus desnecessário para os defensores públicos, para o público assistido e para a própria Instituição, que nitidamente tem sua credibilidade afetada na medida em que frequentemente responsabilizada pelos insustentáveis volumes de trabalho do Judiciário.

Pontue-se, a propósito, que o maior acionamento do Judiciário nas últimas décadas, de fato, tem a Defensoria Pública como protagonista, o que decorre da devida e constitucionalmente prevista expansão institucional e da efetividade de sua atuação, ou seja, da concretização do que abstratamente prevê a Constituição. O que reclama correção, portanto, são os excessos verificados, e é disso que se trata, sendo inegável sua ocorrência especialmente em razão da inversão da lógica de atuação recursal determinada pela legislação estadual de regência (Lei nº 11.795/02/RS) quando comparada àquela estabelecida pela legislação nacional[6].

Como se sabe, a legislação estadual estabelece a atuação recursal como regra, de modo que a decisão do agente pela não interposição, até bem pouco tempo e em qualquer caso, dependia de prévia justificativa submetida à Corregedoria da Instituição, que poderia acolhê-la ou não[7]. Enquanto isso, a legislação nacional prevê a atuação recursal desde que pertinente, ou seja, desde que plausível, segundo os elementos probatórios disponíveis, as normas e jurisprudência aplicáveis ao caso.

A esse respeito:

> Como se vê, o art. 3º, parágrafo único, IV (segunda parte), a um só tempo, contradiz o disposto no art. 95, VII – ambos da Lei Estadual nº 11.795/02 – e, logo, o previsto no art. 129, VII, da LC nº 80/94 (repetido pelo referido art. 95, VII, da Lei Estadual nº 11.795/02). Apesar disso, embora seja ele (o art. 3º, parágrafo único, IV – segunda parte –, da Lei Estadual nº 11.795/02) o elemento estabelecedor da contradição, é sua previsão que prevalece para o manejo de recurso no âmbito da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, chegando a inverter a previsão da Lei Complementar de regência (e o próprio art. 95, VII, da Lei Estadual nº 11.795/02), na medida em que impõe a apresentação de justificativa pela não interposição de recurso, enquanto esta (LC nº 80/94) e o art. 95, VII, da referida lei estadual condicionam o recurso à existência de fundamentos legais, jurisprudenciais e probatórios que justifiquem o acesso à instância revisora. Ora, a diferença não é pouca,

6 Acerca dessa contradição, suas nuances e consequências, reportamos ao artigo de COSTA, GODOY, COELHO e RAPHAELLI: “Sobre o manejo de recursos no âmbito da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul”. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, p. 136–148, 2021. Disponível em: https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/281. Acesso em: 8 set. 2022. “Sobre o manejo de recursos no âmbito da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul”, publicado na Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, páginas 136-148. (anexado).

7 A partir da provocação dos autores deste artigo e das justificativas que o texto veicula, recentemente, a Corregedoria da Defensoria do Rio Grande do Sul publicou enunciados de dispensa de impugnação penal em casos nos quais as provas colhidas, as normas e a jurisprudência aplicáveis são suficientes a permitir o juízo antecipado de impossibilidade de êxito. Com isso, finalmente se assiste ao alinhamento da atuação impugnativa da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul aos ditames da legislação nacional de regência.

> podendo-se resumir a questão da seguinte forma: enquanto a Lei Complementar – e o art. 95, VII, da Lei Estadual nº 11.795/02 – toma a via recursal como extraordinária, o art. 3º, parágrafo único, da lei estadual ordinariza o manejo de recursos, condicionando sua não interposição à apresentação de justificativa por parte do agente. (COSTA; GODOY; COELHO; RAPHAELLI, 2021, p. 139).

E prosseguimos na análise:

> Sendo patente a contradição exposta pelo referido art. 3º, parágrafo único, IV (segunda parte), solução mais razoável seria pela prevalência do disposto no art. 95, VII, da Lei Estadual nº 11.795/02, que inclusive repete o disposto na Lei Complementar de regência, em seu art. 129, VII. Aliás, arrisca-se a dizer que esta seria a única interpretação eficaz em preservar a sistematicidade das legislações e seus dispositivos.
> Não se pode olvidar, outrossim, que a solução aqui apresentada é no sentido daquilo que preconiza o art. 24, § 1º, da Constituição Federal, sendo certo que, em existindo, na legislação estadual, norma que contrarie a regra estabelecida na normativa federal geral, deve aquela ser afastada em prestígio desta. No caso, considerando-se que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a Defensoria Pública (art. 24, XIII, da CRFB/88), naquilo que a legislação estadual (Lei estadual nº 11.795/02) contrariar a federal (Lei complementar nº 80/94, com as alterações determinadas pela LC nº 132/09), prevalece o disposto na norma federal. (COSTA; GODOY; COELHO; RAPHAELLI, 2021, p. 139-140).

As consequências da aplicação não balanceada da legislação estadual é conhecida de todos. Diante do volume de trabalho e dos exíguos prazos recursais, mais prático que a apresentação de justificativa e a espera por sua análise mostrava-se a interposição de recursos que os agentes sabiam, de antemão, fadados ao fracasso, uma vez que veiculadores de pretensões descabidas, seja porque não amparadas pelas provas colhidas, seja porque não encontram salvaguarda nas normas ou jurisprudência aplicáveis.

Nessas circunstâncias, respeitada a independência funcional de cada agente, entendemos que uma atuação que desconsidera a prova colhida, a norma aplicável e os entendimentos consolidados nos Tribunais Superiores – responsáveis pela uniformização da jurisprudência – termina se afirmando como um a mais de trabalho inefetivo sobre quem já se sabe sobrecarregado, o que gera prejuízo aos serviços prestados e, vale repetir, afeta consideravelmente a credibilidade da Instituição junto às instâncias revisoras, nas quais passa a ser vista – em grande medida, com

injustiça – como a principal responsável pelos volumes absurdos de trabalho com que lida o Judiciário.

E vale acrescentar: a exigência de justificativa para não atuação diante de toda e qualquer situação que, na prática, dispense impugnação (por meios autônomos ou recursais) no âmbito criminal representa verdadeira presunção de desídia do agente, e não de seu zelo e probidade, que são pressupostos inclusive pelas normas gerais de regência da questão, mesmo as sancionatórias.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caminhando para a conclusão destas breves reflexões, importa destacar que os prejuízos de uma atuação impugnativa que não se oriente estrategicamente não são determinantes de prejuízos que se restringem aos serviços prestados pela Defensoria ou à imagem institucional. Especificamente em relação ao público assistido, não podemos perder de vista que a atuação cujo insucesso se pode antever – especialmente quando massificada – concorre, no mínimo, para a sedimentação de entendimentos contrários aos interesses de todos os cidadãos que se apresentem em iguais condições e busquem a tutela a seus direitos junto aos Tribunais – quanto aos Tribunais Superiores, referimo-nos a um prejuízo de alcance nacional. Ou seja, ao contrário do que pode sugerir uma análise apressada, a insistência em uma atuação sabidamente inexitosa não é inofensiva, mas produz graves efeitos de compactação de entendimentos contrários àqueles que interessam a nosso público assistido.

Em situações não tão claras, em que há divergência de entendimentos jurisprudenciais, são ainda maiores os riscos causados por uma atuação massificada e acrítica. Isso porque o entendimento que poderia se firmar a nosso favor desde que levados aos Tribunais os casos que melhor se enquadram nas circunstâncias indutoras das decisões que nos são favoráveis acabam determinando a prevalência do entendimento desfavorável quando são ali apresentados, sem qualquer filtro, todos e quaisquer casos que apresentem alguma superficial semelhança com as decisões positivas de referência.

Dito de outro modo, especialmente diante da divergência, é necessário que as boas teses sejam associadas a bons casos, a fim de fortalecer e consolidar o entendimento que nos seja favorável, atuação estratégica que termina impulsionada pelos números com que trabalha a Defensoria Pública e que nos convocam a pensar nas múltiplas possibilidades que nos abriria uma atuação orquestrada em extensão nacional junto aos Tribunais – de Justiça e Superiores.

Aliás, a associação de boas teses a bons casos deve ser princípio regente de nossa atuação impugnativa, até mesmo porque é a única forma de se superarem entendimentos consolidados nos Tribunais. Ou seja, em vez de concorrermos ativamente para a sedimentação de entendimentos que nos são desfavoráveis a partir de uma atuação acrítica e massificada – sabidamente inexitosa –, cabe-nos explorar as peculiaridades do caso e, ancorados em boas teses, buscar o que o diferencia do ordinário sobre o qual incide o entendimento pacificado, afastando, assim, sua aplicabilidade na hipótese – *distinguishing* –; ou investir estrategicamente em bons casos e boas teses que, compondo um significativo número de casos – análise para a qual contamos com uma perspectiva diferenciada, considerados nossos números –, possam determinar a superação de um entendimento consolidado – *overruling*.

Avançando um pouco mais, no que tange aos prejuízos institucionais, são bastante perceptíveis para quem atua diretamente nos Tribunais. A atuação acrítica e massificada que mais uma vez se coloca em xeque dá-se no registro de um excesso que, além de banalizar nosso trabalho, concorre para o estreitamento das vias de acesso aos Tribunais – especialmente os Superiores –, em prejuízo direto à imagem institucional – que se vulgariza em ambas as instâncias – e ao exercício de nossas funções – o que, na prática, se expressa por um movimento progressivo de resistência de acolhida a nossas teses e pretensões, observável inclusive em uma espécie de resistência aos *habeas corpus* impetrados junto ao Tribunal de Justiça e, especialmente, aos Tribunais Superiores, muitas vezes expressamente afirmada pelos próprios Ministros, diante de uma alegada vulgarização da ação.

Em síntese, parece-nos necessário que se evolua nos debates sobre a questão posta, em busca de seu trato racionalizado. Afinal, no atual estágio de desenvolvimento da Defensoria Pública, parece-nos que já não se extrai qualquer proveito de uma atuação caótica, sem referenciais de racionalização capazes de evitar um excesso que se dá em prejuízo do público assistido e da credibilidade institucional.

Definitivamente, nossa atuação impugnativa não pode ser tratada como uma loteria de apostas livres e sem consequências, havendo balizas normativas e jurisprudenciais – e mesmo probatórias – que hão de ser observadas quando se tem por objetivo o exercício de funções que se paute pela efetividade e economia, em que a qualidade possa se destacar em relação à quantidade de nossa demanda de trabalho.

REFERÊNCIAS

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. Defensoria Pública: passado, presente e futuro. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 13, p. 11-33, 2015.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de; COELHO, Raphael Varella; RAPHAELLI, Rafael. Sobre o manejo de recursos no âmbito da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, p. 136-148, 2021.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. **Educação em Direitos e Defensoria Pública**: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá, 2014.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. A Defensoria Pública enquanto pressuposto de democracia no Brasil: reflexões sobre o compromisso institucional com o acesso à justiça a partir da atuação na educação em direitos e no fomento às soluções autocompositivas de conflitos. *In*: OLIVEIRA et al [orgs]. **Teoria Geral da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 327-352, 2020.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL IN TIMES OF THE COVID-19 PANDEMIC

LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ESTADO DE RIO GRANDE DO SUL EN TIEMPOS DE PANDEMIA DEL COVID-19

Guilherme Goularte Schlottfeldt[1]
André Luiz Olivier da Silva[2]

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar o quanto a pandemia da COVID-19 obstaculizou a prestação dos serviços da Defensoria Pública do Estado na busca pela efetivação do direito de acesso à justiça à população gaúcha hipossuficiente. A metodologia utilizada envolveu a coleta e análise dos dados de atendimentos realizados pela Defensoria Pública do Estado durante trinta e quatro meses, antes e durante a pandemia da COVID-19. Com os resultados, verificou-se que, conforme o quadro de saúde pública foi se alterando, a Defensoria Pública do Estado conseguiu ir adaptando seu funcionamento de modo a manter a atuação em favor da população assistida.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Pandemia da COVID-19. Defensoria Pública.

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (2016) e Especialista em Direitos Humanos e Políticas Públicas (2022), ambos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Servidor da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, BR. E-mail: <ggschlott@hotmail.com>. https://orcid.org/0000-0002-9629-8416.

2 Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professor Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito e dos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais, todos da Unisinos. Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Unisinos. É advogado. São Leopoldo, RS, BR. E-mail: <aolivierdasilva@yahoo.com.br>. https://orcid.org/0000-0003-2828-0596.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

ABSTRACT

This research aimed to analyze how much the COVID-19 pandemic hindered the provision of the services of the Defensoria Pública do Estado (State Public Defender's Office) in the search for the realization of the right of access to justice to the low-sufficient population of Rio Grande do Sul. The methodology used involved the collection and analysis of data from consultations carried out by the Defensoria Pública do Estado for thirty-four months, before and during the COVID-19 pandemic. With the results, it was found that, as the public health framework changed, the Defensoria Pública do Estado was able to adapt its functioning in order to maintain its performance in favor of the assisted population.

Keywords: Access to justice. COVID-19 pandemic. Defensoria Pública (State Public Defender's Office).

RESUMEN

Esta investigación tuvo como objetivo analizar cuánto la pandemia de COVID-19 obstaculizó la prestación de servicios por parte de la Defensoría Pública del Estado en la búsqueda de la realización del derecho de acceso a la justicia a la población de bajos recursos de Rio Grande do Sul. La metodología utilizada consistió en la recolección y análisis de datos de asistencia realizadas por la Defensoría Pública del Estado durante treinta y cuatro meses, antes y durante la pandemia del COVID-19. Con los resultados, se constató que, a medida que cambió el marco de la salud pública, la Defensoría Pública del Estado logró adecuar su funcionamiento para mantener su actuación a favor de la población asistida.

Palabras-clabe: Acceso a la justicia. Pandemia de COVID-19. Defensoría Pública.

Data de submissão: 29/07/2022

Data de aceite: 09/01/2023

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca verificar se, durante a pandemia da COVID-19, com a suspensão dos atendimentos presenciais pelos órgãos prestadores de serviço, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE/RS) conseguiu manter sua atuação em favor da população gaúcha hipossuficiente visando a garantir seu direito de acesso à justiça.

O trabalho iniciará por abordar o aceso à justiça e a instituição responsável pela prestação da assistência jurídica. Apresentar-se-á, ainda, um breve panorama sobre a pandemia da COVID-19 e como a DPE/RS foi adaptando suas formas de atendimento. Por fim, será feito um estudo comparativo dos registros das atividades prestadas pela DPE/RS ao longo de dezessete meses de pandemia em relação aos dezessete meses anteriores, citando-se, ainda, alguns casos elegidos pelos autores.

Como objetivo geral, o presente estudo busca analisar o quanto a pandemia da COVID-19 obstaculizou a prestação dos serviços da Defensoria Pública do Estado na busca pela efetivação do direito de acesso à justiça à população gaúcha hipossuficiente.

Ainda, objetiva-se: verificar quais as estratégias e medidas adotadas pela DPE/RS para manter a prestação de seus serviços mesmo durante os períodos de isolamento social; investigar quais as questões e matérias mais demandadas pela população hipossuficiente durante a pandemia da COVID-19.

A importância deste estudo se dá pela ainda recente transposição da realidade imposta pela pandemia da COVID-19, que ocasionou severos impactos na sociedade global, afetando, porém, de forma mais acentuada, as pessoas hipossuficientes, as quais em situações normais já enfrentam obstáculos para terem seus direitos efetivados. A análise do funcionamento da DPE/RS ao longo da pandemia da COVID-19 é de salutar relevância, na medida em que a instituição possui como missão atuar como instrumento constitucional do Estado Democrático de Direito para garantir o acesso à justiça, a promoção dos direitos humanos e o exercício dos direitos às pessoas em situação de vulnerabilidade.

2 ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

O acesso à justiça se encontra previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, todavia, além de ser um direito fundamental, é reconhecido como um Direito Humano. Nesse sentido, convém ressaltar que enquanto os direitos fundamentais são fixados por uma determinada ordem jurídico-política, os Direitos Humanos são universais, superam as fronteiras jurídicas e a soberania dos Estados, sendo reconhecidos e protegidos independentemente do ordenamento específico de determinado território.

Gize-se que o direito de acesso à justiça, em âmbito internacional, consta no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado no Brasil pelo Decreto nº 592/1992. Assim, este deve ser entendido como uma forma de assegurar a efetivação e a proteção dos Direitos Humanos, já que, infelizmente, não raras vezes há entraves a serem superados para o exercício de determinados direitos, sendo salutar que hajam mecanismos para a sua plena aplicação. Nas palavras de Maria Tereza Aina Sadek (2009), “sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização”.

Cappeletti e Garth (1988) elencam diversos obstáculos à efetividade do direito de acesso à justiça, desde os altos custos de um processo e a demora em se obter uma decisão exequível, até perpassar a questão da possibilidade das partes.

Sobre esse último ponto, convém referir que os autores ressaltam como um dos fatores de inacessibilidade à justiça a existência de disparidades entre as partes processuais, tanto em face da disponibilidade de recursos financeiros para litigar quanto pelo acesso ao conhecimento jurídico básico. Essa questão diz respeito ao abismo social existente entre diferentes grupos de pessoas. Com efeito, as desigualdades socioeconômicas abarcam não apenas questões ligadas à baixa renda familiar e escolaridade, mas também a falta de conhecimento de seus direitos.

ISSN 2177-8116

Outrossim, há, ainda, a concepção de que o acesso à justiça transpõe o ingresso via Poder Judiciário, já que muitas questões jurídicas são passíveis de serem solucionadas extrajudicialmente. Ressalta-se, portanto, que nosso ordenamento jurídico prevê os equivalentes jurisdicionais, instrumentos para resolução da lide, tal como a autocomposição e a mediação, mecanismos que não apenas se tornam cada vez mais difundidos, como são incentivados por suas características distintas de um processo judicial moroso, dispendioso e litigioso.

Não obstante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de elevar o acesso à justiça ao patamar de direito fundamental, pela primeira vez, criou um órgão para prestar a assistência jurídica gratuita, a Defensoria Pública. Assim, a Lei Complementar Federal nº 80/1994, ao estabelecer as funções institucionais do órgão, atribuiu à Defensoria Pública não apenas a atuação em favor dos "necessitados", mas também a grupos sociais vulneráveis. No Rio Grande do Sul, a Lei Complementar Estadual nº 9.230/1991, criou a DPE/RS, na forma do artigo 121 da Constituição Estadual, e dispôs sobre sua competência, estrutura e funcionamento. No entanto, o órgão foi instalado apenas em 1994.

Todavia, para o acesso aos serviços prestados pela Defensoria Pública há parâmetros de atendimento a serem observados, sendo que no âmbito da DPE/RS estes sofreram ampla revisão no ano de 2018, culminando na Resolução CSDPE nº 07/2018, que estabelece três formas de atendimento prestadas pela instituição: o atendimento individual, o atendimento individual protetivo e o atendimento coletivo.

O atendimento individual é o prestado às pessoas hipossuficientes financeiramente, assim consideradas àquelas que possuem renda familiar mensal igual ou inferior a 03 (três) salários mínimos nacionais, considerando-se os ganhos totais brutos da sua entidade familiar, bem como não ser proprietário, possuidor ou titular de direitos economicamente mensuráveis em montante que ultrapasse a quantia equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos nacionais.

Há, porém, valores que são deduzidos por ocasião da verificação da renda, tal como rendimentos advindos de programas de transferência de renda e de benefícios assistenciais, e na aferição do patrimônio o bem imóvel destinado à moradia ou subsistência, por exemplo. Não obstante, a normativa também prevê que em casos graves e urgentes, para a garantia dos direitos fundamentais e sociais, de forma excepcional e fundamentada, poderão ser adotadas as medidas cabíveis.

Já o atendimento individual protetivo é o prestado ao indivíduo inserido em determinado grupo social vulnerável quando sua pretensão esteja associada à situação de vulnerabilidade e as circunstâncias fáticas indicarem a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, a preservação da dignidade humana e a promoção dos direitos humanos, especialmente nos casos graves e urgentes. Esse atendimento, portanto, independe da hipossuficiência financeira, sendo a forma de acesso à Defensoria Pública nos casos de vulnerabilidade organizacional.

Conforme estipulado na referida normativa, considera-se vulnerabilidade organizacional a condição das pessoas ou grupos sociais reconhecidos abstratamente como vulneráveis pelo ordenamento jurídico nacional e pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos, tais como: a criança, o idoso, a pessoa com deficiência, a mulher vítima de violência doméstica e familiar, a população negra, a população indígena, a população LGBT+. Portanto, a Defensoria Pública, além do atendimento realizado às pessoas hipossuficientes financeiras, atende aqueles que são considerados hipossuficientes organizacionais.

Por fim, o atendimento coletivo abarca a atuação na defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos independentemente de provocação e de expressa autorização individual, desde que o resultado da demanda possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

3 A PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS REFLEXOS

Em 30 de janeiro de 2020, em decorrência do surto do novo coronavírus (SARS-CoV-2), houve a declaração de Emergência de Saúde Pública de

Importância Internacional (ESPII) pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Em 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a COVID-19 como uma pandemia, termo que se refere à distribuição geográfica de uma doença, reconhecendo a existência de surtos do novo coronavírus em vários países e regiões do mundo.

No Brasil, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, reconhecendo a ocorrência do estado de calamidade pública. A partir do reconhecimento da pandemia da COVID-19 foram emitidas diversas recomendações para implementação de medidas de saúde para prevenir e reduzir a propagação da doença, alterando o funcionamento das mais diversas atividades e afetando o cotidiano da população em geral.

Mesmo antes de ser decretado estado de calamidade pública, em 17 de março de 2020, a DPE/RS publicou a Ordem de Serviço nº 06/2020, determinando, dentre outras medidas, a suspensão dos atendimentos presenciais, ressalvados os casos urgentes. Posteriormente, em 20 de março de 2020, foi editada a Ordem de Serviço nº 07/2020 regulamentando o funcionamento da DPE/RS no período de pandemia do COVID-19. Dentre as medidas de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus estabelecidas destacam-se a suspensão do expediente externo regular, definição de escala para o trabalho presencial e a realização de trabalho remoto para os demais.

Em 10 de maio de 2020 o Governo Estadual instituiu o Sistema de Distanciamento Controlado para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo novo Coronavírus por meio do Decreto Estadual n° 55.240. Já a Defensoria Pública do Estado, em 20 de maio de 2020, publicou a Ordem de Serviço nº 13/2020, estabelecendo o sistema diferenciado de atendimento, modelo de funcionamento que variava conforme o nível de restrição das atividades presenciais. Assim, ao longo da pandemia a DPE/RS editou várias ordens de serviço adequando-se aos decretos do Executivo e às mudanças da situação da saúde pública.

Em 24 de agosto de 2021, a Ordem de Serviço nº 05/2021 estabeleceu que até o dia 1º de setembro de 2021 deveria ocorrer a reabertura das sedes da DPE/RS ao público. Todas as unidades da Defensorias, assim, deveriam

manter suas portas abertas durante o horário de expediente, com a presença de, no mínimo, 1 (um) servidor para atender ao público, mantendo a prestação do serviço de forma híbrida.

Desse modo, a partir de 1º de setembro de 2021 a DPE/RS gradualmente retomou os atendimentos presenciais, autorizando a manutenção das atividades exclusivamente remotas apenas em situações pontuais, em locais em que houve contaminação por COVID-19 de membros da equipe, e por períodos determinados.

Ressalta-se que a pandemia da COVID-19 trouxe enormes consequências tanto na saúde pública como em diversos outros segmentos, causando impactos sociais, econômicos, políticos e culturais. Assim, 2020 foi marcado não apenas pela crise sanitária como também pela recessão econômica, já que o período de isolamento social impactou diretamente o mercado de trabalho.

No Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com o Boletim de Conjuntura do Departamento de Economia e Estatística (DEE), vinculado à Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão (SPGG), “no mercado formal de trabalho, a economia gaúcha perdeu 88.582 empregos entre janeiro e agosto de 2020, principalmente nas atividades de serviços, comércio e indústria de transformação”.

Por certo, com o fechamento de diversos empreendimentos e postos de trabalho formal e com os obstáculos para o desenvolvimento do trabalho informal, diversas famílias gaúchas sofreram uma redução da renda, pelo que diversas pessoas acabaram privadas do acesso ao mínimo para uma vida digna, tal como a alimentação, água, energia elétrica e moradia. Assim, não apenas houve um incremento da população hipossuficiente, como as pessoas que já integravam esse grupo sofreram uma considerável piora em sua condição de vida, passando a sobreviver em uma situação de extrema vulnerabilidade.

Diante dessa nova realidade imposta pelo distanciamento social, a DPE/RS, assim como inúmeros outros órgãos, precisou adequar seu funcionamento e formato de atendimento. Convém mencionar que antes da

pandemia da COVID-19 a Defensoria Pública utilizava os canais de atendimento remoto exclusivamente para prestar informações básicas, tal como indicação dos locais e horários de atendimento, ou para solicitar o comparecimento do assistido a um de seus escritórios. Todavia, esse não era um meio comumente utilizado para a prestação de informações e tampouco para o acesso inicial aos serviços da instituição, exigindo-se o atendimento presencial para tanto.

Nesse sentido, vale referir que desde novembro de 2019 a Defensoria Pública do Estado iniciou o serviço "Alô Defensoria", uma central telefônica com o propósito de ampliar e qualificar o acesso da população aos serviços da instituição. Com a crise sanitária da COVID-19, houve uma ampliação da central telefônica de modo que além das informações básicas, o Alô Defensoria passou a realizar um pré-atendimento, encaminhando as demandas internamente pelo Portal da Defensoria para o órgão responsável, o qual posteriormente contatava o assistido para realizar o atendimento e adotar as medidas necessárias.

Ressalta-se que, em razão do incremento significativo no volume de ligações telefônicas, foram estabelecidos protocolos para que o atendente pudesse, já no início do telefonema, validar a identidade da pessoa no outro lado da linha. Além disso, foi desenvolvido um módulo no sistema Portal da Defensoria para a solicitação de documentos via SMS e para o recebimento destes de forma segura por meio eletrônico, evitando-se o envio de arquivos sensíveis por WhatsApp, por exemplo.

Também houve a ampliação da função ramal virtual de forma a abranger todas as unidades da Defensoria Pública, de modo a permitir que as chamadas fossem redirecionadas ao telefone móvel do responsável por aquela linha.

Além dos avanços tecnológicos, em outubro de 2020 foi criado o plantão virtual para analisar Autos de Prisão em Flagrante (APFs), o qual funciona em finais de semana e feriados a partir do término do expediente regular do último dia útil, garantindo que haja um defensor público de sobreaviso por região para atender virtualmente as comunicações de prisão em flagrante, serviço que até então era realizado apenas na Comarca de Porto Alegre e de forma presencial.

Não obstante, gize-se que desde 2017 a DPE/RS criou o Centro de Referência em Mediação e Conciliação (CRMC), órgão responsável por promover a mediação, conciliação e demais técnicas da composição e administração de conflitos. As atividades do CRMC são extrajudiciais, ou seja, ocorrem previamente ou independentemente do ajuizamento de uma ação judicial.

Em decorrência da pandemia da COVID-19 e do consequente distanciamento social verificou-se a necessidade de ampliação das atividades de pacificação social, razão pela qual, em outubro de 2020, restou criado pela Resolução DPGE nº 24/2020 o CRMC On-line, serviço prestado pelas Câmaras de Autocomposição de Conflitos do CRMC, em ambiente virtual, para a realização de conciliações, mediações, atendimentos sistêmicos e constelações individuais ou coletivas extrajudicialmente e prestação de Oficinas de Educação em Direitos.

4 ATENDIMENTOS PELA DPE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Desde 2015 a Defensoria Pública do Estado se utiliza de um sistema eletrônico denominado “Portal da Defensoria” para o registro de todos os assistidos e cadastro dos atendimentos e providências adotadas. Esse sistema, instituído pela Resolução CSDPE nº 09/2015, se tornou de uso obrigatório para todos os defensores públicos, servidores, estagiários e demais colaboradores a partir de 2016, por definição do Conselho Superior da Instituição.

Assim, por meio dos dados armazenados pelos trabalhadores da instituição, é possível mapear como se deu a atuação da Defensoria Pública nos últimos anos, em especial nos períodos que foram objeto da presente pesquisa, nos dezessete meses de pandemia, compreendidos de 1º de abril de 2020 a 31 de agosto de 2021, doravante referido como “período P”, e nos dezessete meses anteriores, de 1º de outubro de 2018 a 29 de fevereiro de 2020, doravante referido como “período A”[3].

3 Os dados analisados no presente artigo foram coletados do Portal da Defensoria pelos próprios autores, mediante o uso da ferramenta *Qlik Sense Business*, com a autorização da Defensoria Pública do Estado, por não se tratarem de dados disponíveis ao público. A pesquisa foi realizada com informações agregadas, sem a identificação individual das pessoas atendidas ou dos atendentes.

Gize-se que a exclusão de março de 2020 no levantamento dos dados justifica-se em razão de ter sido o mês em que se iniciou a pandemia da COVID-19 e no qual, no dia 17, houve a mudança do regimento de funcionamento da DPE/RS, razão pela qual os dados desse mês englobam tanto a realidade pandêmica quanto do período anterior, o que poderia comprometer o objeto da presente pesquisa.

Na presente pesquisa se verificou que no período A foram computados um total 1.940.914 atendimentos, sendo 1.533.148 presenciais e 407.766 por meio remoto. Já no período P foram contabilizados 2.095.545 atendimentos, sendo 159.754 presenciais e 1.935.791 por meio remoto.

Vê-se, portanto, que muito embora tenha havido uma redução 89,58% no número de atendimento presenciais, em contrapartida os atendimentos remotos cresceram em 374,73%. Desse modo, no cômputo final, houve um incremento de 7,97% no número de atendimentos no período P em relação ao período A.

Não obstante, há que se considerar que muitas vezes uma pessoa é atendida múltiplas vezes, seja em razão da necessidade de retorno para complementação da documentação, seja porque possui mais de uma demanda com atuação da Defensoria Pública. Por tais razões, pertinente se verificar não apenas o número de atendimentos, mas também o número de assistidos atendidos.

Nesse sentido, constata-se que no período A foram atendidas um total de 573.361 pessoas, sendo 538.098 presencialmente e 203.983 pelos canais remotos. Já no período P foram atendidos 441.400 assistidos, dos quais 95.948 receberam atendimento presencial, ao passo que 417.979 pessoas foram atendidas remotamente. Portanto, em que pese tenha havido um aumento no volume de atendimentos remotos no período P, verifica-se que o uso dos recursos tecnológicos para a realização dos atendimentos não foi suficiente a alcançar a mesma amplitude de pessoas do período A, o que implicou numa redução do número total de pessoas atendidas em 23,02%.

Dentre as medidas adotadas a partir dos atendimentos realizados no período A, em 787.108 casos foram meramente prestadas informações e em

226.852 houve algum tipo de orientação jurídica. Em 223.871 casos a pessoa atendida foi orientada a diligenciar em busca de mais documentos ou informações; em 138.790 houve o ajuizamento de ação; em 494.139 atendimentos houve algum tipo de peticionamento e em 54.415 houve algum tipo de providência extrajudicial; houve, ainda, 984 encaminhamentos para outros órgãos da Defensoria Pública, por atribuição, e 14.755 encaminhamentos externos.

Igualmente, no período P, das medidas adotadas nos atendimentos houve a prestação de mera informação em 1.254.747 casos; em 172.100 atendimentos houve algum tipo de orientação jurídica e em 161.462 a pessoa atendida foi orientada a diligenciar em busca de mais documentos ou informações; houve o ajuizamento de 37.168 iniciais, foram peticionados em 234.780 casos e em 65.264 foram adotadas medidas extrajudiciais; além disso, foram realizados 2.146 encaminhamentos internos e 8.123 encaminhamentos externos.

Embora nos dezessete meses de pandemia da COVID-19 analisados o número total de atendimentos tenha superado o dos dezessete meses anteriores, nota-se que houve um incremento na quantidade de informações prestadas, porém quando examinado o quantitativo de atendimentos que geraram alguma medida providencial, houve uma queda de 687.344 para 337.212 atendimentos, o que equivale a uma redução de 50,94%.

No presente estudo foram reputadas como medidas providenciais apenas os atendimentos em que a demanda do assistido foi efetivamente recebida pela Defensoria Pública, ficando a instituição responsável pela adoção de alguma atividade visando, ao final, a resolução da demanda, tal como peticionar em processo judicial ou realizar algum procedimento extrajudicial. Com efeito, afora as hipóteses em que houve recusa de atuação institucional, as demais medidas não se caracterizam como procedimentos que gerem alguma atividade que impulsione a demanda para uma solução, já que implicam que a pessoa interessada busque atendimento em outro órgão ou instituição, ou, ainda, na necessidade de retorno para novo atendimento na Defensoria Pública.

Além disso, ao se analisar os atendimentos por mesorregião do Estado do Rio Grande do Sul, verificou-se que, com exceção do Sudeste que teve uma redução de 13,09%, as demais mesorregiões tiveram um incremento no número de atendimentos durante o período de pandemia da COVID-19. Nesse sentido, as mesorregiões Nordeste e Metropolitana de Porto Alegre tiveram os maiores percentuais de aumento nos atendimentos, que cresceram em 21,51% e 19,14%, respectivamente.

Portanto, feito esse levantamento geral do quantitativo de atendimentos realizados no período P e traçado um paralelo com o período A, constata-se que a Defensoria Pública do Estado conseguiu compensar a restrição aos atendimentos presenciais com a ampliação dos canais para o atendimento remoto. Todavia, embora tenha havido uma ampliação no número de casos e de pessoas atendidas, verificou-se, a princípio, uma queda nos atendimentos que geraram alguma medida procedimental à resolução das demandas.

Durante a pandemia da COVID-19, naturalmente alguns direitos foram mais afetados, razão pela qual houve um aumento no número de atendimentos em relação à determinadas matérias durante a crise sanitária.

Assim, ao se analisar a quantidade absoluta de atendimentos por matéria, apurou-se que, no período P, foram realizares 259.408 atendimentos referentes a alimentos; 156.904 para o fornecimento de medicamentos; 132.009 visando o reconhecimento e/ou dissolução de união estável; 112.471 demandas de direito civil; 109.848 atendimentos referentes a guarda e visitas; e 93.874 atendimentos na área penal. Estas foram, pois, as seis matérias mais demandadas no período analisado.

A iniciar pelas demandas de alimentos, no período P foram registrados 259.408 atendimentos, havendo um incremento de 36,43% em relação ao período A, no qual foram realizados 190.142 atendimentos. Em relação ao peticionamento, no período A foram elaboradas 134.640 peças e ofícios, ao passo que no período P foram computados 154.649, revelando um aumento de 14,86% durante a pandemia. Dentre as peças elaboradas, houve um aumento de 66,27% nos recursos e 30,15% nas manifestações. Houve, porém, queda

no número de iniciais no patamar de 32,60%, nas atividades extrajudiciais em 49,46% e nos acordos em 41,54%.

Em relação aos atendimentos visando ao fornecimento de medicamentos, embora ocupem a segunda posição dentre as principais demandas durante a pandemia, em verdade houve uma redução de 26,86% em relação ao período pré-pandêmico, já que no período A foram registrados 214.511 atendimentos, ao passo que no período P foram computados 156.904. Igualmente, houve uma redução no número de peças e ofícios em 41,31%, em que pese o número de recursos em ações para fornecimento de medicamentos tenha aumentado em 31,43% no período P, chama atenção a expressiva queda nos números de iniciais elaboradas (-65,01%), na atuação extrajudicial (-79,75%) e nos acordos realizados (-62,86%).

No tocante às demandas para reconhecimento e/ou dissolução de união estável, o número de atendimentos durante a pandemia aumentou em 6,48%, de 123.980 para 132.009, embora as peças e ofícios elaborados tenham se mantido muito próximos em ambos os períodos, reduzindo apenas 6,05% no período P. Houve, todavia, diminuição no número de iniciais, reduzindo de 11.111 (período A) para 3.104 (período P) iniciais confeccionadas, implicando numa queda de 72,06%.

Quanto aos atendimentos na área do direito civil, não foi possível precisar exatamente quais as matérias mais demandadas, porém as mais comuns compreendem posse e propriedade, cobranças, inclusive de água e luz, contratos e indenizações por danos materiais e morais. Destaca-se que no período P foram registrados 112.471 atendimentos, havendo uma redução de 43,20% em relação ao período A, no qual foram realizados 198.019 atendimentos. Em relação ao peticionamento, no período A foram elaboradas 111.782 peças e ofícios, ao passo que no período P foram computados apenas 35.173, caracterizando uma redução de 68,53% durante a pandemia. Ademais, verificou-se que no período P houve uma queda em todas as categorias de peças elaboradas, sendo as mais significativas as iniciais confeccionadas (-94,99%) e os acordos entabulados (-92,94%).

Ao longo da pandemia, durante os períodos de maior restrição das atividades presenciais, as demandas consideradas não-urgentes foram preteridas em relação às questões que implicassem risco à vida ou à saúde ou, ainda, de perecimento de direito. Assim, os atendimentos para demandas de usucapião, por exemplo, em que a demora no ajuizamento da ação, a princípio, não ocasionaria grave prejuízo aos interessados, acabaram sendo postergados para momento em que o risco de contaminação viral fosse menor. Possivelmente em razão disso é que se verifica significativa redução nos atendimentos e nas peças em Direito Civil.

A quinta matéria mais demandada diz respeito a pedidos de guarda e visitação, que somaram 109.848 atendimentos no Período P, 31% a mais do que no período A (83.851). O número de peças e ofícios elaborados também aumentou em 17,70%, porém o número de iniciais diminuiu em 59,65%. Ressalta-se, ainda, aumento nas manifestações judiciais (39,76%) e nos recursos (20,51%) em contraste à redução no número da atuação extrajudicial (-61,23%) e de acordos (-61,22%), revelando um aumento da litigância em juízo pelos pais, guardiões e tutores, aventando-se que isso possa ter ocorrido em face de descumprimento de acordos pretéritos.

Por fim, a DPE/RS possui atuação bastante significativa na área penal, contudo, durante o período P, tanto os atendimentos quanto os peticionamentos tiveram uma queda. Com efeito, no período P apurou-se uma redução de 20,42% nos atendimentos, ao passo que o volume de peças e ofícios elaboras caiu em 50,45%. Vale referir que quando do início da pandemia da COVID-19, no Estado do Rio Grande do Sul os processos criminais ainda tramitavam de forma física praticamente em sua totalidade. Assim, a análise e o protocolo de petições em tais feitos restaram prejudicadas inicialmente, sendo necessário que o Poder Judiciário realizasse uma força-tarefa para a digitalização dos processos e migração para o sistema eletrônico, situação que impactou na redução de peças produzidas no período P.

Como se vê, dentre as seis matérias mais demandas três são do Direito de Família, a saber: alimentos, guarda e visitação e reconhecimento e/ou dissolução de união estável. Ademais, todas tiveram um incremento no número

de atendimentos durante a pandemia da COVID-19, o que nos faz refletir o quanto as relações familiares foram afetadas pelo isolamento social.

5 DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS PELA DPE/RS NA PANDEMIA

Dentre a gama de atividades desenvolvidas pela Defensoria Pública durante a pandemia da COVID-19 merecem menção na presente pesquisa alguns casos elegidos pelos autores que evidenciam a contribuição da instituição na efetivação do acesso à justiça e na defesa dos Direitos Humanos em favor de grupos vulneráveis. Gize-se que não se pretende esmiuçar cada um dos casos citados, mas tão somente ilustrar o trabalho desenvolvido pela DPE/RS e, até o momento, apresentado apenas em números.

Em novembro de 2020, a Associação de Reciclagem Ecológica Vila dos Papeleiros (AREVIPA), sediada no bairro Floresta, em Porto Alegre, foi interditada após vistoria realizada pelo corpo de bombeiros e que identificou a obstrução de extintores de incêndio e a falta de sinalização noturna no local. Somente em janeiro de 2021, após atuação da Defensoria Itinerante e dos Núcleos Especializados de Defesa Ambiental (NUDAM) e de Defesa Agrária e Moradia (NUDEAM) da DPE/RS, foi concedida medida autorizando a retomada das atividades da Associação, decisão na qual o magistrado reconheceu que o trabalho continuava sendo realizado de forma precária e que, em verdade, “os riscos cuja ocorrência a administração pública tenta evitar ao interditar o local não desapareceram; apenas saíram do pavilhão da demandante e estão agora diluídos por toda a Vila dos Papeleiros”.

Em maio de 2021 a DPE/RS firmou Termo de Cooperação com o Departamento Municipal de Habitação de Porto Alegre (DEMHAB) para viabilizar a solução extrajudicial de inadimplências com o órgão. O ajuste foi celebrado em razão do elevado volume de pessoas que procuravam a Defensoria para contestar as dívidas, sendo que por meio da conciliação foi possível equalizar os interesses dos envolvidos de modo a firmar um acordo adequado e viável a ambas as partes.

Em junho de 2021 a DPE/RS firmou uma parceria com a Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN) para que os usuários com débitos

junto à empresa pudessem negociar os valores devidos em sessões virtuais de conciliação promovidas pela Defensoria, com a flexibilização dos critérios de negociação por parte da prestadora de serviços para os casos excepcionais, de pessoas superendividadas, parceria que acabou sendo estendida até dezembro de 2021.

Ainda em junho de 2021, por meio de uma liminar concedida em ação civil pública ajuizada Defensoria Pública do Estado, foi determinado à Prefeitura de Canguçu o fornecimento de água potável à seis comunidades quilombolas do município. A decisão, que beneficiou cerca de 500 famílias, estipulou o abastecimento semanal por meio de caminhões-pipa e a realização de melhorias nas cacimbas, escavações no solo para coletar a água presente.

Vale ressaltar que o acesso à moradia e à água potável se constituem como elementos do mínimo existencial, sendo este o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para se garantir a dignidade humana. A efetivação de tais direitos, em especial durante uma crise como a da pandemia da COVID-19, se mostra como salutar para a observância dos protocolos e medidas sanitárias de prevenção à transmissão viral e, portanto, para preservação da saúde e da vida.

Cabe citar, ainda, a atuação da instituição em um processo criminal de Uruguaiana, no qual, em julho de 2020, houve o oferecimento de denúncia contra dois indivíduos em situação de rua pela suposta prática do crime de furto de fatias de queijo e unidades de embutidos, avaliados em cerca de R$ 50,00 (cinquenta reais) e que seriam triturados e descartados por estarem vencidos. A DPE/RS, em novembro de 2020, apresentou resposta à acusação, alegando o princípio da insignificância, fundamento que restou acolhido pela magistrada. Todavia, o Ministério Público recorreu da decisão.

Em contrarrazões ao recurso, o Defensor Público conclamou ao Tribunal de Justiça do Estado: “Tristes tempos em que LIXO (alimento vencido) tem valor econômico, e o Ministério Público se empenha para criminalizar a miséria e o desespero das pessoas em situação de extrema vulnerabilidade.”

Outro episódio que merece menção é o “Caso Carrefour”. Para contextualizar o ocorrido, uma pessoa negra, no dia 19 de novembro de 2020,

véspera do Dia da Consciência Negra, por volta das 20 horas, nas dependências de uma unidade do Carrefour, em Porto Alegre, em que fazia compras, foi abordada violentamente por dois seguranças no estabelecimento. Ela sofreu múltiplas lesões no rosto decorrentes de socos e chutes perpetrados pelos dois seguranças por mais de cinco minutos, culminando em sua morte por asfixia.

O episódio foi filmado e a gravação logo se disseminou nas redes sociais, sendo que a administração da Defensoria Pública do Estado, assim que tomou ciência do caso, designou uma Força Tarefa para a adoção de estratégias para o seu enfrentamento. Desse modo, analisada situação, concluiu-se pelo ajuizamento de uma ação civil pública com o fim de apurar a responsabilidade civil por danos morais coletivos, bem como o funcionamento de mecanismos de segurança privada.

Cerca de 6 meses após o episódio, várias instituições públicas do sistema de justiça e entidades civis envolvidas com o caso, dentre as quais a Defensoria Pública do Estado, conjuntamente propuseram ao Grupo Carrefour o estabelecimento de um acordo para estabelecimento de ações de enfrentamento ao racismo. Assim, a mediação realizada resultou na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) no valor de R$ 115 milhões, a ser destinado a iniciativas como a oferta de bolsas de educação formal, campanhas educativas e projetos sociais de combate ao racismo e projetos de inclusão social, dentre outras.

6 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa pode-se perpassar algumas questões afetas ao acesso à justiça, à assistência jurídica gratuita no Brasil e à Defensoria Pública, além de se abordar brevemente sobre a pandemia da COVID-19. A adoção das medidas de contenção do vírus, porém, agravaram a situação dos grupos vulneráveis e, consequentemente, ampliaram a demanda a ser atendida pela Defensoria Pública. Nesse cenário, verificou-se que a DPE/RS precisou adaptar seu funcionamento à nova realidade do atendimento remoto, razão

pela qual ampliou serviços de telefonia e investiu em novas ferramentas de tecnologia da informação.

Assim, considerando todos esses fatores, procedeu-se com o levantamento dos dados de atividades realizadas pela DPE/RS antes e durante a pandemia da COVID-19, pelo qual se pode perceber que a DPE/RS conseguiu manter a prestação de seus serviços à população vulnerável gaúcha. Apesar dos esforços, porém, é nítido que a migração dos atendimentos presenciais para o formato virtual prejudicou, em parte, o alcance a algumas pessoas e a efetividade de certas medidas. Com efeito, os dados nos revelaram não apenas uma redução do número de pessoas atendidas durante a pandemia da COVID-19, mas também que expressivo número de atendimentos realizados nesse período se constituiu de prestação de mera informação ou de orientação.

Ademais, analisando-se o volume de atendimentos por mesorregião do Rio Grande do Sul, verificou-se uma redução no Sudeste Rio-Grandense, região do Estado que possui alta concentração de pessoas pobres. Tal diminuição possivelmente se deu em face da restrição aos atendimentos presenciais e das dificuldades de muitas pessoas em acessar os serviços pelos meios virtuais.

Infelizmente ao longo da pesquisa não foi possível mensurar a quantidade de pessoas que não obtiveram êxito ao buscar os serviços da Defensoria Pública, mas a expressiva redução do número de pessoas atendidas no período P em relação ao período A evidencia que, embora tenham sido aprimorados os meios de acesso remoto, não há como se ignorar que há pessoas com dificuldade em usar os canais virtuais, seja por serem excluídas digitalmente, seja por outras circunstâncias. Ademais, determinados grupos vulneráveis precisam ainda que a instituição vá ao seu encontro, como é o caso da população em situação de rua e das pessoas privadas de liberdade.

Notadamente a DPE/RS desempenha papel fundamental na defesa e promoção dos direitos humanos, em especial em favor dos grupos vulneráveis, conforme se pode verificar por alguns dos casos citados, em que a atuação da

instituição foi essencial para garantir alguns dos mais basilares direitos a quilombolas e pessoas em situação de rua, dentre outros.

Por fim, ressalta-se que muito embora os quantitativos de atividades apuradas ao longo dessa pesquisa nos deem um panorama acerca do volume de trabalho desenvolvido pela instituição, nunca é demais lembrar que por trás dos "números" de atendimento e de processo há pessoas. Possivelmente muitas dessas pessoas não conseguiram ter sua demanda atendida de forma plena por diversos fatores, mas, ainda assim, há aquelas que saíram satisfeitas por terem sido bem recebidas, ouvidas e compreendidas. Esse acolhimento humano que é um dos alicerces da Defensoria Pública não pode ser indexado e contabilizado, mas jamais deve ser ignorado.

Por todo o exposto, conclui-se que, ainda que não de forma plena, a Defensoria Pública do Estado conseguiu manter a prestação de seus serviços mesmo durante a pandemia da COVID-19, de modo que sua atuação garantiu o acesso à justiça por grande parcela da população gaúcha hipossuficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 19, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sobre a doença COVID-19**. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em: 20 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Imprenta: Porto Alegre, S. A. Fabris, 1988. Disponível em: https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF. Acesso em: 06 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Departamento de Economia e Estatística. Boletim de conjuntura do Rio Grande do Sul. **Boletim de conjuntura do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, out. 2020. Disponível em: https://estado.rs.gov.br/upload/arquivos//boletim-de-conjuntura-completo.pdf. Acesso em: 06 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação da DPE/RS garante água potável a mais de 500 famílias quilombolas**. 2021. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/acao-da-dpe-rs-garante-agua-potavel-a-mais-de-500-familias-quilombolas. Acesso em: 04 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Com intervenção da DPE/RS, justiça libera retorno de atividades em associação de recicladores na capital**. 2021. https://www.defensoria.rs.def.br/com-intervencao-da-dpe-rs-justica-libera-retorno-de-atividades-em-associacao-de-recicladores-na-capital. Acesso em 09 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **DPE/RS atua para assegurar absolvição de homens presos por furtar alimentos vencidos do setor de descarte de supermercado**. 2021. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/dpe-rs-atua-para-assegurar-absolvicao-de-homens-presos-por-furtar-alimentos-vencidos-do-setor-de-descarte-de-supermercado. Acesso em: 04 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **DPE/RS e DEMHAB firmam acordo para agilizar negociações sobre contratos em atraso**. 2021. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/dpe-rs-e-demhab-firmam-acordo-para-agilizar-negociacoes-sobre-contratos-em-atraso. Acesso em 29 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Parceria entre Corsan e Defensoria Pública garante negociação de dívidas durante todo o mês de junho**. 2021. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/parceria-entre-corsan-e-defensoria-publica-garante-negociacao-de-dividas-durante-todo-o-mes-de-junho. Acesso em: 29 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Ordem de Serviço nº 06/2020. **Diário Eletrônico da Defensoria Púbica do Estado do Rio Grande do Sul**, Ano 6, n. 1543 complementar, 17 de março de 2020. Disponível em: https://diarioeletronico.defensoria.rs.def.br/edicao/1580/pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Ordem de Serviço nº 07/2020. **Diário Eletrônico da Defensoria Púbica do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 6, n. 1537, 20 mar. 2020. Disponível em: https://diarioeletronico.defensoria.rs.def.br/edicao/1583/pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Ordem de Serviço nº 13/2020. **Diário Eletrônico da Defensoria Púbica do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 6, n. 1586, 20 de maio de 2020. Disponível em: https://diarioeletronico.defensoria.rs.def.br/edicao/1632/pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Ordem de Serviço nº 05/2021. **Diário Eletrônico da Defensoria Púbica do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 7, n. 1963, 24 de ago. 2021. Disponível em: https://diarioeletronico.defensoria.rs.def.br/edicao/2014/pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Resolução CSDPE nº 07/2018. **Diário Eletrônico da Defensoria Púbica do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 4, n. 1110, 24 de out. 2018. Disponível em: https://diarioeletronico.defensoria.rs.def.br/edicao/1152/pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. *In:* LIVIANU, R. (coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: https://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820%20137-15.pdf. Acesso em: 01 maio 2022.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COM ENFOQUE NO ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO

Ana Júlia Silva Barbosa[1]
Francieli Franke Kreutz[2]

RESUMO

O presente artigo se propõe a discutir a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade brasileira, com foco no mercado de trabalho. Para o alcance desse desiderato, faz-se um breve escorço histórico sobre a evolução do paradigma de tratamento conferido à pessoa com deficiência, passando de aberração decorrente de castigo divino à condição de sujeito autônomo de direitos. Com isso, pretende-se destacar que, apesar do reconhecimento formal de direitos e garantias em escala internacional e local, ainda há um déficit de concretização, acentuado pela discriminação social. Quanto ao acesso ao trabalho, apesar das ações afirmativas, decorrentes da aprovação das leis de cotas, convive-se ainda, de um lado com o baixo nível de instrução ocasionado pela denegação do direito à educação e, de outro, pela ausência de credibilidade sobre as habilidades e reais condições das pessoas com deficiência e pela falta de meios básicos para facilitar a acessibilidade. Nesse espectro, a verdadeira inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho passa pela superação de barreiras políticas, institucionais, sociais e atitudinais.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; evolução histórica; políticas públicas; inclusão; mercado de trabalho.

ABSTRACT

1 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
2Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Pós Graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

This article proposes to discuss the inclusion of people with disabilities in the Brazilian society, focusing on the work market. In order to achieve this aim, a brief historical outline is made about the evolution of the paradigm of treatment given to people with disabilities, which went from an aberration resulting from divine punishment to the condition of an autonomous subject of rights. With this, it is intended to detach that, despite the formal recognition of rights and guarantees on an international and local scale, there is still a deficit of implementation, accentuated by social discrimination. Considering the access to work, despite the affirmative actions resulting from the approval of quota laws, there is still, on the one hand, the low level of education caused by the denial of the right to education and, on the other hand, the lack of credibility about the abilities and real conditions of people with disabilities and the lack of basic ways to facilitate accessibility. In this spectrum, the true inclusion of people with disabilities in the work market involves overcoming political, institutional, social and attitudinal barriers.

Keywords: disabled person; historic evolution; public policy; inclusion; labor market.

RESUMEN

Este artículo se propone discutir la inclusión de personas con discapacidad en la sociedad brasileña, centrándose en el mercado de trabajo. Para lograr este objetivo, se hace un breve esbozo histórico sobre la evolución del paradigma de trato a las personas con discapacidad, que pasó de una aberración producto del castigo divino a la condición de sujeto autónomo de derechos. Con ello se pretende resaltar que, a pesar del reconocimiento formal de derechos y garantías a escala internacional y local, aún existe un déficit de implementación, acentuado por la discriminación social. En cuanto al acceso al trabajo, a pesar de las acciones afirmativas derivadas de la aprobación de las leyes de cuotas, persiste, por un lado, el bajo nivel educativo provocado por la negación del derecho a la educación y, por otro lado, por la falta de credibilidad sobre las capacidades y condiciones reales de las personas con discapacidad y la falta de medios básicos para facilitar la accesibilidad. En este

espectro, la verdadera inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral pasa por superar barreras políticas, institucionales, sociales y actitudinales.

Palabras clave: persona discapacitada; evolución histórica; políticas públicas; inclusión; mercado de trabajo.

Data de submissão: 04/08/2022

Data de aceite: 06/01/2023

1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na atualidade, os direitos das pessoas com deficiência estão sendo amplamente discutidos e estudados. Mas, ao volver o olhar para o passado, é possível verificar que esse grupo da população vivenciou um longo período de apagamento, exclusão e discriminação. Piovesan (2013, p. 283), nessa perspectiva, aponta que:

> A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma "doença a ser curada", sendo o foco centrado no indivíduo "portador da enfermidade"; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos.

Assim, no primeiro momento, observa-se que, para muitos povos da Antiguidade Clássica como os egípcios e os hebreus, as deficiências físicas ou mentais foram associadas à impureza ou ao pecado. Desse modo, as pessoas que nascessem fora dos padrões considerados socialmente normais eram tidas como

amaldiçoadas, pois incapazes de representar a perfeição divina e, por isso, deviam ser descartadas (SILVA, 1986, p. 57).

Nessa senda, o entendimento de Platão[3] e Aristóteles baseava-se no chamado paradigma da eliminação, em decorrência dos fortes vínculos estabelecidos entre direito, moral e religião à época. Fica claro que, na Grécia antiga, a sociedade nutria aversão, desprezo e repulsa por tudo aquilo que fosse tido por anormal, de modo que as crianças que nascessem com alguma deficiência eram, por vezes, abandonadas até a morte. Dentre os romanos, o reconhecimento de direitos ao recém-nascido atrelava-se à existência de vitalidade e da chamada forma humana, a qual não poderia ser encontrada naqueles que possuíssem deformidades externas, vistos como seres dotados de monstruosidade, sendo permitido ao pai matar o próprio filho de acordo com previsão da Lei das 12 Tábuas (SILVA, 1986, p. 58).

Com a emergência e consolidação do Cristianismo, o modo como a sociedade encarava a pessoa com deficiência foi aos poucos se alterando. Isso porque, segundo essa doutrina, cada ser humano é concebido como criatura singular de Deus e com um destino imortal, o que inspirou as atitudes de amparo e de acolhimento dos desafortunados, dos doentes e dos deficientes como resultado do mandamento de amor ao próximo.

Observa-se que “nos primeiros tempos da Igreja Cristã houve um significativo impulso ao sentimento fraternal entre os cristãos, não importando em nada sua situação social ou mesmo sua nacionalidade” (SILVA, 1986, p. 156). Assim, sob a influência dos valores cristãos de mansidão, de caridade e de respeito a todos os semelhantes se constatou o surgimento de hospitais em algumas localidades com a finalidade expressa de abrigar viajantes enfermos de um lado e, doentes agudos ou crônicos, de outro lado, dentre estes muitos casos de pessoas

3 Em A República, Livro IV, o filósofo ateniense destaca que: “Pegarão então os filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém”. No mesmo sentido, o autor de A Política, descreve no Livro VII, Capítulo XIV, “Quanto a rejeitar ou criar os recém-nascidos, terá de haver uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme será criada; com vistas a evitar o excesso de crianças, se os costumes das cidades impedem o abandono de recém-nascidos deve haver um dispositivo legal limitando a procriação se alguém tiver um filho contrariamente a tal dispositivo, deverá ser provocado o aborto antes que comecem as sensações e a vida (a legalidade ou ilegalidade do aborto será definida pelo critério de haver ou não sensação e vida)”.

com deficiência. Destarte, embora se denote o surgimento de um movimento piedoso de assistência às pessoas com deficiência, o tratamento ainda era feito mediante segregação e confinamento em nosocômios (SILVA, 1986, p. 156).

Mas, como a História da Humanidade é marcada por avanços seguidos de obscuros retrocessos, a Idade Média constituiu um período de involução, na medida em que as epidemias, as doenças mais graves, as incapacidades físicas, os sérios problemas mentais e as malformações congênitas voltaram a ser vinculados à ira celeste e taxados como castigos divinos. Pereira e Saraiva (2017, p. 173) realçam que:

> A Idade Média, o período entre os séculos V e XV foi de grande crescimento urbano, favorecendo o aparecimento de muitas doenças epidêmicas (hanseníase 'lepra', peste bubônica, difteria e influenza), bem como de outros males, tais como problemas mentais e malformações congênitas. Acreditava-se que tais males resultavam de maldições, feitiços e bruxarias, atuação de maus espíritos, do próprio demônio, ou sinais da ira celeste, 'castigos de Deus'. A prática de sacrificar as crianças que nasciam com membros disformes acabou por regressar e as poucas crianças que logravam sobreviver cresciam separadas das demais e eram ridicularizadas ou desprezadas.

Não se pode olvidar ainda que o Santo Ofício da Inquisição, instituído pelo Papa Gregório IX, promoveu verdadeira perseguição às bruxas, fundada na superstição de que se tratavam de mulheres com transtornos mentais e seriam culpadas pelos conflitos e intempéries desencadeados no seio social, o que corroborou o extermínio de pessoas deficientes. Sobre esse ponto, Szask (1971, p. 129) reflete que "os inquisidores aí desempenharam um papel fundamental: determinavam quem era colocado no papel de feiticeira e quem não era. Quando apontavam os dedos para as mulheres, estas eram queimadas". Com efeito, deixa transparecer o estigma latente à época, que funcionava como subterfúgio à promoção da exclusão social das pessoas tidas por indesejáveis.

Dentre os séculos XV e XVII floresceu o Renascimento caracterizado pelo surgimento do "espírito científico" que abalou as concepções tradicionais de natureza e pela valorização do homem a partir da filosofia humanista, superando a Era das trevas, que marcou a Idade Média. No campo da medicina, os cuidados dispensados demonstravam sinais de um novo modo de ver e de considerar o ser

humano atingido por algum mal, além dos resultados de novas técnicas médicas em experimentação ou em vias de aperfeiçoamento (SILVA, 1986, p. 208). Apesar disso,

> não conseguiu romper com os preconceitos contra as pessoas com deficiências físicas; as crianças com retardo mental profundo ainda eram consideradas, em certos meios, como não humanas, possuídas por maus espíritos, influenciadas por bruxas, fadas maldosas e duendes demoníacos (PEREIRA; SARAIVA, 2017, p. 174).

E essa concepção era defendida por intelectuais eminentes como Martinho Lutero.

Com a Revolução Industrial, verificou-se um processo de aproveitamento das pessoas com deficiência, pelo menos aquelas com menor comprometimento de suas habilidades motoras, nas fábricas, como mão de obra de fácil acesso e barata. Ademais, o trabalho excessivo e desenvolvido sob condições degradantes multiplicou o número de pessoas mutiladas e inválidas (DESTRO, 2019, p. 51).

Apenas a partir do século XIX a sociedade passou a reconhecer a sua responsabilidade em relação às pessoas com deficiências, mediante a superação da ideia de que a questão se reduziria à simples concessão de abrigo, esmola ou de outras providências paliativas. Pelo contrário, era indispensável a adoção de medidas de assistência e proteção voltadas para os grupos minoritários e marginalizados.

Silva (1986, p. 234) destaca que:

> Ainda que não se pensasse na integração do homem deficiente à sociedade aberta ou mesmo à sua família, ele passou a ser visto como ser humano (infeliz, desafortunado e coitado para aquela época, é evidente) dono de seus sentimentos e capaz de viver ou de pretender levar uma vida decente, desde que fossem garantidos meios para isso.

Entretanto, na metade do século XX, a ascensão do regime totalitário na Alemanha nazista acentuou os níveis de intolerância ao propagar o programa eugenista denominado “vida que não merecia ser vivida”, cujo alvo prioritário foram as pessoas com deficiências físicas, mentais, doentes incuráveis ou com idade avançada (PEREIRA, 2017, p. 175). Em primeiro lugar, o Estado nazista legalizou a esterilização, com o fim de privar da faculdade de procriar os ditos doentes hereditários, inadaptados e desequilibrados e produzir a “raça pura”. Após, foram

separados de suas famílias para serem levadas a centros, onde ocorreram assassinatos em massa, sendo muitas vezes utilizados como cobaias em experiências científicas (AZIZ, 1972, p. 153).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, emergiu a preocupação da sociedade política internacional em evitar que novo genocídio contra minorias e grupos vulneráveis se repetisse. Nesse cenário, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) com o objetivo precípuo de manter a paz e a segurança internacional e, em 1948, editou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De acordo com Destro (2019, p. 51-52), pela primeira vez na História, um documento internacional declarou expressamente como fundamento a dignidade da pessoa humana[4] e também prescreveu garantia de direitos mínimos para os casos de invalidez. Mas, apenas 1975 foi criada a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências (Resolução da ONU n° 30/84, de 1975), a qual tratou especificamente sobre os direitos da pessoa portadora de deficiência identificada, naquele momento, como aquela que, devido ao seu déficit físico ou mental, não está em pleno gozo da capacidade de satisfazer, por si mesma, de forma total ou parcial, suas necessidades vitais e sociais, como faria um ser humano normal. Posteriormente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção nº 159, tratando da Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes.

A partir da década de 1980, o modelo médico para análise da deficiência é substituído pelo modelo social. Dessa forma, a deficiência não era mais considerada um problema de saúde, que dependia de cuidados e tratamentos médicos e sim um produto do ambiente social, que apresenta obstáculos que impedem ou dificultam a inserção da pessoa com deficiência de forma plena e igualitária. Com isso, foi conferido especial destaque à responsabilidade da sociedade e da família na promoção dos direitos da pessoa com deficiência (DESTRO, 2019, p. 154).

4 **Preâmbulo**: Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, (…) **Artigo 1:** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. **Artigo 25, I**: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstância fora do seu controle

Esse novo olhar influenciou o constituinte de 1988 e a Carta Constitucional brasileira em vigor consagra direitos às pessoas com deficiência (DESTRO, 2019, p. 154).

Por exemplo, o artigo 7º, inciso XXXI, proíbe qualquer diferenciação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; o artigo 37, VIII, determina a reserva de percentual de cargos e empregos às pessoas portadoras de deficiência; o artigo 203, retrata que um dos objetivos da assistência social consiste na habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e ainda assegura um salário-mínimo àquelas que não tenham meios de prover sua própria subsistência; o artigo 208, por sua vez, garante atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência e o artigo 244 prescreve a necessidade de regulamentação da adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Em 2006, foi criado o mais importante documento internacional de consolidação dos direitos da pessoa com deficiência, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Isso porque, nos dizeres de Piovesan (2013, p. 284):

> A Convenção surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI. Incorpora uma mudança de perspectiva, sendo um relevante instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial.

Vale mencionar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro documento internacional de direitos humanos a ser aprovado como Emenda à Constituição brasileira por intermédio do Decreto Legislativo nº 186/2008. Esse diploma normativo ainda determina que os Estados-parte adotem medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Nessa perspectiva, foi editada a Lei nº 13.146/2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De acordo com Destro (2019, p. 57),

> O principal mérito do Estatuto foi a emancipação da pessoa com deficiência, desvinculando a deficiência da ideia de incapacidade, de modo que, a priori, todas as pessoas com deficiência são capazes e independentes, com autonomia para decidir sobre todos os aspectos de sua vida.

Pela reflexão exposta, denota-se que o paradigma de tratamento conferido à pessoa com deficiência passou de aberração decorrente de castigo divino à condição de sujeito autônomo de direitos. Mas, não é difícil perceber que a atribuição de direitos não foi acompanhada pela efetiva concretização mediante verdadeira inclusão social, o que expõe uma das fraquezas da democracia brasileira.

Nesse ponto, cabe lembrar que atualmente a democracia não pode ser vista unicamente sob o aspecto político, defendendo-se a extensão da democratização à sociedade. Nos dizeres de Bobbio (2021, p. 204), há uma

> [...] extensão das formas de poder ascendente, que até então havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas e muitas vezes politicamente irrelevantes associações voluntárias) para o campo da sociedade civil em suas várias articulações, da escola à fábrica.

A democracia social, então, considera o indivíduo na multiplicidade de seu status (cidadão, pai/mãe, filho(a), cônjuge, estudante, empregador ou empregado, gestor ou usuário de serviços públicos, produtor ou consumidor, etc.). Desse modo, pressupõe o espraiamento da democracia a espaços até então dominados por organizações hierárquicas ou burocráticas. Além do direito à participação política, abrange a participação nas mais diversas instâncias sociais, quais sejam, a família, escola, empresa, os serviços públicos, dentre outras.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2001, p. 28) fala sobre a democracia participativa e emancipatória, que pressupõe “a justiça substantiva, a justiça material, a justiça que se distribui na sociedade, a justiça em sua dimensão igualitária, portanto incorporadora de todas as gerações de direitos fundamentais”. A democracia, então, é vista ao mesmo tempo a partir da dimensão principal e

fundante da ordem normativa e da dimensão objetiva, superlativa de valor social e humano.

Nesse espectro, é crucial que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de participar ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que as afetem. Além disso, não devem sofrer qualquer restrição à possibilidade de expressar as suas vontades e preferências nos mais diversos campos de suas vidas. Mas, é importante consignar que o exercício da autonomia pelas pessoas com deficiência pressupõe a garantia de condições mínimas de dignidade, como forma de realização da democracia no aspecto substancial.

De acordo com dados extraídos da Pesquisa Nacional de Saúde 2019, conduzida pelo IBGE (2021), estimou-se que o Brasil possui cerca de 17,3 milhões de pessoas de 2 anos ou mais de idade com deficiência relacionada a pelo menos uma de suas funções, das quais 10,5 milhões são mulheres e 6,7 são homens.

As desigualdades reais começam a aparecer quando se observa que 67,6% da população com deficiência não tinha instrução ou possuía apenas o fundamental incompleto, enquanto esse percentual era de 30,9% para as pessoas sem nenhuma das deficiências investigadas, representando uma diferença de 36,7 pontos percentuais. Quanto ao trabalho, o nível de ocupação das pessoas de 14 anos ou mais de idade com deficiência foi de 25,4%, enquanto na população em geral foi de 57,0%, chegando a 60,4% entre as pessoas sem deficiência em idade para trabalhar, demonstrando um desnível marcante.

O baixo nível de instrução e a pequena participação no mercado de trabalho acabam refletindo sobre o rendimento domiciliar per capita. Constata-se a sobrerrepresentação do grupo nos domicílios com rendimento entre ½ a 1 salário-mínimo, com 10,7%, em 2019. Em contrapartida, visualizou-se que as pessoas com deficiência estavam mais sub-representadas nos domicílios com maiores rendimentos domiciliar per capita. Nos domicílios com rendimento de mais de 2 a 3 salários-mínimos, eram 6,3%; naqueles com rendimento com mais de 3 a 5 salários-mínimos, 5,8%; e nos domicílios que superaram 5 salários-mínimos per capita, 4,6%.

Assim, a promoção da cidadania das pessoas com deficiência é um dos grandes gargalos da democracia brasileira, a qual já padece de "modernidade tardia" (STRECK, 2014, p. 53) por não conseguir entregar as promessas de igualdade e justiça social. Não há como falar em construção de uma democracia em seus aspectos social, substancial e emancipatório sem superar as desigualdades de acesso a direitos essenciais que, no caso das pessoas com deficiência são acentuadas pelos estigmas sociais, potencializadores da vulnerabilização.

2 A DISCUSSÃO DA DIVERSIDADE HUMANA E A PRECARIEDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ESTUDOS SOBRE DEFICIÊNCIA COM FOCO NAS CIÊNCIAS HUMANAS

Desde os primórdios da existência da raça humana, houve a diferenciação e distinção das pessoas entre si. Para Izabel Maior,

> a diversidade manifesta-se, por exemplo, na distinção entre homens e mulheres, nas etapas do ciclo da vida e na própria fragilidade humana, fatores que podem determinar limitação no desempenho de algumas atividades (MAIOR, 2015, p. 01).

De acordo com o artigo 7º da Magna Carta Brasileira, todos são iguais perante a lei (BRASIL, 1988), entretanto impossível aduzir ausência de distinções sobre a pessoa humana, visto que, cada qual possui condições particulares, seja referente ao sexo, cor, etnia, raça, religião, opção sexual, condição física, cognitiva, sensorial, dentre outros, ou seja, todo ser humano possui direitos iguais, porém isso não quer dizer que possui condições iguais.

Dentre as diversas formas de diferenciação do ser humano, algumas mais evidentes que outras, a distinção da pessoa com deficiência, visto ser algo, geralmente, mais perceptível, é uma das mais apontadas. Entretanto, conceituar a deficiência sob o aspecto médico e/ou psicológico, verifica ser algo mais simples, considerando os diversos estudos sobre os temas e suas delimitações.

Porém, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006) fala sobre a constante evolução referente ao conceito de deficiência. Ainda, refere que a

> Deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Observa-se que, a citada Convenção, superando as legislações tradicionais, as quais focam principalmente no aspecto clínico da deficiência, segundo Izabel Maior (2015, p. 04), abrange a deficiência, inclusive, como forma social, demonstrando as demais barreiras enfrentadas diariamente pelas pessoas que possuem alguma limitação corporal. O texto do artigo 1º da Convenção, entende por pessoa com deficiência aquelas que "tem deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas" (ONU, 2006).

Ademais, clarividente a ausência de grandiosos estudos e debates sobre a Deficiência de modo geral, com enfoque nas Ciências Humanas e Sociais. Os maiores estudos realizados sobre o tema, seguem sendo em outros campos, como Psicologia, Educação e Medicina (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 03).

Por mais que a temática ainda se encontra distante dos principais estudos e debates, a Deficiência finalmente ultrapassou a barreira de ser somente uma estatística, verificada apenas como números e percentuais, passando a ser observada e comentada como uma condição da pessoa humana.

Cerca de um bilhão de pessoas, em todo o mundo, convive com alguma deficiência, números estes que equivalem ao percentual de 15% da população mundial, conforme o Relatório Mundial sobre a Deficiência (2011).

Entretanto, independentemente de ser a maior minoria do planeta, as desigualdades vividas pelas pessoas com deficiência, demonstram ser impactantes em todos os sentidos, fato este que demonstra a falta de inclusão do assunto nas políticas públicas mundialmente.

A de se destacar que, a deficiência ultrapassa barreiras da questão corporal, sejam elas físicas, cognitivas ou sensoriais, pois excedem o campo de não preenchimento dos padrões considerados normais, visto que o cotidiano diário possui impedimentos, por vezes, até maiores que a condição da Pessoa com Deficiência. Ambientes estes, incapazes de atender a acessibilidade básica de pessoas com alguma limitação, sejam eles por demandas arquitetônicas, informacionais, de comunicação, atitudinais, que deixam de garantir condições igualitárias, dificultando a inserção de pessoas com deficiência a todos os meios sociais, conforme aponta Anahi Guedes de Mello e Adriano Henrique Nuernberg (2012, p. 02).

Ainda, de acordo com Mello e Nuernberg (2012, p. 02), as mesmas políticas sociais que buscam promover a igualdade, muitas vezes deixam de incluir em debates e estudos, a deficiência e toda essa categoria que convive com a experiência da opressão e da discriminação.

Para Maior (2015, p. 03), a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIFS), adotada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), passou a dar mais foco para a limitação nas atividades básicas e as restrições em participação social, minimizando o enfoque na tipificação das deficiências pela Classificação Internacional de Doenças.

Conforme Silva (2021, p. 08),

> [...] a CIFS foi desenvolvida por profissionais de diversas áreas entre eles, acadêmicos, médicos e técnicos com deficiência, fazendo a junção do modelo biológico-psicológico e do modelo social para definir deficiências e funcionalidades humanas.

A referida Classificação demonstra um grande passo/avanço para as pessoas com deficiência, com o desfoque em suas limitações funcionais e da necessidade de reabilitação do corpo deficiente, vislumbrando o resultado das interações pessoais, ambientais e sociais da pessoa com seu entorno (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 04).

A pessoa com alguma limitação funcional poderá encontrar formas de realizar as atividades e participar do contexto social existente, entretanto para isso,

deverão haver meios que o possibilitem. Dizendo isso, percebe-se que, em grande parte, o ambiente social possui a responsabilidade pela deficiência imposta para as pessoas (MAIOR, 2015, p. 03).

Extrai-se desse contexto que, trata-se de uma questão de coletividade e principalmente de esferas sociais, a obrigação na promoção de ações que efetivamente garantam o exercício dos direitos humanos e de inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência, o que de fato, continua sendo precário.

A inclusão da pessoa com deficiência, em formas verbais, está em plena ascensão, pois muito se comenta sobre o tema, porém efetivamente, na prática em si, não é possível constatar toda essa evolução citada, sendo um longo caminho a ser percorrido, para que alcance o patamar necessário de debates e da efetiva inclusão da pauta, nas políticas públicas e cotidiano social. Contudo, o caminho já percorrido pela busca incessante dos direitos da pessoa com deficiência, mostra ser irreversível e valoroso.

2.1 AS BARREIRAS ENFRENTADAS NO MERCADO DE TRABALHO PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As primeiras percepções sobre a necessidade de legislar sobre a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, surgiram após a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, considerando o grandioso número de pessoas vítimas dos conflitos armados, retornando mutiladas e devendo ser incorporadas ao mercado de trabalho, segundo Maria Rafaela de Castro (2020, p. 02). Para tanto, mostrou-se necessário deliberar sobre o tema da inclusão no trabalho e da reabilitação profissional dessas pessoas.

A criação da Lei das Cotas para pessoas com deficiência, Lei 8.213/1991, buscou garantir a inserção destas no mercado de trabalho, conforme Leandro Henrique Simões Goulart e Patrícia Maria Vila Nova de Paula (2013, p. 02), sendo considerando um grande avanço. Tal inclusão, anteriormente à legislação, mostrava-se pouco convencional.

Contudo, somente com o Decreto nº 3.298/99, houve a regulamentação da referida lei, cerca de uma década após, sendo uma demora expressiva nas providências para dar cumprimento à legislação, considerando a importância e a necessidade da inclusão (GOULART; PAULA, 2013, p. 02).

Ademais, a necessidade de legislar sobre o assunto, denota a real falta de inclusão das pessoas com deficiência, pois, caso contrário, seria dispensável criar uma lei específica para tanto, obrigando as empresas, assim como os concursos públicos, disponibilizarem vagas, chamadas de especiais para essa classe de pessoas com deficiência. Assim, com a criação da Lei nº 8.213/1991 e a futura regulamentação, acreditava-se que a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho estava sanada.

Contudo, ainda se demonstra notória a supervalorização das capacidades física, sensorial e cognitiva, no momento das admissões e como consequência disso as pessoas com deficiência enfrentam a eliminação, a exclusão, e muitas formas de segregação como prova do preconceito e da discriminação, segundo Izabel Maior (2015, p. 01).

Ora, deixa-se de verificar a verdadeira essência e capacidade pessoal de cada indivíduo, a partir do momento em que a pessoa é contratada apenas por possuir alguma deficiência, com o único intuito de preencher as cotas necessárias de cada empresa.

Busca-se, cada vez mais, erradicar a discriminação para com a pessoa com deficiência, entretanto tal passo não vem sendo dado com maestria, a tal ponto que mesmo com o transcurso de 30 anos da criação da lei das cotas, verifica-se várias empresas descumprindo tal norma, ao negar a oportunidade da pessoa com deficiência mostrar seus atributos e suas qualidades, segundo Gimenes, Bechara, Ávila, Rodrigues e Araújo (2014, p. 13).

Constantemente são realizadas ações afirmativas no quesito inclusão, porém as pessoas com deficiência seguem enfrentando, diariamente, barreiras para o acesso ao mercado de trabalho, seja pela ausência de credibilidade em suas habilidades e reais condições, seja pela falta de meios básicos para facilitar tal

acesso, sendo um dos principais a ausência de acessibilidade dos locais (GIMENES et al., 2014, p. 7).

Outro quesito de extrema importância para que haja a verdadeira inclusão é a necessidade de capacitação e adaptação do trabalho à pessoa com deficiência, para assim possibilitar a utilização do potencial desta, de maneira produtiva, conforme Gimenes, Bechara, Ávila, Rodrigues e Araújo (2014, p. 13).

Há um certo receio de algumas chefias em receber em seu meio de trabalho, pessoas com deficiência, em parte por acreditar que a condição desta interferirá na produtividade esperada, ou por crer que será necessária a implementação de várias alterações no ambiente laboral ou na forma de interação das pessoas. (GIMENES et al., 2014, p. 13).

Para tanto, não basta a existência de pessoas com deficiência na empresa apenas para o cumprimento da norma e preenchimento do percentual determinado. Torna-se necessária a capacitação destas pessoas, com a formação técnica e profissional adequada, para melhor desempenho e destaque de suas qualificações (GIMENES et al., 2014, p. 14).

Constata-se, contudo, que a sociedade em si não está preparada para incluir as pessoas com deficiência em seu meio, quiçá as empresas, as quais estão focadas somente com geração de lucros e não possuem visão mais longínqua, não realizando a capacitação de seus funcionários para melhor desempenho destes, muito menos de profissionais com alguma deficiência.

Por fim, a responsabilidade pela qualificação das pessoas, inclusive daquelas com deficiência, é do Estado (GIMENES et al., 2014, p. 08), contudo isto reflete ao tema anteriormente debatido, onde resta inquestionável a falta de políticas públicas eficazes para resolver os problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe breves considerações históricas acerca do tratamento da pessoa com deficiência, buscando evidenciar a mudança dos

paradigmas e a evolução da legislação voltada à promoção da igualdade substancial. Mas, isso não é tudo. Revela-se indispensável resguardar sua efetivação.

Desse modo, é indispensável a propulsão de políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência, visando à inclusão efetiva destas, primando pela construção social da acessibilidade, a fim de superar as barreiras urbanísticas e arquitetônicas, de transporte, de comunicação e informação, além das tecnológicas.

No mercado de trabalho, ficou clara uma triste realidade, visto que tão somente uma pequena parcela das empresas cumpre a Lei nº 8.213/1991, a qual determina os percentuais de pessoas com deficiência que deverão integrar as empresas, conforme o número de empregados existentes.

A inserção das pessoas com deficiência nos postos de trabalho passa não só pela necessidade de maior fiscalização sobre o cumprimento da lei, mas também pela educação para possibilitar a qualificação e pelo rompimento das barreiras atitudinais. Isso depende da ampla divulgação e discussão sobre o tema nos espaços públicos e privados. Afinal, a luta pela concretização dos direitos das pessoas com deficiência não está circunscrita a esse grupo. Pelo contrário, essa deve ser uma luta de toda a sociedade, na medida em que agrega novas capacidades e visões de mundo.

A busca pela transformação da sociedade deve ser fomentada regularmente, com o intuito de formar pessoas altruístas e com empatia, capazes de almejar políticas sociais que abarque toda a população, incluindo as classes minoritárias e vulneráveis.

REFERÊNCIAS

AZIZ, Philippe. **Os médicos da morte**: Joseph Mengele ou a encarnação do mal. Rio de Janeiro: AGGS, 1972.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **A teoria constitucional da Democracia participativa**: por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

CARVALHO, Lucio. ALMEIRA. Patricia. **Direitos humanos e pessoas com deficiência**: da exclusão à inclusão, da proteção à promoção. Disponível em: https://www.inclusive.org.br/arquivos/30688. Acesso em: 29 jul. 2022.

SILVA, Jackeline Susann Souza da. Deficiência, Diversidade e Diferença: Idiossincrasias e Divergências Conceituais. **SciELO Preprints**, 2021. Disponível em: https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/3012/5368/5616. Acesso em: 30 jul. 2022.

CASTRO, Maria Rafaelade. A lei das Cotas das Pessoas com Deficiência e a Reforma Trabalhista. **Jus.com.br**, 08 abr. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/81038/a-lei-das-cotas-das-pessoas-com-deficiencia-e-a-reforma-trabalhista. Acesso em: 02 ago. 2022.

DESTRO, Carla Roberta Ferreira. **Direito à acessibilidade, Exercício da Cidadania e Inclusão da Pessoa com Deficiência, sob a ótica da teoria do reconhecimento de Axel Honneth**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de pós-graduação em ciência jurídica, Centro de ciências sociais aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

GIMENES. Antonia Maria. BECHARA. Matheus Toledo. ÁVILA. Renato Nogueira Perez. RODRIGUES. Bruna Cardoso. ARAÚJO. Deise Cristina dos Santos. **A DIFICULDADE DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO**. Disponível em: https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1426199840.pdf. Acesso em: 02 ago. 2022.

GOULART, Leandro Henrique Simões. PAULA, Patrícia Maria Vila Nova de. As dificuldades das empresas do setor privado para o cumprimento da Lei de Cotas face à contratação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Revista eletrônica de direito do centro universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, v.1, n. 22, p. 96-105, 2014. Disponível em: https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d22-07-as-dificuldades-das-empresas-do-setor-privado-para-o-cumprimento-da-lei-de-cotas-face-a-contratacao-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho/. Acesso em: 02 agosto 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO E GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saúde 2019**: ciclos de vida. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101846.pdf. Acesso em: 03 ago. 2022.

MAIOR, Izabel. **História, conceito e tipos de deficiência.** Disponível em: https://historiapt.info/pdfview/histria-conceito-e-tipos-de-deficincia-izabel-maior.html. Acesso em: 27 jul. 2022.

MELLO, Anahi Guedes de; NUERNBERG, Adriano Henrique. Gênero e deficiência: interseções e perspectivas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 3, set./dez., 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/rDWXgMRzzPFVTtQDLxr7Q4H/?lang=pt. Acesso em: 27 jul. 2022.

OMS. **Relatório Mundial da Deficiência.** São Paulo: SEDPcD, 2012. Disponível em: https://www.fonoaudiologia.org.br/publicacoes/RelatorioMundial.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 28 jul. 2022.

PEREIRA, Jaqueline de Andrade; SARAIVA, Joseana Maria. Trajetória histórico-social da população deficiente: da exclusão à inclusão social. **Revista SER Social**, Brasília, DF, v. 19, n. 40, p. 168-185, jan./jun, 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopéia Ignorada**: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SZASK, Thomas S. **A fabricação da loucura.** Tradução Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Guanabara, 1971.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS CÔNJUGES PELAS DÍVIDAS PARTICULARES CONTRAÍDAS DURANTE O CASAMENTO

CONSIDERATIONS ABOUT JOINT AND SEVERAL LIABILITY BETWEEN SPOUSES FOR PRIVATE DEBTS INCURRED DURING THE MARRIAGE

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LOS CÓNYUGES POR LAS DEUDAS PRIVADAS CONTRAÍDAS DURANTE EL MATRIMONIO

Bárbara Sauzem da Silva[1]

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a responsabilidade solidária do cônjuge pelas dívidas particulares contraídas pelo consorte. O Código Civil de 2002 estabelece que podem os cônjuges, independente de autorização do outro, comprar os bens necessários à economia doméstica. Ocorre que, a ausência de uma definição clara a respeito do que se enquadra à economia doméstica, pode fazer com que um dos cônjuges responda pelas dívidas particulares contraídas pelo nubente. Nisso, demonstra-se a importância de se estudar o limite da responsabilidade solidária, a fim de evitar que um dos cônjuges sofra prejuízo em seu patrimônio particular em razão do outro. A abordagem do trabalho foi a dialética, e o método de procedimento descritivo, utilizando como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e levantamento jurisprudencial. Analisou-se que, quando se tratar de dívida particular de um dos nubentes, e for chamado o cônjuge não endividado para responder por essas dívidas, poderá realizar sua defesa mediante embargos de terceiro. E, ainda, poderá o cônjuge não endividado requerer a restituição de valores em face do consorte alegando o enriquecimento ilícito do outro.

Palavras-chave: Família. Responsabilidade Solidária. Casamento. Regime de Bens.

ABSTRACT

This research intends to analyze the joint and several liability of the spouse for private debts incurred by the consort. The Civil Code of 2002 establishes that the spouses can, regardless of the other's authorization, buy the goods

1 Mestranda em Direito com Ênfase em Civil e Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduanda em Empresarial pela Instituição de Ensino Legale. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Estagiária de Pós-graduação pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, na 2ª Defensoria Pública Cível de 2º grau.

necessary for the household economy. However, the absence of a clear definition of what is included in the household economy may make one of the spouses liable for the private debt incurred by the engaged couple. This demonstrates the importance of studying the limit of joint and several liability in order to avoid that one of the spouses suffers damage to his/her private assets due to the other. The approach of the work was dialectic, and the procedure method descriptive, using as research technique the bibliographic review and survey of jurisprudence. It was analyzed that, when one of the spouses' private debts is involved and the spouse who is not indebted is called to answer for such debts, he/she may defend him/herself by filing a motion of third-party defense. And, furthermore, the spouse not indebted may request the restitution of values against the consort alleging the illicit enrichment of the other.

Keywords: Family. Joint and Several Liability. Marriage. Property Regime.

RESUMEN

Esta investigación pretende analizar la responsabilidad solidaria del cónyuge por las deudas privadas contraídas por el consorte. El Código Civil de 2002 establece que los cónyuges pueden, independientemente de la autorización del otro, comprar los bienes necesarios para la economía doméstica. Sin embargo, la ausencia de una definición clara respecto a lo que se incluye en la economía doméstica puede hacer que uno de los cónyuges sea responsable de la deuda privada contraída por los novios. En ella se demuestra la importancia de estudiar el límite de la responsabilidad solidaria, para evitar que uno de los cónyuges sufra daños en su patrimonio privado por culpa del otro. El enfoque del trabajo fue dialéctico, y el método de procedimiento descriptivo, utilizando como técnica de investigación la revisión bibliográfica y el estudio de la jurisprudencia. Se analizó que, cuando se trata de una deuda privada de uno de los cónyuges y el cónyuge que no es deudor es llamado a responder por dichas deudas, puede hacer su defensa mediante mociones de terceros. Y, además, el cónyuge no deudor puede exigir la restitución de valores contra el consorte alegando el enriquecimiento ilícito del otro.

Palabras-clave: Familia. Responsabilidad solidaria. Matrimonio. Régimen patrimonial.

Data de submissão: 04/08/2022
Data de aceite: 31/10/2022

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 dispõe que podem os cônjuges, independente de

autorização, comprar os bens necessários à economia doméstica. Verifica-se que é possível que um dos nubentes contraia dívidas sob o fundamento de que foram contraídas em favor da manutenção da família. Desse modo, tem-se como regra geral a responsabilidade solidária entre os cônjuges diante das despesas contraídas em proveito da família. No entanto, observa-se que pode haver um limite quanto a essa responsabilidade em razão do regime de bens escolhido pelo casal ou através do princípio a vedação do enriquecimento sem causa.

Neste aspecto, tem-se a necessidade de analisar essas questões, uma vez que trazem grande impacto para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando envolve a responsabilidade entre os cônjuges pelas dívidas contraídas somente por uma das partes da relação. Assim, é preciso analisar a possibilidade da responsabilidade solidária atingir o consorte, obrigando-lhe a arcar com o pagamento das dívidas particulares do companheiro.

A abordagem do trabalho é a dialética, e o método de procedimento descritivo, tendo como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e levantamento jurisprudencial. Assim, a construção do presente artigo está dividida em quatro itens. No primeiro, aborda-se sobre o casamento e a responsabilidade recíproca entre os cônjuges, uma vez que com o avanço da sociedade a mulher passou a ter autonomia dentro do casamento, tornando-se, também, provedora da família.

O segundo item aborda sobre a responsabilidade entre os cônjuges decorrente do regime de bens, verificando que no regime de separação total de bens cada cônjuge responde por suas dívidas e obrigações, dessa forma, poderia falar-se acerca de uma limitação da responsabilidade existente entre os consortes, no entanto, na omissão ou contribuição insuficiente entre os nubentes referente as despesas do lar, pode um desses juridicamente exigir do outro tais valores.

O terceiro item refere-se acerca da responsabilidade patrimonial e solidária entre os consortes verificando de que forma ocorrem tais

responsabilidades. Por fim, o quarto item analisa se é possível a ampliação da responsabilidade solidária ao cônjuge não endividado, pelas dívidas particulares contraídas pelo consorte.

2 O CASAMENTO E A RESPONSABILIDADE ENTRE OS CÔNJUGES

O Código Civil de 1916 caracterizava a família pelo viés patrimonial, sendo essa uma instituição hierarquizada, baseada na economia doméstica e na reprodução, onde o homem era o provedor da família e exercia domínio absoluto diante do pátrio poder (BRASIL, 1916).

Com a luta feminista de direitos iguais entre homens e mulheres, o Estatuto da Mulher Casada foi um dos principais avanços legislativos relacionado ao casamento, uma vez que o Código Civil de 1916 se referia à mulher casada como alguém sem plena capacidade civil, que se submetia ao marido. Desse modo, o Estatuto trouxe a emancipação feminina quanto ao casamento (BRASIL, 1962).

Verifica-se que com o avanço da sociedade, a mulher passou a ter direitos e deveres iguais ao seu cônjuge referentes a assuntos relativos à família, auxiliando o marido no sustento do núcleo familiar. Observa-se que a luta das mulheres por direitos iguais aos dos homens é longa, mas aos poucos a mulher foi ganhando seu espaço dentro do mercado de trabalho, passando assim, a ter autonomia dentro da própria família.

Assim, com a possibilidade da mulher em ter autonomia dentro do casamento, sendo esta também provedora do lar, pode-se alegar que há responsabilidade solidária entre os cônjuges pelos atos ocorridos ao longo do matrimônio. No entanto, para se entender acerca da responsabilidade no casamento, é necessário compreender acerca da natureza jurídica deste.

Muito se debate acerca da natureza jurídica do casamento, uma vez que há posicionamento dos institutos de direito público e de direito privado, diante da presença do Estado na esfera das relações familiares. Em razão disso, no Brasil a doutrina defende a existência de três correntes, sejam elas: a)

institucionalista; b) contratualista e c) mista.

A teoria institucionalista vê o casamento como uma instituição, e que deve seguir as normas e efeitos previstos em lei, de maneira imperativa e imutável. A teoria contratualista enxerga o casamento como um negócio jurídico bilateral e a teoria mista traz a ideia da congregação das duas teorias supracitadas (MACEDO, 2014).

Para Pontes de Miranda (1947), o casamento é um contrato do Direito de Família que regula a união entre marido e esposa. De entendimento similar, Clóvis Bevilacqua (1896) lecionava que o casamento é um contrato mais solene do que qualquer outro, sendo a transação mais humana de todas.

O casamento para Caio Mário da Silva Pereira (2020) possui natureza jurídica híbrida, sendo um contrato especial "dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos", ou um "contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas" (PEREIRA, 2020, p. 89).

Assim, para melhor conceituar a natureza jurídica do casamento, tem-se a visão de Matheus Soubhia Sanches, Gustavo Favero Vaugnh e Rodrigo Tannuri (2020, p. 1699), que o casamento é um "ato complexo, dependente em parte da autonomia de vontade dos nubentes, mas complementado com a adesão dos nubentes ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do matrimônio, esta como ato privativo do Estado".

Essa razão se dá porque o casamento está dominado por interesses públicos, além disso, a família recebe proteção do Estado, no entanto, não é somente o direito público que interfere no núcleo familiar, há a natureza privada, uma vez que os nubentes possuem a liberdade de escolher o melhor regime que se adapta ao casal, sendo que o regime de bens determinará de que forma o casal irá administrar seu patrimônio.

Assim, torna-se necessário o estudo acerca dos possíveis regimes de bens do casamento previstos em lei, analisando a possibilidade de responsabilização entre os cônjuges em decorrência do regime escolhido, seja essa responsabilização por dívidas em prol da família ou por dívidas

particulares.

Sabe-se que ambos os cônjuges são responsáveis pela subsistência da família, devendo cobrir os custos e suprir gastos com suas rendas e bens na disponibilidade de cada um. O casamento, em regra, não pode existir sem regime de bens que irá reger as questões patrimoniais dos consortes. Assim, o estudo da responsabilidade do cônjuge e a possibilidade de seus bens particulares cobrirem dívidas do consorte, perpassa necessariamente pelas peculiaridades dos regimes matrimoniais de bens.

3 DA RESPONSABILIDADE ENTRE OS CÔNJUGES SOB A ÓTICA DO REGIME DE BENS

A legislação brasileira estipula quatro regimes, sejam eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens. Ainda, o casal possui a possibilidade de optar por um regime convencional de bens. No entanto, a presente pesquisa tratar-se-á dos regimes previstos em lei.

O regime da comunhão parcial de bens é o regime legal previsto no Código Civil entre os artigos 1.658 ao 1.666. Esse regime pode ser aplicado aos nubentes caso estes demonstrem interesse no referido regime ou quando silenciarem sobre qualquer outro regime, ainda aplicar-se-á o regime da comunhão parcial de bens quando ocorrer a nulidade ou ineficácia no momento da escolha do estatuto, durante o pacto antenupcial (BRASIL, 2002).

Esse regime é formado pelos bens particulares dos consortes e pelos bens comunicáveis que são aqueles adquiridos na constância do casamento, conforme estabelece os artigos 1.664 e 1.666 do Código Civil:

> Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.
> [...]
> Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns (BRASIL, 2010).

Observa-se que há duas regras essenciais presentes nestes artigos, a

primeira diz a respeito das dívidas contraídas em prol da família, como as despesas relacionadas à administração do lar, conforme o artigo 1.664 do Código Civil. A segunda regra relaciona-se com as dívidas contraídas de forma particular, ou seja, quanto a administração de seus próprios bens, em benefícios destes que não obrigam os bens comuns, somente os bens particulares, o que se extrai do artigo 1.666 do Código Civil (BRASIL, 2002). Ainda, analisa-se o artigo 1.663, do Código Civil:

> Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.
> § 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.
> § 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.
> § 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges. (BRASIL, 2002).

O referido artigo estabelece que os bens comuns e particulares daquele que realiza a administração respondem pelas dívidas contraídas no exercício da administração do patrimônio comum do casal, já os do outro estão sujeitos à dívida na razão do proveito que houver auferido.

Outrossim, o regime da Comunhão Universal de Bens, apresenta-se no Código Civil entre os artigos 1.667 ao 1.671. Nesta modalidade, os bens se comunicam, sejam os bens presentes ou futuro dos cônjuges, quanto às dívidas, analisa-se o artigo 1.667, do Código Civil, que dispõe “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte” (BRASIL, 2002).

Deste modo, as dívidas do casal irão se comunicar, exceto os excluídos da comunhão, que são:

> Art. 1.668. São excluídos da comunhão:
> I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
> II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
> III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem

ISSN 2177-8116

> de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
> IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
> V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (BRASIL, 2002).

Verifica-se que os bens recebidos por herança e doação se comunicam, mas se forem gravados com cláusula de incomunicabilidade deixarão de se comunicar, bem como os sub-rogados em seu lugar. No entanto, a incomunicabilidade não se estende aos frutos recebidos na constância do casamento.

Quanto ao Regime de Participação Final nos Aquestos, este regime está previsto entre os artigos 1.672 ao 1.686 do Código Civil. Não é um regime tradicional no Brasil. É um regime misto que fica submetido às regras da separação convencional durante a convivência conjugal e da comunhão parcial de bens no momento da dissolução da sociedade conjugal (DIAS, 2020).

Os aquestos não são apenas os bens que restarem no momento da dissolução. Deverá levar em conta os bens adquiridos na constância do casamento e se forem alienados, considera-se os respectivos valores. Sendo assim, um cônjuge poderá ser credor do outro na eventualidade de saldo em seu favor. No momento da dissolução do regime, cada um participa com a metade dos ganhos (DIAS, 2020).

Cada cônjuge pode administrar livremente seus bens, porém, essa liberdade não é absoluta. Os bens móveis podem ser administrados e alienados livremente. Aqueles que são imóveis, a administração é livre, mas a alienação depende de outorga do cônjuge. Apesar das regras de separação convencional na constância da união conjugal, é importante lembrar que na dissolução os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento serão divididos entre eles (DIAS, 2020).

Por fim, quanto ao regime de separação de bens, este está previsto nos artigos 1.687 e 1.688, do Código Civil. Nesse regime, o patrimônio é composto por bens particulares, e não há bens comuns. Dessa forma, não é necessária a autorização do cônjuge para a alienação de seus bens, podendo administrá-los livremente e cada um passa a responder por suas dívidas e obrigações

(BRASIL, 2010).

É permitida a eventualidade de condomínio dos cônjuges sobre os bens adquiridos com a participação de ambos, nas proporções correspondentes como também através de doação ou legados conjuntos. Admite-se a sociedade entre os cônjuges quando os recursos forem provenientes de ambos. Os gastos com a família são comuns, em que cada um contribui na proporção de seus rendimentos e na hipótese de omissão ou contribuição insuficiente, um dos cônjuges poderá juridicamente exigir do outro tais valores (DIAS, 2020).

Permite-se no pacto antenupcial estipular o modo da participação de cada um nas despesas, como também atribuir a um só cônjuge a totalidade das despesas. Não é permitido que apenas um assuma o pagamento de dívidas contraídas por ambos, bem como a atribuição a um deles o direito exclusivo de adquirir bens em seu nome, sob pena de nulidade (DIAS, 2020).

Assim, percebe-se que independentemente do regime patrimonial de bens escolhidos, haverá responsabilidade entre os cônjuges, principalmente quanto às dívidas em que ambos serão responsáveis solidariamente quando for em prol da família. Desse modo, o próximo item irá tratar sobre a responsabilidade solidária e patrimonial entre os cônjuges, analisando quanto às dívidas relacionadas à economia doméstica.

4 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E PATRIMONIAL ENTRE OS CÔNJUGES

O artigo 1.643, do Código Civil estabelece que podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro, comprar, ainda que a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica, além de obter por empréstimos as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir (BRASIL, 2002).

O artigo 1.644 dispõe que as dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges (BRASIL, 2002). Assim, se os bens adquiridos de forma onerosa pertencerem a ambos os cônjuges, seguindo a mesma linha de pensamento, as dívidas em benefício da família também serão de responsabilidade de ambos. Neste sentido,

lecionam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 276-277):

> Abolido o monopólio marital sobre a administração dos bens, o modelo passou a se fundar na codivisão de tarefas. Ao marido não mais se impõe o dever de manutenção da família, nem se restringem mais à mulher atos pertinentes à gestão familiar. Essa remodelação na atribuição de poderes e deveres interessa somente ao âmbito interno da família, ficando ambos os cônjuges, perante terceiros, responsáveis solidários pelas dívidas contraídas em nome dessa sociedade, independentemente de qual membro as tenha contraído.

Desse modo, o sustento da entidade familiar caberá a ambos os nubentes, em igualdade de condições, conforme estabelece o artigo 1.566, do Código Civil, que dispõe:

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
> I - fidelidade recíproca;
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
> III - mútua assistência;
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
> V - respeito e consideração mútuos.
> (BRASIL, 2002)

No entanto, há uma série de gastos a serem suportadas na vida matrimonial, como a manutenção do lar, a criação dos filhos, alimentação da família, gastos da casa, como luz, água, gastos com saúde, e etc. Estes gastos podem variar de acordo com a realidade econômica da família.

Sabe-se que os gastos relacionados à economia doméstica, independem de autorização do respectivo cônjuge, independentemente do regime de bens escolhido pelo casal. Nesse sentido, entende Rolf Madaleno (2020, p. 80) que:

> [...] não se imaginando tivesse o credor de um gasto excepcional e de emergência, decorrente de alguma catástrofe, acidente, ou proveniente de uma repentina operação cirúrgica, necessidade de exigir previamente a anuência do cônjuge codevedor.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rolsenvald (2021, p. 337),

> [...] a permissão para a prática desses atos aplica-se a qualquer

> regime de bens. Trata-se de uma presunção (legal) *iure et de iure*, portanto, absoluta, de que o cônjuge está nesses casos, autorizado pelo outro a praticar os atos, inclusive assumindo dívidas.

Deborah Soares Dallemole e Simone Tassinari Cardoso Fleischmann (2021, p. 03) entendem que "Na entidade familiar, há um dever de responsabilidade, o qual é pluridimensional e possui uma esfera positiva". De acordo com as autoras essa responsabilidade se dá pela "promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações" (DALLEMOLE; FLEISCHMANN, 2021 p. 03). Desse modo, "a família, enquanto local de coexistencialidade, implica em um dever social de colaboração com a realização dos demais integrantes, de forma solidária" (DALLEMOLE; FLEISCHMANN, 2021 p. 04).

Assim, quando há responsabilidade solidária o credor terá a faculdade de exigir o adimplemento de determinada dívida a qualquer um dos responsáveis, ou a ambos. Conforme estabelece o artigo 264, do Código Civil: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". Desse modo, quando for uma dívida revertida em proveito da família, poderá o credor cobrar de qualquer um dos cônjuges, ou de ambos, pois estes são responsáveis solidários pelas dívidas contraídas em proveito da família.

No entanto, é extremamente importante compreender que ambos os cônjuges possuem autonomia quanto a administração e conservação de seu patrimônio particular, conforme dispõe o artigo 1.642, do Código Civil:

> Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:
>
> I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;
> II - administrar os bens próprios;
> III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;
> IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

> V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;
> VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

Quanto às dívidas dos bens particulares, dispõe o artigo 1.666, do Código Civil (2002), "As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns". Dessa forma, quando as dívidas forem contraídas na administração dos bens particulares, não respondem os bens comuns e ambos podem praticar todos os atos de disposição e de administração que são necessários ao desempenho de sua profissão. Assim, cada um possui o poder, independentemente da autorização do outro, de adquirir o necessário à economia doméstica.

Entretanto, é importante destacar o que se enquadra no conceito de economia doméstica, pois a ausência dessa definição pode dar margem para que julgadores decidam em quais casos há ou não responsabilidade solidária entre os cônjuges, deixando em aberto à interpretação causando uma vulnerabilidade jurídica. Neste sentido, observa-se o que entende Rolf Madaleno (2020, p. 319) quanto à economia doméstica:

> As dívidas respeitam tanto ao consumo de curto ou médio prazo, como os investimentos em prol da família, subentendidos como gastos para consumo imediato a compra de comida, vestuário, honorários médicos e odontológicos, despesas com remédios, planos de saúde, seguros, salários de funcionários domésticos e encargos sociais, despesas com férias, locação, compra de móveis; custos de conservação dos bens, como reparos, e pinturas, enquanto o investimento supõe a incorporação de algum bem que passa a integrar o patrimônio conjugal.

No entanto, há divergência entre os doutrinadores acerca do conceito de economia doméstica, conforme se observa do que dispõem Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2020, p. 337):

> Assim, não pode o outro cônjuge alegar a falta de sua autorização, quando ficarem evidenciadas as despesas de economia doméstica, que ele e os demais membros da família foram destinatários.

> Não se incluem as despesas suntuárias ou supérfluas, ainda que tendo destino o lar conjugal, pois não se enquadram na economia doméstica cotidiana.

Maria Helena Diniz (2022, p. 86), compreende que "Lícita é a aquisição de produtos e serviços essenciais à economia doméstica, de gêneros alimentícios ou utilidades domésticas, a crédito, assinando títulos correspondentes, desde que não exceda às necessidades do lar".

Neste ponto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020), entendem que despesas como férias e compra de móveis, por exemplo, não estariam inclusas na economia doméstica da família, de outro modo, Rolf Madaleno (2020) compreende que essas despesas devem ser solidariamente respondidas pelo consorte, mesmo que não sejam gastos do cotidiano da família, e nem necessários à manutenção desta.

Assim, analisa-se o que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, vem entendendo acerca da economia doméstica no Brasil:

> Ao estabelecer a solidariedade nas dívidas contraídas para fazer frente à economia doméstica, nesta há de se entender as obrigações assumidas para a administração do lar e, pois, à satisfação das necessidades da família, no que se inserem nas despesas alimentares, educacionais, culturais, de lazer, de habitação etc. No exato rumo das ponderações do ilustre Ministro Relator, é a doutrina de Gustavo Tepedino, quando, ao tecer seus comentários aos arts. 1643 e 1644 do CC/2002, enumera situações que estariam compreendidas a 'economia doméstica', ditada pelo dispositivo do diploma material, incluindo entre as tais, como não poderia de ser, gastos despendidos com a educação dos filhos, mormente os referentes às mensalidades escolares. Elucida o douto professor: A vida em família implica uma série de gastos comuns ordinários, como moradia, alimentação, estudo dos filhos, vestuário, lazer etc. (BRASIL, 2020).

Observa-se da referida decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, que lazer e cultura também estão inclusos na economia doméstica, podendo-se interpretar de forma ampla, fazendo jus ao que leciona Rolf Madaleno.

Apesar de haver responsabilidade solidária entre os cônjuges, tem-se que analisar cada caso concreto, para evitar possíveis fraudes, principalmente quando um dos consortes pretender tirar vantagens em cima do outro.

Para coibir este tipo de atitude, o Estatuto da Mulher Casada, a fim de

proteger a totalidade do patrimônio particular da mulher casada, previu em seu artigo terceiro que cada cônjuge somente responderá com seus bens particulares até o limite de sua meação (BRASIL, 1962). Este artigo está vigente até o momento, por ser um dos poucos dispositivos de lei que trata sobre o assunto.

O Código de Processo Civil, também prevê a possibilidade de o cônjuge responder com seus bens particulares pela dívida do consorte, pois é o que dispõe o artigo 790, do CPC:

> Art. 790. São sujeitos à execução os bens:
> I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
> II - do sócio, nos termos da lei;
> III - do devedor, ainda que em poder de terceiros;
> **IV- do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;**
> V- alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;
> VI- cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;
> VII- do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.33 (Grifo próprio).

Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, existe presunção relativa de que as dívidas do cônjuge ou companheiro são revertidas em proveito da família, sendo ônus do consorte que pretende proteger sua meação fazer prova do contrário. Conforme se observa da decisão a seguir:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÔNJUGE. MBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO. LEGITIMIDADE. DÍVIDA. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1 O cônjuge só será parte legítima para opor embargos de terceiro quando não tiver assumido juntamente com seu consorte a dívida executada, caso em que, figurando no polo passivo do processo de execução como corresponsável pelo débito, não lhe é legítimo pretender eximir seu patrimônio como "terceiro". Precedente da Corte Especial do STJ.
> **2. Tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é a de que cabe ao meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, haja vista a solidariedade entre o casal'** (AgRg no AREsp n. 427.980/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/2/2014, DJe

> 25/2/2014). 3. Na espécie, o acórdão proferido na origem consignou que o autor não conseguiu afastar a presunção de corresponsabilidade pela dívida cobrada, declarando sua ilegitimidade para opor embargos de terceiros. Para se alterar o desfecho conferido ao processo, seria necessário reexaminar a prova dos autos, o que é inviável em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento". (BRASIL, 2017) (Grifo próprio).

Verifica-se que o ônus de provar que não é responsável solidário é do cônjuge meeiro. Entretanto, é necessário analisar a responsabilidade, uma vez que o encargo de provar de que as dívidas não foram contraídas em benefício da família pode ser uma tarefa complexa. Pois, sabe-se que apesar da evolução da família, ainda há muitos casos em que o homem é o provedor da entidade, tornando-se a mulher dependente deste. Nesses casos, há mulheres que exercem atividades remuneradas, mas sem compromisso de arcar com o sustento da família, tendo uma remuneração extremamente baixa, se comparar com o do cônjuge. Neste aspecto, pode o cônjuge devedor tentar proteger seu patrimônio particular, prejudicando a conserte, a fim de que esta arque de forma solidária com as dívidas. Desse modo, caberá a cônjuge prejudicada, demonstrar que as dívidas não foram em prol da família, mas sim em benefício particular do consorte.

O cônjuge não endividado deverá realizar sua defesa mediante embargos de terceiro, mesmo quando houver intimação da penhora, e embargos à execução, passando o cônjuge a ter a chamada dupla legitimidade processual. Nesse sentido leciona Humberto Theodoro Júnior (2022, p. 309):

> [...] ainda que se torne parte na execução, por força da intimação da penhora, o cônjuge ou companheiro comparece aos embargos com um título jurídico diverso daquele que se põe à base do processo executivo. Assim é que de sua citação decorre o litisconsórcio necessário de ambos os cônjuges que provoca a causa judicial sobre qualquer bem imóvel, durante a constância do casamento. Já, nos embargos, o direito posto em discussão é o de não se sujeitar a meação de um dos cônjuges à dívida exclusiva do outro, o que é, como se vê, matéria diversa da que serviu de causa à execução ajuizada contra o cônjuge devedor.

Quando o credor propuser ação de conhecimento em face do cônjuge

ISSN 2177-8116

devedor, e querer responsabilizar o consorte pelas dívidas, alegando que há responsabilidade solidária entre estes. Nesse caso, deverá o consorte ser incluído no polo passivo da demanda, pois sem a inclusão do mesmo no processo, a sentença não poderá alcançar aos bens particulares do cônjuge nem a sua meação. Nesse sentido já se manifestou o STJ:

> Nos casos de execução de obrigações contraídas para manutenção da economia doméstica, para que haja responsabilização de ambos os cônjuges, o processo judicial de conhecimento ou execução deve ser instaurado em face dos dois, com a devida citação e formação de litisconsórcio necessário. Nos termos do art. 10, § 1º, III, CPC / 1973 (art. 73,§ 1 °, CPC / 2015), se não houver citação de um dos cônjuges, o processo é valido e eficaz para aquele que foi citado, mas a execução não poderá recair sobre os bens que componham a meação ou os bens particulares fazer cônjuge não citado. Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir à lide de modo uniforme para todas as partes "e, casos, a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. (BRASIL, 2020).

Assim, quando o cônjuge pretender discutir o título executivo em si, deverá utilizar os embargos à execução, e estará figurando como parte, mas se desejar arguir sua legitimidade a fim de figurar no processo como responsável secundário da obrigação, defendendo sua meação, deverá opor embargos de terceiro.

Na mesma linha, já mencionou Fredie Didier Junior (2005), que se não houver a citação de um dos cônjuges, o processo é valido e eficaz para aquele que foi citado, mas a execução não poderá recair sobre os bens que componham a meação ou os bens particulares do cônjuge não-citado.

> Como agora há solidariedade legal, é desta forma que deve ser lido o mencionado dispositivo da legislação processual: a cobrança de dívidas oriundas dos negócios previstos no art. 1.643 do CC-2002 deve ser dirigida a ambos os cônjuges, em litisconsórcio necessário, se se quiser executar bens de ambos os cônjuges. A falta de citação de um deles impede que a sentença lhe possa produzir qualquer efeito, embora possa ser executada em face do cônjuge já citado. O caso é de litisconsórcio necessário simples por força de lei. Assim, se não houver a citação de um dos cônjuges, o processo é valido e eficaz para aquele que foi citado, mas a execução não poderá recair sobre os bens que componham a meação ou os bens particulares do cônjuge não-citado. (DIDIER JUNIOR, 2005, p. 5).

Então, verifica-se que pode o cônjuge ser responsabilizado pelas dívidas do consorte, e de que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a responsabilidade entre os consortes quando se tratar de despesas relacionadas à economia doméstica.

5 A (IM) POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AO CÔNJUGE PELAS DÍVIDAS INDIVIDUAIS

Sabe-se que, toda pessoa que acredita ter sofrido um dano causado por ato ilícito possui a possibilidade de se valer do Poder Judiciário para ser indenizado. Ainda, havendo o descumprimento de um dever imposto por lei ou por contrato, caracteriza-se como ato ilícito passível de causar dano a outrem, tendo a vítima direito de ser recompensada patrimonialmente pelo prejuízo, desde que ocorra o preenchimento dos pressupostos para responsabilização civil.

Desse modo, a responsabilidade civil surge do descumprimento da relação jurídica obrigacional estabelecida pela vontade das partes ou por lei (AZEVEDO, 2019). Neste aspecto, o descumprimento obrigacional gera dano à outra parte surgindo o dever de indenizar.

Verifica-se do Código Civil, que o verdadeiro fundamento para responsabilização do cônjuge por dívidas realizadas pelo consorte, é quando há proveito comum do casal. Desse modo, observou-se na presente pesquisa que quando há interesse dos credores em alcançar o patrimônio do cônjuge é necessário que este prove que as dívidas não foram em proveito comum do casal. Nesse sentido, tem-se o que leciona Paulo Lôbo:

> Corolário das despesas domésticas é o conteúdo do art. 1.644 do CC/2002, que estabelece serem solidárias as dívidas contraídas para tal fim. Do mesmo modo, presume-se que o cônjuge tenha o consentimento do outro para contrair as dívidas, não sendo necessário que o credor o exija. Essa presunção é *juris et de jure*, em benefício do credor de boa-fé, ou seja, não poderá o outro cônjuge demonstrar que não teria consentido. Por tais razões, atribui a norma a natureza de dívida necessariamente solidária (CC, art. 275), podendo o credor exigi-la de um ou de ambos os cônjuges, parcial ou

> totalmente. Não importará renúncia à solidariedade passiva se o credor a cobrar de um dos cônjuges (LÔBO, 2021, p. 157).

Ainda, dispõe Rolf Madaleno (2020, p. 303):

> Pelo artigo 1.663, § 1º, do Código Civil, as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge administrador e os do outro na razão do proveito por ele auferido, consagrando a usual prática de comprometer o patrimônio conjunto quando resultar da dívida constituída em efetivo proveito para o casal.

Observa-se a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, uma vez que nas ações trabalhistas é muito comum tratar- se de responsabilidade solidária entre cônjuges por dívidas trabalhista.

> DÍVIDA CONTRAÍDA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CÔNJUGE DO SÓCIO EXECUTADO. Na desconsideração da personalidade jurídica, não há responsabilidade solidária do cônjuge do sócio executado por dívida contraída pela sociedade empresária, quando não provado que a mão de obra do empregado tenha sido destinada à economia doméstica do casal (CPC, art. 790, IV; CC/02, arts. 1643/1.644; 1.687/1.688). (TRT-2 01956004920085020049 SP, Relator: RILMA APARECIDA HEMETERIO, 18ª Turma - Cadeira 1, Data de Publicação: 18/02/2021) (TRT2, 2021).

A presente decisão, trata-se de débito trabalhista, da qual o sócio da Sociedade devedora é casado pelo regime de separação absoluta de bens. Alega a parte credora, com fundamento no artigo 790, do CPC, que estão sujeitos à execução os bens do cônjuge, respondendo este com seus bens particulares pela dívida. Entendeu o relator que, apesar de o casamento, no caso, estar submetido ao regime de separação absoluta de bens, até poderia cogitar a incidência das normas do Código Civil, porém a dívida foi contraída pela sociedade empresária em 2008, enquanto a celebração do casamento se deu em 2011 (TRT2, 2021).

Alega o nobre julgador, que os arts. 1.643 e 1.644, do Código Civil se referem a dívidas contraídas pelos cônjuges, e não pela empresa da qual sejam sócios, não tendo a parte agravante produzido prova de que os serviços que prestou à sociedade empresária tenham sido destinados à economia

doméstica do casal, de modo a configurar obrigação solidária dos cônjuges nos termos prescritos pelo Código Civil. Neste ponto, os magistrados negaram provimento ao recurso (TRT2, 2021).

Compreende-se das respectivas decisões que os tribunais optam por responsabilizar de forma solidária os cônjuges pelas dívidas constituídas pelo cônjuge quando estas forem em prol da família. Neste aspecto, observa-se a importância da comprovação de que as dívidas realmente estão relacionadas à economia doméstica do casal.

Desse modo, uma das alternativas para proteger o cônjuge não endividado pelas dívidas particulares contraídas pelo consorte, é através do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, devendo atuar "como limitante do alcance da responsabilidade solidária do cônjuge com separação de bens, para que esta responsabilidade, aparentemente justa, não de ensejo a enriquecimento sem causa" (RAMOS, 2020, p. 32.)

Observa-se que, há entendimento acerca da possibilidade de partilha nos casos em que os cônjuges optem pelo regime de separação de bens, quando houver contribuição financeira para a constituição do patrimônio, a fim de que não ocorra o enriquecimento sem causa, cabendo ao consorte que alegou a necessidade da partilha, comprovar a efetiva contribuição (RAMOS, 2020)

Se no âmbito da partilha é possível haver o ressarcimento quando comprovado a contribuição do companheiro na constituição do patrimônio, deve ser analisada a possibilidade de se aplicar o mesmo princípio do enriquecimento sem causa quando tratar-se de responsabilidade solidária entre os cônjuges.

> Nestes casos, os requisitos necessários para configuração do enriquecimento sem causa que, consequentemente, enseja a restituição, estão presentes. O enriquecimento é notório, pois o cônjuge deixa de arcar com despesas que assumiu, tendo o seu patrimônio, então, deixado de diminuir, e, muitas destas vezes, tem seu patrimônio particular aumentado, pois a dívida pode ter sido revertida em benfeitorias. O segundo requisito, que é o enriquecimento à custa de outrem, se perfaz uma vez que o consorte ou companheiro arcou integralmente com o montante devido, tendo seu patrimônio diminuído. Por fim, a falta de justa causa advém

> precisamente do fato de que a ampliação do termo “coisas necessárias à economia doméstica” é injustificada e não condizente com ordenamento, mediante a análise e aplicação dos princípios de justiça e das próprias disposições do regime de separação de bens, que institui que cada cônjuge responda por suas dívidas próprias, sendo a regra do art. 1.664 uma exceção. (RAMOS, 2020, p. 33)

Assim, a aplicação do princípio deve funcionar como um limite à responsabilidade solidária quando esta atingir ao cônjuge pelas dívidas particulares contraídas pelo consorte. “Desse modo, o cônjuge, ao ser inserido no polo passivo da demanda executiva, pode defender seu patrimônio por meio de embargos à execução ou embargos de terceiro, em virtude da dupla legitimidade mencionada no item anterior” (RAMOS, 2020, p. 34). Ainda, poderá o cônjuge requerer a restituição em face do outro cônjuge quando tratar-se de dívida particular que não for em proveito da família, alegando ofensa ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

6 CONCLUSÃO

O casamento é uma maneira de formar uma entidade familiar protegida pelo ordenamento jurídico. Através do casamento ocorrem diversos efeitos jurídicos na vida dos cônjuges, como na seara patrimonial, que é regulada por meio do regime de bens. Desse modo, a pesquisa analisou acerca da responsabilização do cônjuge por dívidas contraídas pelo outro cônjuge.

Compreendeu-se que com o casamento, os consortes passam a ser responsáveis de forma solidária pelas dívidas constituídas por ambos ou por apenas um dos cônjuges, independente do regime de bens do casal, isso advém do entendimento de que todos os gastos ocorridos no casamento são relaciodos à economia doméstica, devendo-se provar o contrário.

Desse modo, para que ocorra a responsabilização de um cônjuge de forma solidária pelas dívidas do companheiro, é necessário que haja o proveito comum do casal. No entanto, quando se tratar de dívida particular de um dos nubentes, e for chamado o cônjuge não endividado para responder por essas dívidas, sob fundamentação de que foram contraídas em prol da economia

doméstica, caberá a este o ônus de provar que as dívidas não eram comuns ao casamento, realizando sua defesa mediante embargos de terceiro, mesmo quando intimado da penhora. Ainda, poderá o cônjuge não endividado requerer a restituição de valores em face do companheiro alegando ofensa ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa quando o regime de bens for o da separação total.

Assim, cabe ao ordenamento jurídico determinar o conceito de economia doméstica, a fim de não deixar abertura para diversas interpretações protegendo os cônjuges de responder pelas dívidas do outro de forma solidária quando estas não tiverem sido em proveito da família. Pois, se cada julgador tiver uma interpretação diferente quanto aos gastos relativos à economia doméstica do casal, poderá haver insegurança jurídica o que acarretará num maior número de ações.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BEVILACQUA, Clovis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1896.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº, 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE1.443.319**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10/02/2020, DJe: 02/03/2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=1443319&b=DTXT&p=false&l=10&i=1&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 790.350/ES**. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgado em: 06/04/2017, DJe: 18/04/2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468932184/agravo-em-recurso-especial-aresp-1060967-sp-2017-0037495-0?ref=amp. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (18. Turma). **AI01956004920085020049**. Rel. Rilma Aparecida Hemeterio. DJe: 18/02/2021. Disponível em: https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206918833/195600492008502004 9- sp/inteiro-teor-1206918843. Acesso em: 10 nov. 2021.

DALLEMOLE, Deborah Soares; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Outorga conjugal e seus reflexos na atividade empresária. **Civilistica.com**, v. 10, n. 1, p. 1-24, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JUNIOR. Fredie. A participação das pessoas casadas no processo. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, v. 2, n. 8, p. 5-16. set./out., 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Família. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. v. 5.

MACEDO, Humberto. O casamento e sua natureza jurídica – contrato especial de Direito de Família. **IBDFAM**, 2014. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/939/O+casamento+e+sua+natureza+jur%C3%ADdica+%E2%80%93+contrato+especial+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia#_ftn4. Acesso em: 05 nov. 2021.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** direito de família. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5.

RAMOS, Eduarda Abrantes Campos Salles. **O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa como limite à responsabilidade patrimonial do cônjuge com regime de separação de bens na execução de dívidas revertidas em proveito da família**. 2020, 41 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, 2020.

SANCHES; Matheus Soubhia; VAUGNH, Gustavo Favero; TANNURI, Rodrigo. Notas sobre a responsabilidade civil entre cônjuges no direito brasileiro. **Centro de Investigação de Direito Privado**, ano 6, n. 5, p. 1699-1721, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1699_1721.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado (25. Câmara de Direito Privado). **AC11189054020208260100**. Rel. Hugo Crepaldi. Julgado em: 30/06/2021, DJe: 30/06/2021. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1241216353/apelacao-civel-ac-11189054020208260100-sp-1118905-4020208260100/inteiro-teor-1241216378. Acesso em: 10 nov. 2021.

SOUZA, Carla Alexandra Rodrigo e. **Regime da Responsabilidade por dívidas casamento e união de facto**. 2015, 59 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34647/1/Regime%20da%20Responsabilidade%20por%20dividas%20casamento%20e%20Uniao%20de%20Facto.pdf. Acesso em: 02 ago. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2014. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 55. ed. Rio de Jaaneiro: Forense, 2022. v. 3.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO DESPORTIVO PERCEBIDA A PARTIR DE DISPARIDADES NA VALORIZAÇÃO ECONÔMICA DE ATLETAS NO FUTEBOL

GENDER INEQUALITY IN THE SPORTS SCOPE PERCEIVED FROM DISPARITIES IN THE ECONOMIC VALUATION OF ATHLETES IN SOCCER

DESIGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DEPORTIVO PERCIBIDA A PARTIR DE LAS DISPARIDADES EN LA VALORACIÓN ECONÓMICA DE LOS ATLETAS DE FÚTBOL

Ana Luiza Baccin Carvalho[1]

RESUMO

O presente artigo busca analisar as desigualdades relativas ao gênero no ambiente esportivo. Parte-se de uma noção histórica sobre a influência das correntes feministas no meio desportivo, bem como é demonstrada a necessidade de uma perspectiva interseccional para este estudo. Optou-se por tratar de maneira específica o futebol para delimitar o âmbito de estudo. Assim, realizou-se uma abordagem qualitativa de dados provenientes de outros estudos que versaram sobre tais pontos dentro deste esporte. A partir disso, constatou-se que no meio esportivo a presença e a importância dada às mulheres ainda são diminutas. Apesar de algumas recentes medidas tomadas para a redução da desigualdade de gênero, ainda há a necessidade de outras ações da iniciativa privado e do Estado. Destaca-se também a relevância da mídia no que diz respeito a dar maior visibilidade às modalidades femininas. A metodologia utilizada foi a observacional, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental de obras e textos que abordam os temas tratados.

Palavras-chave*:* Esporte. Feminismo. Direito Desportivo. Futebol.

ABSTRACT

This article seeks to analyze gender inequalities in the sports environment. It starts from a historical notion about the influence of feminist currents in the sports environment, as well as demonstrating the need for an intersectional perspective for this study. It was decided to treat football specifically to delimit the scope of the study. Thus, a qualitative approach was made to data from other studies that dealt with such points within this sport. From this, it was found that in the sports environment the presence and importance given to women are still small. Despite some recent steps taken to reduce gender inequality, there is

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná; ana.baccin.carvalho@gmail.com.

still a need for other actions by the private sector and the State. It also highlights the relevance of the media in terms of giving greater visibility to women's modalities. The methodology used was observational, through the technique of bibliographical and documentary research of works and texts that address the themes addressed.

Keywords: Sport. Feminism. Sports law. soccer.

RESUMEN

Este artículo busca analizar las desigualdades relacionadas con el género en el ámbito deportivo. Se parte de una noción histórica sobre la influencia de las corrientes feministas en el ámbito deportivo, además de demostrar la necesidad de una perspectiva interseccional para este estudio. Se decidió tratar específicamente el fútbol para delimitar el ámbito de estudio. Así, se realizó un abordaje cualitativo sobre datos de otros estudios que trataron tales puntos dentro de este deporte. A partir de ello, se constató que en el ambiente deportivo la presencia e importancia que se le da a la mujer es aún pequeña. A pesar de algunas medidas recientes tomadas para reducir la desigualdad de género, todavía se necesitan otras acciones por parte del sector privado y el Estado. También se destaca la relevancia de los medios de comunicación a la hora de dar mayor visibilidad al deporte femenino. La metodología utilizada fue observacional, a través de la técnica de investigación bibliográfica y documental de obras y textos que abordan las temáticas abordadas.

Palabras clabe: deporte. Feminismo. Derecho Deportivo. fútbol.

Data de submissão: 04/08/2022

Data de aceite: 16/11/2022

1 INTRODUÇÃO

No último século, a pauta feminista tem adentrado diversos âmbitos da sociedade brasileira e mundial. Para além das questões trabalhistas, políticas e educacionais, no meio esportivo existe uma grande necessidade de implementação dessa perspectiva, pois atualmente trata-se de um campo em que a desigualdade em os gêneros ainda é bastante grande. Os privilégios masculinos dentro do esporte não afetam atletas apenas, mas todas aquelas envolvidas com o desenvolvimento e organização da prática esportiva.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a abordar a desigualdade de gênero especialmente no que tange à valorização econômica das atletas. Para

isso, inicialmente são perpassadas questões históricas a respeito da influência das correntes feministas no meio desportivo, bem como é demonstrada a necessidade de uma perspectiva interseccional para este estudo.

Conforme as noções adotadas por Cleber Cristiano Prodanov e Ernani Cesar de Freitas, o estudo realizado parte de uma metodologia qualitativa quanto à abordagem e explicativa quanto aos objetos, vez que os objetos são analisados por aspectos subjetivos (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 70), bem como busca-se analisar as razões do fenômeno apresentado (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 53-54). Além disso, utilizou-se como método de abordagem o fenomenológico, que consiste em apresentar o objeto pesquisado e esclarecê-lo a parir de seus aspectos essenciais e intrínsecos (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 35-36). Já o método de procedimento utilizado foi o observacional, a partir da pesquisa bibliográfica dos temas abordados (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 37).

A fim de delimitar a pesquisa, foram selecionados exemplos e casos específicos que tratam de atletas do futebol. Dessa maneira, realizou-se uma análise qualitativa de dados provenientes de outros estudos que versaram sobre os pontos pesquisados. Ao longo do artigo destaca-se a necessidade de adoção de uma perspectiva interseccional, uma vez que o discurso feminista deve abarcar também questões raciais e econômicas; assim como se faz uma apresentação do atual quadro desta desigualdade, dentro e fora de campo.

Por fim, demonstra-se a necessidade de atitudes tanto do Estado quanto da iniciativa privada no que diz respeito ao combate da desigualdade de gênero, apesar das medidas que já foram implementadas. Além disso, destaca-se o papel extremamente importante exercido pela mídia devido à sua influência ao dar maior ou menor visibilidade aos atletas e eventos esportivos.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS RELATIVAS À DESIGUALDADE DE GÊNERO

Inicialmente, os homens eram os únicos que possuíam a oportunidade de se tornarem atletas, por muito tempo as mulheres foram proibidas de praticar esportes. No Brasil, por exemplo, em 1941 foi editado por Getúlio

Vargas o Decreto-Lei n. 3.199, o qual estabeleceu a organização esportiva no país, criando o Conselho Nacional de Desportos (CND). Segundo o art. 54 deste diploma "às mulheres não se permitirá a prática de desportos incompatíveis com as condições de sua natureza, devendo, para este efeito, o Conselho Nacional de Desportos baixar as necessárias instruções às entidades desportivas do país". Essa situação só piorou durante a Ditadura Militar, quando o CND, através da Deliberação n. 7 tornou explicitamente proibida a prática do futebol e outros esportes pelas mulheres – "Deliberação CND n. 7/65 – Não é permitida [às mulheres] a prática de lutas de qualquer natureza, futebol, futebol de salão, futebol de praia, polo-aquático, pólo, rugby, halterofilismo e baseball". Somente em 1979 é que essa deliberação foi revogada e apenas em 1986 é que foi publicada a Recomendação n. 2 do CND, na qual "reconhece a necessidade de estímulo à participação da mulher nas diversas modalidades desportivas praticadas".

De maneira geral, as reivindicações feministas ligadas ao meio desportivo podem ser enquadradas na chamada segunda onda feminista, em que o movimento na década de 60 se direcionou ao contexto social, econômico e político no Ocidente. Várias mulheres notaram o sexismo e a noção de hierarquia de gênero no esporte, de modo que a busca pela promoção de igualdade entre homens e mulheres neste campo se tornou promissora (ADAMS, 2017, p. 115).

Apesar de já se passarem mais de 60 anos desde esse momento, as disparidades no mundo dos esportes de alto rendimento ainda são muito grandes quando se trata da perspectiva de gênero[2]. A exemplo disso, os atletas homens recebem muito mais em comparação com as mulheres. A autora Mary Louise Adams (2015, p. 115) cita o valor recebido pelo campeão

2 Como bem demonstrado por Maria Eunice Figueiredo Guedes, a definição de gênero ainda é território bastante controverso, que permite diversas interpretações e conceitos (1995). Para o presente trabalho utiliza-se o trabalho da autora como uma referência para esse ponto. Sendo assim, entende-se por gênero "uma forma de entender, visualizar e referir-se à organização social da relação entre os sexos" (GUEDES, 1995, p. 8). Os debates acerca das interpretações em relação ao que é "gênero" permitem o desenvolvimento de trabalhos inteiros apenas com tais reflexões. Por não ser o escopo principal do presente artigo, não será aprofundada essa discussão, bem como não será abordada a questão de atletas transexuais, de modo que ao mencionar termos como "mulheres", "feminino", dentre outros nesse sentido, abarca-se tanto mulheres cisgêneras quanto mulheres transgêneras.

do *Professional Golf Association (PGA).*[3] Rory McIlroy recebeu um milhão e cem mil libras, enquanto Inbee Park, campeã dessa mesma competição na modalidade feminina, ganhou 212 mil libras – valor equivalente a 19,2% do prêmio masculino.

Afora os valores das premiações, a desigualdade de gênero também pode ser percebida na cobertura dos eventos desportivos na mídia, bem como na quantidade de mulheres membros dos conselhos diretivos das federações e clubes. Portanto, a busca por igualdade deve ir além destas questões relativas a valores econômicos; o movimento feminista desportivo também se preocupa com a representação das atletas neste âmbito, pois, atualmente, a imagem dessas mulheres é sexualizada pela mídia, o que obstaculiza o desenvolvimento delas, vez que é evidente que não são levadas a sério como profissionais do esporte. Tendo em vista todas essas questões, fica claro que políticas em prol da igualdade de gênero dentro do esporte são urgentes.

Como uma das principais razões que leva à desigualdade de gênero está o desenvolvimento de uma cultura patriarcal e heteronormativa. Em relação aos traços patriarcais da sociedade, os estados arcaicos já se organizavam seguindo o modelo patriarcal, fundado na apropriação da função sexual e reprodutiva das mulheres, o que ocorreu muito antes da formação da propriedade privada e da sociedade de classes (LERNER, 2019).

Com o desenvolvimento social, a subordinação feminina foi institucionalizada por meio de leis e códigos, havendo imposição do Estado para manutenção desse modelo social (LERNER, 2019). Apesar de haver avanços significativos na emancipação feminina, a cultura patriarcal influencia a visão dos indivíduos sobre a sociedade, estabelecendo dificuldades muito maiores às mulheres no que diz respeito à ocupação de espaços que originalmente lhes foram privados, devido ao modelo patriarcal sobre o qual a sociedade se desenvolveu (LERNER, 2019). Assim, é no âmbito esportivo, onde mulheres são constantemente desvalorizadas e subrepresentadas. Exemplos desse cenário foram apresentados anteriormente e outros ainda serão abordados no decorrer do artigo.

3 Associação Profissional de Golfe (tradução livre).

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

No que diz respeito à heteronormatividade, compreende-se que é um padrão de sexualidade o qual regula a organização das sociedades ocidentais, determinando quais identidades e sexualidades são socialmente aceitas (PRADO; NOGUEIRA, 2018). A noção heteronormativa imposta pela sociedade acaba por invisibilizar corpos diferentes, que destoam do padrão heteronormativo. Como destaca Maria Eduarda Aguiar da Silva:

> A influência da heteronormatividade sobre os corpos trans promove um verdadeiro processo de desumanização, entendendo desumanização como vulnerabilização induzida e produção de abjeções. Os reflexos desse processo de marginalização é a transfobia e falta de acesso aos espaços de educação, trabalho, e família constituindo a vida de pessoas transexuais em uma vida sub-humana, em indivíduos sem acesso aos direitos básicos de cidadania e vivência em sociedade.
> Em relação as violências vivenciadas por mulheres transexuais e travestis estão o cerceamento do direito a vida, a cidadania, sem falar da violência simbólica, esta entendida quando os lugares se tornam não lugares, como exemplo prático podemos citar a expulsão do seio familiar e da escola.
> A violência praticada contra travestis e mulheres transexuais é acentuada devido a invisibilidade dentro da sociedade (SILVA, 2019, p. 239).

Um dos âmbitos sociais em que ainda há grande resistência aos corpos trans é o meio esportivo. Diversas são as justificativas que levam à essa não aceitação, entretanto, a origem dos argumentos acaba perpassando a cultura heteronormativa.

Assim, percebe-se que tanto mulheres cis quanto mulheres trans enfrentam dificuldades para conquistar seu espaço e respeito no meio esportivo, por se tratar de uma área culturalmente ocupada de modo majoritário por homens cisgêneros.

3 A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE INTERSECCIONAL

É válido ressaltar que qualquer análise sob a perspectiva feminista precisa também levar em conta o viés interseccional, isto é, deve ser percebida a realidade da diversidade feminina no que diz respeito à raça e às condições socioeconômicas. Como destaca Sirma Bilge:

> A interseccionalidade reflete a teoria transdisciplinar que busca compreender a complexidade das identidades sociais e

> desigualdades através de uma abordagem integrada. Tal teoria refuta a compartimentação de hierarquização dos grandes eixos de diferenciação social através de categorias de gênero/sexo, classe, raça, etnia, deficiência e orientação sexual. (BILGE, 2020, p. 239).

Nesse sentido, entende-se que uma perspectiva interseccional considera não apenas o reconhecimento de múltiplos sistemas de opressão, funcionando para além das categorias gênero, classe, raça etc, demonstrando a necessidade de se abordar as interações entre elas no surgimento e desenvolvimento das desigualdades (CRENSHAW, 1989).

Seguindo a concepção de bell hooks acerca do que é o feminismo, entende-se que se trata de um movimento contra qualquer tipo opressão, não apenas entre os sexos. Nas palavras da autora, a finalidade do feminismo "*is not to benefit solely any specific group of women, any particular race or class of women*"[4], mas transformar o mundo de modo que seja livre de qualquer opressão ou dominação (HOOKS, 1984, p. 26).

Como proposto por Daiva Stasiulis, a compreensão sobre a existência de todos os indivíduos deve perpassar as múltiplas dinâmicas sociais, culturais, econômicas e políticas que se desenvolvem de maneira simultânea e interativa, por meio de diversos focos "significantes" da estrutura social (1999, p. 345).

Apenas com essa noção é possível desenvolver medidas em prol da igualdade de gênero que não excluam nenhum grupo de mulheres. Os primeiros momentos do movimento feminista foram extremamente marcados pelo ponto de vista das mulheres ocidentais, brancas e de classe média e alta, de modo que surgiram outras vertentes do feminismo, idealizadas por mulheres negras e do "terceiro mundo", a fim de haver a representação dessas experiências específicas, criticando-se a exclusão dessas mulheres do movimento inicial (ADAMS, 2017, p. 119).

A própria percepção interseccional tem como berço o "locus social das 'mulheres de cor'", na tentativa de emergirem da invisibilidade e marginalização em que se encontravam tanto nos movimentos feministas quanto nos antirracistas (BILGE, 2020, p. 240).

4 "não é beneficiar apenas um grupo específico de mulheres, de uma raça ou classe particular" (tradução livre).

ISSN 2177-8116

Portanto, faz-se necessário analisar o âmbito esportivo por meio da concepção de interseccionalidade cunhada por Kimberle Crenshaw. Em sua obra, a autora demonstra que as categorias raça e gênero não podem ter sua experiência analisada de forma apartada (CRENSHAW, 1989, p. 139-167), afinal, as vivências de uma mulher negra são muito distintas das de uma mulher branca e de um homem negro. Crenshaw define a interseccionalidade como "uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação" (CRENSHAW, 1989, p. 177), isto é, investiga-se de que forma as diversas formas de discriminação geram desigualdade, principalmente para os indivíduos que se encaixam em mais de uma categoria que sofre marginalização. Portanto, uma mulher negra, por sofrer tanto discriminação racial quanto de gênero, encontra-se em uma situação de vulnerabilidade maior que uma mulher branca.

Para diversos autores, a análise interseccional se dá em dois níveis: o microssocial e o macrossocial. A primeira considera o "intercruzamento de categorias sociais e as múltiplas fontes de poder e privilégio", que autorizam a geração de efeitos das estruturas de desigualdades sobre as vidas dos indivíduos. Já no nível macrossocial, questiona-se os modos como os diferentes sistemas de poder se envolvem e influenciam reciprocamente na produção, organização e manutenção das desigualdades (HENDERSON; TICKAMYER, 2009).

Segundo Patricia Hill Collins, essa dualidade que caracteriza o pensamento interseccional é marcada por uma diferenciação lexical: o termo "interseccionalidade" seria utilizado para os modos específicos revelados pelo sistema de opressões presentes na vivência dos sujeitos; já o termo "matriz de dominação" designaria as organizações sociais (COLLINS, 2000, p. 18). Entretanto, a autora defende que devem ser incluídos quatro domínios de

poder[5] no interior da análise interseccional, os quais existem na totalidade das maneiras de opressão.

Como apontado por Susan J. Bandy, a interseccionalidade é também relevante nos estudos do âmbito esportivo. Conforme o trabalho de Roberta Park,

> no início dos anos 1990, as historiadoras dos esportes começaram a reconhecer que o gênero não era monolítico; ao contrário, ele se cruza com uma série de outras dimensões da experiência humana e das identidades nos esportes como, por exemplo, raça, etnicidade, idade, classe social e status político. Refletindo sobre a tendência à interseccionalidade, as pesquisadoras dos esportes começaram a abordar o estudo do gênero de forma inovadora, incluindo o uso de conceitos ou temas (ao invés de teorias), bem como misturando metodologias e fontes de conhecimento, mais particularmente o uso de narrativas (PARK, 2021, p. 14)

Dessa maneira, fica demonstrado que também na análise da desigualdade de gênero no esporte, o viés interseccional é importante, uma vez que são diversas as realidades encontradas nesse meio.

4 A INFLUÊNCIA DO FEMINISMO NO MEIO ESPORTIVO

No texto escrito por Mary Adams é possível verificar de que forma as chamadas “ondas feministas” influenciaram o meio esportivo (ADAMS, 2017, p. 116-117). É válido ressaltar, assim como fez a autora, que essa classificação tem fins puramente didáticos para localização temporal, uma vez que os problemas demonstrados por uma onda anterior não são completamente superados para que então surja um novo movimento.

Na realidade, o que ocorre é que cada onda, a seu tempo, percebe novas questões que precisam ser enfrentadas, trazendo à tona esses problemas. Ainda, como ressaltado anteriormente, inicialmente o movimento feminista é encabeçado por mulheres brancas de classe média, mas com o

5 Quais sejam: estrutural (leis e instituições); disciplinário (manejo administrativo e burocrático); hegemônico (naturalização cultural e ideológica das relações de dominação); interpessoal (interações cotidianas influenciadas por múltiplas hierarquias).(COLLINS, 2000, p. 277-290).

passar dos anos emergem outros projetos feministas, idealizados por mulheres negras, latinas e periféricas.

Inicialmente, a chamada primeira onda teve como principal objetivo o sufrágio feminino, ou seja, a concessão de direito ao voto às mulheres. Além disso, estavam na agenda do movimento feminista do fim do século XIX e início do século XX os direitos de propriedade, acesso à educação e liberdade econômica. Segundo Adams, a correlação com o esporte pode ser feita pelas pautas levantadas durante as décadas de 20 e 30 do século passado, quando essas mulheres começaram a busca pela legalização dos métodos contraceptivos e maior liberdade sobre os corpos femininos, permitindo que a mulher escolhesse a melhor maneira de controlar sua fertilidade. Esse discurso as leva a discutir a sua autodeterminação e autonomia física, de modo que procurem participar de atividades antes exclusivamente masculinas, como os esportes (ADAMS, 2017, p. 117).

A partir dos anos 60, emerge a segunda onda feminista, a qual na verdade é formada por um conjunto de diferentes linhas de pensamento: feminismo liberal, feminismo socialista e feminismo radical, por exemplo. Nesse contexto surgem outras vertentes, num viés crítico, pois até então o movimento feminista dava prioridade às questões que afetavam as mulheres brancas e de classe média. A autora exemplifica esse problema através do feminismo liberal, que propõe medidas educacionais, leis e políticas públicas como meios para se assegurar uma igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. No âmbito esportivo, a influência dessa corrente está visível na judicialização de casos para forçar entidades esportivas a acomodar atletas mulheres, sob a justificativa de que a discriminação baseada em sexo ou gênero fere os direitos humanos.

Por sua vez, o feminismo socialista prezou por dar atenção às desigualdades de gênero ocasionadas pelo sistema econômico capitalista. Essa perspectiva aplicada aos esportes gerou diversas críticas quando se percebeu que diversas empresas se apropriaram da linguagem feminista e da imagem das atletas para criar um novo nicho de mercado, aumentando o consumo das roupas femininas esportivas (ADAMS, 2017, p. 118).

De acordo com Susan Bandy, foi esse contexto que viabilizou o advento do movimento de mulheres no esporte, especialmente na América do Norte e na Europa Ocidental (BANDY, 2021, p. 4). É também nesse momento que os estudos relativos ao conceito de "gênero" começam a emergir nas análises teóricas dos Estudos dos Esportes, promovidos pelo interesse acadêmico sobre o corpo (BANDY, 2021, p. 4).

Nos anos 90 começou a terceira onda do feminismo, que se apresentou como uma crítica aos movimentos anteriores, dando uma maior ênfase no empoderamento feminino e formas de expressão individual (ADAMS, 2017). Com isso, percebe-se que existem lutas feministas, vez que é impossível abranger todos os interesses em uma única corrente, devido às diversidades culturais, sociais e econômicas. Essa noção transportada ao esporte, segundo Leslie Heywood e Sherri Dworkin (2003), permite que as atletas modifiquem a representação feminina na cultura popular. Em diversas culturas as atletas são figuras conhecidas, entretanto, em grande parte dos casos acabam por sofrerem com a sexualização de sua imagem ou ainda reforçando concepções de "feminilidade", excluindo mulheres que não atingem os padrões de beleza impostos pela sociedade.

Isso porque, originalmente, às mulheres era sugerido que praticassem atividades que exigissem flexibilidade, agilidade, leveza e suavidade, enquanto aos homens eram indicados os esportes que exigiam força, velocidade, resistência e potencialização muscular (JAEGER, 2006, p. 201). Entretanto, o esporte tem se modificado, expandindo os horizontes dos e das atletas, permitindo que não exista essa distinção entre esportes "de homem" e "de mulher", tornando o âmbito esportivo mais acessível e inclusivo.

Desse modo, a partir do momento em que as atletas que estão presentes na mídia adotam posicionamentos em prol do discurso feminista, demonstrando força e independência, sendo totalmente contrárias a qualquer tipo de opressão ou discriminação, passa a ser possível dar os primeiros passos em direção à igualdade de gênero no mundo dos esportes.

Válido ressaltar que também surgem correntes feministas voltadas às mulheres negras e latinas, a fim de representar suas experiências próprias e

criticar as exclusões e limitações sofridas por elas – que muitas vezes acabam por ser mais intensas que as experienciadas por mulheres brancas. Nesse cenário, a autora demonstra a importância da adoção da interseccionalidade, exemplificando por meio do contexto da patinação artística, o qual é estudado por ela.

> An intersectional analysis of, for instance, women's (or men's) experiences in a particular sport, would require attention not just to gender but to how gender is produced through other social relations, like race and class. Such an analysis draws out the salience of race and class to the gendering of athletes of colour or athletes from economically marginal backgrounds; it also shows how race and class privilege constitute the gendered experiences of white middle-class athletes. In figure skating, the sport that I study, relations of race and class are most evident in the overwhelming whiteness of what is a very expensive sport and in the particularly limited notions of gender that are constantly reproduced in performances (Adams 2011). For female skaters the style that is most often rewarded is a kind of clichéd elegance drawn from Western styles of dance or Hollywood glamour. In popular culture this is a style most frequently expressed by white bodies, a fact that privileges white skaters, who embody the ideal. Racial stereotypes that position black women as naturally more athletic and as less naturally graceful than white women put black skaters at a disadvantage in a sport where narrow aesthetic norms determine success. (ADAMS, 2017, p. 120)[6]

Por meio desse exemplo é possível constatar que dentro do mundo dos esportes não só o gênero pode vir a interferir no sucesso obtido pelas atletas, assim como a sua raça e classe econômica podem sim exercer influência em sua jornada.

6 "Uma análise interseccional, por exemplo, de experiências femininas (ou masculinas) em um esporte particular, requer atenção não somente ao gênero, mas também a como o gênero é produzido por meio de outras relações sociais, como raça e classe. Tal análise extrai a relevância da raça e da classe para o gênero de atletas de cor ou atletas de origens econômicas marginais; isso também mostra como privilégios de raça e classe constitui as experiências de gênero de atletas brancos de classe média. Na patinação artística, o esporte que estudo, as relações de raça e classe são mais evidentes na brancura avassaladora de um esporte muito caro e nas noções de gênero particularmente limitadas que são constantemente reproduzidas nas performances (ADAMS, 2011). Para as patinadoras, o estilo mais frequentemente recompensado é um tipo de elegância clichê extraída dos estilos de dança ocidentais ou do glamour de Hollywood. Na cultura popular, este é um estilo mais frequentemente expresso por corpos brancos, fato que privilegia patinadoras brancas, que encarnam o ideal. Os estereótipos raciais que posicionam as mulheres negras como naturalmente mais atléticas e menos naturalmente graciosas do que as mulheres brancas colocam as patinadoras negras em desvantagem em um esporte no qual normas estéticas estreitas determinam o sucesso." (tradução livre).

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

5 AS DESIGUALDADES DE GÊNERO DENTRO E FORA DE CAMPO

A fim de delimitar o campo de análise do presente trabalho no presente capítulo serão discutidas as questões de gênero dentro do futebol. Inicialmente é possível fazer um exame quantitativo para demonstrar um dos grandes pontos da desigualdade de gênero: o valor dos prêmios e dos salários.

Segundo matéria da BBC (THOMSON; LEWIS, 2014) citada por Mary Louise Adams (2017, p. 115) os campeões da Copa do Mundo de Futebol de 2014 receberam 22 milhões de libras, enquanto as campeãs na modalidade feminina receberam 630 mil libras.[7] Comparando os salários das atuais estrelas da seleção brasileira, Neymar recebe do clube Paris Saint Germain cerca de 396 milhões de reais por ano, enquanto Marta, tem um salário anual de 1,47 milhão de reais no time Orlando Pride (GEOVANA, 2019). Para visualizar de forma prática essa enorme diferença, Marta precisaria trabalhar quase 270 anos para arrecadar o valor recebido por Neymar em apenas um ano.

A partir desses números é evidente a disparidade entre os gêneros; apesar das e dos atletas exercerem basicamente o mesmo papel, é nítido que os homens recebem salários e prêmios absurdamente maiores que as mulheres.

Além dessa análise, é possível verificar a quantidade de mulheres na estrutura organizacional dos clubes e também nas comissões técnicas, mesmo nos times femininos.

Segundo pesquisa publicada no XIX USP *International Conference in Accounting*,[8] de um total de 7.052 membros compondo os órgãos estatutários de 38 clubes brasileiros, as mulheres somavam apenas 265 – menos de 4% (OLIVEIRA; FERREIRA; FABRICIO; BORBA, 2019). Dentre os clubes analisados, dez não possuem nenhum membro mulher em sua diretoria, e outros 13 contam com a presença de até cinco mulheres apenas. Percebe-se, então, que as disparidades estão também na representação e participação feminina dentro da administração dos clubes de futebol.

7 Elas receberam menos de 3% do valor recebido pelos campeões da categoria masculina.
8 Conferência Internacional em Contabilidade (tradução livre).

Ainda, conforme dados de estudo publicado na Revista Movimento (Revista de Educação Física da UFRGS), as mulheres representam um número muito reduzido nos cargos das comissões técnicas dentro dos times que disputaram o Campeonato Brasileiro Feminino - foram analisadas as composições entre os anos de 2013 e 2019. Constatou-se que os homens ocupam 83% das vagas de treinadores, chegando tal percentual a ser de 95% no cargo de treinador de goleiro. Já a posição de auxiliar técnica foi aquela em que houve uma maior presença de mulheres, entretanto o percentual é de apenas 22% (PASSERO; BARREIRA; TAMASHIRO; SCAGLIA; GALATTI, 2020, p. 7-8).

Segundo esse estudo, houve um aumento lento e gradual na participação das mulheres nesses cargos. Contudo, seguindo neste ritmo, somente entre as décadas de 2030 e 2040 é que se atingiria uma igualdade numérica entre os gêneros (PASSERO; BARREIRA; TAMASHIRO; SCAGLIA; GALATTI, 2020, p. 8-9).

Também é necessário relembrar a percepção interseccional proposta ao início do presente estudo. A participação de mulheres negras é praticamente nula dentro das comissões técnicas: em 2020 nenhuma equipe feminina da série A1 contou com a presença de uma técnica negra. Houve um episódio em que a discriminação foi nítida. A Renata Koki atua como auxiliar técnica no Iranduba, devido a um empréstimo de jogadoras e comissão do time 3B, os técnicos não poderiam participar da partida contra o Palmeiras. A ex-jogadora da seleção constou como técnica na súmula, justamente por ser a "herdeira natural" da vaga, devido ao cargo de auxiliar.

Entretanto, foi substituída pelo preparador físico no comando do time durante esse jogo, por solicitação do presidente do 3B (BULLE, 2020). Esse caso exemplifica as barreiras ainda mais altas enfrentadas por mulheres negras dentro do futebol.

A partir da visualização dessas informações, é nítido que as desigualdades de gênero no âmbito esportivo são gigantescas. Atualmente, diversas medidas estão sendo tomadas para que as mulheres tenham maior reconhecimento e participação nesse meio. Exemplo disso é a determinação

de 2019 da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) a respeito da obrigatoriedade de manutenção de um time feminino adulto e um de base em todas as equipes da série A do Campeonato Brasileiro. Essa medida, além de valorizar o trabalho de atletas mulheres, visa a adequar o futebol brasileiro às demandas da FIFA por providências em prol do desenvolvimento da igualdade de gênero no esporte (BARRETO, 2020).

Apesar dessa obrigatoriedade poder "mascarar" o real interesse dos clubes no investimento nesta modalidade, é fato que se trata de um grande avanço para o futebol feminino. Além disso, a profissionalização destas atletas é outra mudança relevante para a igualdade entre homens e mulheres. A equipe do Santos Futebol Clube foi a pioneira, sendo a primeira a profissionalizar uma atleta, além de ser o clube que possui uma equipe feminina há mais tempo e de modo constante – desde 2015 (MAGRI, 2019). Essa tendência tem sido percebida também em outros times, nos últimos cinco anos mais de 60%[9] dos clubes que disputam o Campeonato Brasileiro Feminino A1 possuem equipes profissionalizadas, o que representa um grande avanço para um curto período de tempo (BARRETO, 2020).

Essa determinação da CBF também foi extremamente importante por tratar das categorias de base. No futebol masculino há um enorme número de categorias, iniciando no sub-11, o que aumenta o número de oportunidades aos meninos, permitindo que desde muito jovens tenham um treinamento específico, visando à profissionalização. Já no feminino essa realidade é muito distinta, são poucas as competições e times com categorias para as meninas, de modo que se tornar uma atleta profissional é muito mais difícil.

Apesar do grande marco da obrigatoriedade da formação de times femininos nos grandes clubes, constata-se que essa ação por si só não é suficiente. Além de criar tais equipes, é necessário que haja um investimento no seu desenvolvimento para que as atletas tenham uma boa evolução técnica. Com o aumento da qualidade técnica, as competições femininas tendem a se tornar tão atrativas e financeiramente rentáveis quanto as masculinas.

9 Dez dos 16 times.

Além de providências tomadas pelos clubes, podem ser colocadas em prática políticas públicas visando ao incentivo do esporte feminino. Exemplo disso é a iniciativa do Governo do Estado da Bahia que, em conjunto com a Federação Baiana de Futebol e os clubes baianos, busca o desenvolvimento de políticas de valorização do futebol feminino no estado. Em junho de 2019, foi realizada uma sessão especial na Assembleia Legislativa para discussão de estratégias, modos de patrocínio e modelos de projetos que fomentem a participação feminina nos esportes (GOVERNO DO ESTADO, 2019).

Ainda, há de se reconhecer a necessidade de aumentar o espaço dos esportes femininos na mídia. Um grande avanço aconteceu recentemente, a Copa do Mundo de Futebol Feminino foi transmitida pelo canal SporTV, assim como a Rede Globo transmitiu os jogos da Seleção Brasileira (PAIVA, 2018), de modo que a competição teve uma visibilidade muito maior que as edições anteriores. Entretanto, é perceptível que ainda não se compara a cobertura e atenção dadas aos jogos da competição masculina, visto que para acompanhar os jogos da Seleção Brasileira na Copa do Mundo de Futebol Masculino de 2018 diversas empresas dispensaram seus funcionários ou alteraram o horário de funcionamento (CANTENERAS, 2018; DIAS DE JOGO..., 2018).

Também é válido ressaltar que ainda hoje muitas vezes “quando alguma atenção é dada a essa prática, geralmente não só os talentos esportivos das atletas, árbitras ou treinadoras, mas a sua imagem (estética) e o seu comportamento são observados” (SANTOS; MEDEIROS, 2012, p. 188). Essa situação é bastante problemática, pois diferentemente do que ocorre no ambiente masculino, quando se trata de mulheres muitas vezes a sua beleza ou modo de se portar ganham mais relevância do que a sua atuação profissional.

Exemplo disso é apresentado por Doiara Silva dos Santos e Ana Gabriela Alves Medeiros, quando citam os comentários durante a partida entre a equipe feminina do Santos Futebol Clube e do Club Desportivo EnForma, time boliviano:

> Na partida entre Santos e EnForma, a segunda da fase classificatória, o narrador Luciano do Valle (LV) e o comentarista Osmar de Oliveira (OS), em seus discursos, tornam a dimensão estética evidenciada: LV: '[...] Olha lá, partiu... jogada ensaiada, bela defesa da goleira boliviana Lizeth Velasco. Ela é fortinha em?' / OS: 'Aliás, todo o time aí está precisando de um regime.' / LV: 'Santa Cruz de La Sierra tem grandes restaurantes viu? É diferente de La Paz. (Risos)'. Em meio à narração da jogada, narrador e comentarista destinam seus comentários, primeiramente, à condição física (aparência) da atleta boliviana Lizeth Velasco. Posteriormente, esse comentário se estende a outras jogadoras da equipe. Possíveis elementos técnicos e táticos da jogada, que tinha acabado de acontecer, não foram mencionados. O discurso de OS tem caráter prescritivo e negligencia qualquer fundamentação em dados e informações da comissão técnica da equipe. LV, por sua vez, ironiza e especula sobre a condição física das atletas, mencionando a qualidade, de acordo com seu julgamento, dos restaurantes da região que a equipe representa. (SANTOS; MEDEIROS, 2012, p. 188-189).

Sendo assim, não é apenas essencial que haja uma maior cobertura dos eventos esportivos femininos, mas também que comentaristas e narradores se portem da mesma forma como em partidas com times masculinos, comentando e descrevendo as questões táticas e técnicas do jogo, sem questionar ou discutir a aparência das jogadoras.

6 CONCLUSÃO

A partir do estudo desenvolvido, foi possível constatar a grande importância das diversas correntes feministas e a forma como cada uma delas se relacionou com o mundo do esporte ao longo das últimas décadas. A perspectiva interseccional mostra-se também bastante relevante, uma vez que dentro dos esportes não existe apenas uma divisão de gênero, mas também racial e econômica.

A análise dos dados provenientes dos estudos e notícias consultados permitiu contrastar numericamente a desigualdade de gênero no âmbito esportivo que ocorre ainda no século XXI. Essa disparidade é resultado de uma história machista e patriarcal, na qual as mulheres por muito tempo foram proibidas de praticar qualquer tipo de esporte. As medidas para reparação de tais proibições e tratamentos diferenciados são urgentes. Isto é, cabe tanto à

iniciativa privada quanto ao Estado uma postura ativa no que diz respeito à busca pela igualdade de gênero dentro do ambiente esportivo.

Apesar de algumas providências - como a tomada pela FIFA no ano de 2019 - estarem repercutindo de maneira positiva, é necessário que os clubes demonstrem um investimento real nas modalidades femininas, com o intuito de acarretar um bom desenvolvimento à carreira das suas atletas. Além disso, é importante que haja uma mudança na postura também da mídia, disseminando a transmissão também de partidas com times femininos para que chegue ao público esse conteúdo. Ainda, também se faz necessário que as atletas sejam levadas a sério e tratadas com profissionalismo, portanto, é inadmissível que comentaristas e narradores deixem de lado os comentários técnicos e táticos para tratar de questões físicas e da aparência das jogadoras.

Conclui-se, portanto, que ainda há um longo caminho a ser percorrido no campo da igualdade de gênero dentro dos esportes, que não diz respeito apenas a investimento financeiro e visibilidade às atletas, mas se trata principalmente de enxergá-las como profissionais, respeitando-as como ocorre com os atletas homens.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Mary Louise. Feminist politics and sport. *In*: BAIRNER, Alan; KELLY, John; LEE, Jung Woo. (ed.). **Routledge handbook of sport and politics.** London: Routledge, 2017. p. 115-125.

BANDY, Susan J. Estudos de gênero e esportes: uma perspectiva histórica. **Ponto Urbe – Revista do Núcleo de antropologia urbana da USP**, São Paulo, v. 29, p. 1-25, 2021. Disponível em: https://journals.openedition.org/pontourbe/11510#:~:text=O%20trabalho%20de%20Susan%20K,de%20g%C3%AAnero%20na%20cultura%20americana. Acesso em: 10 set. 2022.

BARRETO, João Pedro. Futebol feminino: primeiros passos após a obrigatoriedade. **Jornalismo Júnior**, São Paulo, 28 de set. de 2020. Disponível em: http://jornalismojunior.com.br/futebol-feminino-primeiros-passos-apos-a-obrigatoriedade/. Acesso em: 16 dez. 2020.

BILGE, Sirma. Parnoramas recentes do feminismo na interseccionalidade. **Revista Escritas do Tempo,** v. 2, n. 6, p. 236-256, out./dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.199, de 14 de abril de 1941**. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del3199.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Deliberação n. 7 do Conselho Nacional de Desportos**, de 02 de setembro de 1965. Disponível em: http://cev.org.br/biblioteca/deliberacao-n-7-2-agosto-1965/. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Recomendação n. 2 do Conselho Nacional de Desportos**, de 18 de março de 1986. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/3430545/pg-27-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-18-03-1986. Acesso em: 30 out. 2020.

BULLÉ, Jamille. Mulheres negras ainda são minoria em cargos de comendo no futebol feminino; Séria A1 não tem nenhuma treinadora negra. **Globo Esporte**, Rio de Janeiro, 20 de novembro 2020. Disponível em: https://globoesporte.globo.com/blogs/coisa-do-genero/post/2020/11/20/mulheres-negras-ainda-sao-minoria-em-cargos-de-comando-no-futebol-feminino-serie-a1-nao-tem-nenhuma-treinadora-negra.ghtml. Acesso em: 16 dez. 2020.

CANTENERAS, Carla. Vai ser feriado nos dias dos jogos do Brasil na Copa do Mundo de 2018?. **R7 Esportes**, São Paulo, 16 de maio de 2018. Disponível em: https://esportes.r7.com/copa-2018/vai-ser-feriado-nos-dias-dos-jogos-do-brasil-na-copa-do-mundo-de-2018-21052018. Acesso em: 26 dez. 2020.

COLLINS, Patricia Hill. **Black Feminist Thought**: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment. New York: Routledge, 2000.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, 1989, p. 139-167. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8. Acesso em: 12 nov. 2020.

CRENSHAW, Kimberle. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 1, n. 10, p. 171-188, jan./jun. 2002. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

DIAS DE JOGO DO BRASIL NA COPA NÃO SERÃO FERIADO, DIZ MINISTÉRIO DO TRABALHO. **iG São Paulo**, São Paulo, 24 de maio de 2018. Disponível em: https://esporte.ig.com.br/futebol/copa-do-mundo-2018/2018-05-24/brasil-feriados.html. Acesso em: 26 dez. 2020.

GEOVANA, Milena. A gritante diferença salarial entre mulheres e homens no futebol. **Alma Preta**, 20 de jun. de 2019. Disponível em: https://almapreta.com/editorias/o-quilombo/a-gritante-diferenca-salarial-entre-mulheres-e-homens-no-futebol. Acesso em: 23 nov. 2020.

GOVERNO DO ESTADO PLANEJA PROGRAMA DE INCENTIVO AO FUTEBOL FEMININO. **ASCOM SETRE**, Salvador, 27 de jun. de 2019. Disponível em: http://www.setre.ba.gov.br/2019/06/1946/Governo-do-Estado-planeja-programa-de-incentivo-ao-futebol-feminino-.html. Acesso em: 23 dez. 2020.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. Gênero, o que é isso?. **Psicologia Ciência e Profissão**, n. 15, p. 4-11, 1995. Disponível em: https://www.scielo.br/j/pcp/a/np6zGkghWLVbmLtdj3McywJ/?lang=pt. Acesso em: 06 set. 2022.

HENDERSON, Debra; TICKAMYER, Ann. The Intersection of Poverty Discourses: Race, Class, Culture and Gender. *In*: DILL, Bonnie Thornton; ZAMBRANA, Ruth Enid. (Eds.). **Emerging Intersections. Race, Class and Gender in Theory, Policy and Practice.** New Brunswick: Rutgers UP, 2009. p. 73-100.

HEYWOOD, Leslie; DWORKIN, Shari. **Built to Win**: the Female Athlete as Cultural Icon. Minneapolis: University of Minenesota Press, 2003.

HOOKS, Bell. **Feminist Theory**: From the Margin to the Center. Boston: South End Press, 1984.

JAEGER, Angelita Alice. Gênero, Mulheres e Esporte. **Movimento,** Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 199-210, jan./abr. 2006.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. São Paulo: Editora Cultrix, 2019.

MAGRI, Diogo. Da proibição à obrigação, o futebol feminino desafia os clubes brasileiros em 2019. **El País**, São Paulo, 13 de abr. de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/11/deportes/1555012178_170838.html#:~:text=Quarenta%20anos%20depois%20da%20permiss%C3%A3o,ao%20menos%20um%20campeonato%20oficial. Acesso em: 20 dez. 2020.

OLIVEIRA, Monique Crisitiane de *et al*. A Representatividade Feminina na Estrutura Organizacional dos Clubes de Futebol Brasileiros. In: USP INTERNATIONAL CONFERENCE IN, ACCOUNTING, 19., 2019, São Paulo. **Anais**[…] São Paulo: USP, 2019. Disponível em: https://congressousp.fipecafi.org/anais/19UspInternational/ArtigosDownload/1856.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

PAIVA, Vitor. Até que enfim: Globo vai transmitir jogos do Brasil na Copa feminina. **Hypeness**, São Paulo, 12 de dez. de 2018. Disponível em: https://www.hypeness.com.br/2018/12/ate-que-enfim-globo-vai-transmitir-jogos-do-brasil-na-copa-feminina/#:~:text=Um%20importante%20passo%2C%20no%20entanto,os%20jogos%20da%20Sele%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira. Acesso em: 26 dez. 2020.

PASSERO, Julia Gravena; BARREIRA, Júlia; TAMASHIRO, Lucas; SCAGLIA, Alcides José; GALATTI, Larissa Rafaela. Futebol de Mulheres Liderado por Homens: uma análise Longitudinal dos Cargos de Comissão Técnica e Arbitragem. **Movimento**, Porto Alegre, v. 26, e26060, 2020. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/Movimento/article/view/100575. Acesso em: 15 dez. 2020.

PRADO, Vagner Matias; NOGUEIRA, Alessandra Lo Gullo A. Transexualidade e esporte: o caso Tiffany Abreu em jogo. **Revista Eletrônica de Interações Sociais,** 2018. Disponível em: https://periodicos.furg.br/reis/article/view/8055. Acesso em: 08 set. 2022.

SANTOS, Doiara Silva dos; MEDEIROS, Ana Gabriela Alves. O futebol feminino no discurso televisivo. **Rev. Bras. Ciênc. Esporte**, v. 34, n. 1, p. 185-196, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbce/v34n1/v34n1a13.pdf. Acesso em: 26 dez. 2020.

SILVA, Maria Eduarda Aguiar da. A divisão no esporte deve ser separada por sexo ou gênero. **Revista Docência e Cibercultura,** Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 236-249, jan./abr. 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/re-doc/article/view/39707#:~:text=A%20DIVIS%C3%83O%20NO%20ESPORTE%20DEVE%20SER%20SEPARADA%20POR%20SEXO%20OU%20G%C3%8ANERO,-Maria%20Eduarda%20Aguiar&text=Neste%20trabalho%20s%C3%A3o%20apresentados%20argumentos,narrativa%2C%20evidenciando%20o%20protagonismo%20necess%C3%A1rio. Acesso em: 09 set. 2022.

STASIULIS, Daiva. Feminist intersectional theorizing, In: LI, Peter. (ed.). **Race and Ethnic Relations in Canada**. Toronto: Oxford UP, 1999. p. 347-397.

THOMSON, Anna; LEWIS, Aimee. Men get more prize money than women in 30% of sports. **BBC Sport**, 28 de out. de 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/sport/football/29744400. Acesso em: 23 nov. 2020.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

PROTEGER, TRANSFORMAR, EMANCIPAR: OS TRÊS PAPÉIS DA DEFENSORIA PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

PROTECT, TRANSFORM, EMANCIPATE: THE THREE ROLES OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN BRAZILIAN LAW

PROTEGER, TRANSFORMAR, EMANCIPAR: LAS TRES FUNCIONES DEL DEFENSORÍA PÚBLICA EN EL DERECHO BRASILEÑO

Alberto Luiz Hanemann Bastos[1]

RESUMO

Este artigo visa a explorar de que modo a Defensoria Pública cumpre a missão constitucional de defender os interesses dos cidadãos vulneráveis, a partir da análise dos múltiplos papéis exercidos pela instituição. Sustenta-se que, no direito brasileiro, a Defensoria Pública exerce três funções distintas: *proteger* os direitos dos cidadãos vulneráveis através do acompanhamento de suas ações individuais; *transformar* a realidade mediante o ajuizamento de ações coletivas; e *emancipar* o Direito do domínio exclusivo dos profissionais formados nas Faculdades de Direito. Com base em inferências de caráter indutivo, o estudo se subdivide em quatro etapas. Na primeira delas, explora-se de que modo a intervenção de defensores públicos em processos individuais viabiliza o acesso à justiça de cidadãos hipossuficientes e remedia as assimetrias econômicas e informacionais vislumbradas em litígios judiciais. Na segunda, expõe-se de que forma a Defensoria Pública pode empregar as ferramentas do processo coletivo para promover mudanças sociais amplas em prol de grupos vulneráveis. Na terceira, sugere-se que a Defensoria Pública, ao lado de outras instituições, também tem o objetivo de difundir o conhecimento jurídico perante a população, tornando-a capaz de reconhecer as lesões aos seus direitos. Por fim, na quarta etapa, serão expostas as conclusões logradas pela pesquisa.

Palavras-chave*:* Defensoria Pública; acesso à justiça; litigantes vulneráveis; Poder Judiciário.

ABSTRACT

This paper aims to outline how Public Defender's Office accomplish the constitutional mission of defending the rights of vulnerable citizens, considering the multiple roles of the institution. It argues that, in Brazilian Law, the Public Defende's Office performs three different functions: *protect* the rights of vulnerable citizens by legal representation of their individual actions; *transform*

1 Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-graduação em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisas em Trabalho Economia e Políticas Públicas – TRAEPP. E-mail: alberto.bastos.1997@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3091-093X.

reality through collective suits; and *emancipate* Law from the exclusive domain of professionals trained in Law Schools. Based on inductive inferences, the study is divided in four partes. In the first one, it explores how the intervention of public defenders in individual suits foster acess to justice for vulnerable citizens and also corrects economic and informational disparities in judicial disputes. In the second part, it exposes how Public Defender's Office can use the tools of class actions to promote broad social changes in favor of vulnerable classes. In the third, it suggests that Public Defender's Office, beside other institutions, also can disseminate legal knowledge to citizens, making them capable of recognizing the injuries to their rights. Finally, in the fourth stage, it exposes the conclusions of the research.

Keywords: Public Defender's Office; acess to justice; vulnerable plaintiffs; Judiciary

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo explorar cómo la Defensoría Pública cumple la misión constitucional de defender los intereses de los ciudadanos en situación de vulnerabilidad, a partir del análisis de los múltiplas funciones que desempeña la institución. Se argumenta que, en la legislación brasileña, la Defensoría Pública cumple tres funciones distintas: *proteger* los derechos de los ciudadanos vulnerables mediante representación judicial; *transformar* la realidad a través de la presentación de acciones colectivas; y *emancipar* el Derecho del dominio exclusivo de los profesionales formados en las Facultades de Derecho. Basado en inferencias inductivas, el estudio se divide en cuatro etapas. El primera explora cómo la intervención de defensores públicos en casos individuales permite el acceso a la justicia de ciudadanos desfavorecidos y remedia las asimetrías económicas e informativas que se observan en los litigios judiciales. En el segunda, se expone cómo la Defensoría Pública puede utilizar las herramientas del proceso colectivo para promover amplias modificaciones sociales a favor de los grupos vulnerables. En el tercera, se sugiere que la Defensoría Pública, junto con otras instituciones, también tenga como objetivo difundir el conocimiento jurídico a la población, haciéndola capaz de reconocer las lesiones a sus derechos. Finalmente, en la cuarta etapa, se expondrán las conclusiones a las que arribó la investigación.

Palabras clabe: Defensoría Pública; acceso a la justicia; litigantes vulnerables; Poder Judicial.

Data de submissão: 04/08/2022

Data de aceite: 06/12/2022

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

1 INTRODUÇÃO

Todos os países ao redor do globo se defrontam com preocupações ligadas ao acesso à justiça. Nas conhecidas pesquisas empreendidas pelo *Projeto Florença*, os pesquisadores Mauro Cappelletti e Bryanth Garth (1988, p. 15-29) diagnosticaram três principais fatores que obstaculizavam a reivindicação de direitos pela via judicial: os custos elevados para a instauração de processos; a inexistência de regras jurídicas adequadas para a tutela jurisdicional de interesses difusos; e a hipossuficiência financeira e informacional dos litigantes cujos direitos materiais são lesados.

Decerto, tais obstáculos tendem a ser mais agudos em países atravessados pela desigualdade social, na medida em que a insuficiência financeira desencoraja a propositura de demandas judiciais. Se um indivíduo não detém acesso aos recursos financeiros necessários para suprir as suas necessidades vitais, certamente não terá capital para custear um processo judicial. Se não detém acesso à educação, dificilmente conhecerá o conteúdo e a extensão de seus direitos para identificar as situações em que as suas prerrogativas jurídicas foram violadas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22-23).

Além disso, o rigor técnico e formal do discurso jurídico é um ingrediente que também pode dificultar o acesso à justiça. Lançando mão das consagradas meditações de Mirjan Damaška (1986, p. 23-28), assume-se que a interação da população com o Direito pode assumir duas conotações distintas. As tradições jurídicas radicadas no modelo anglo-saxão são grafadas por um *ideal de coordenação*, vez que as funções judiciárias tendem a ser ocupadas por cidadãos leigos e os critérios utilizados em suas decisões remontam a *standards* éticos, políticos e culturais compartilhados pela comunidade. Em contrapartida, Damaška (1986, p. 18-23) sugere que as tradições jurídicas romano-germânicas são inspiradas em um *ideal hierárquico*, de modo que cargos públicos são exercidos exclusivamente por cidadãos que detêm conhecimento jurídico especializado e chancelado pelas Faculdades de Direito.

Uma das características mais marcantes das tradições de *ideal hierárquico* consiste no afastamento dos juristas das necessidades que emergem da realidade social.[2] Nas palavras de Damaška (1986, p. 18, tradução nossa), os juristas entendem que "a sua prática é considerada uma província especial" e, "com o tempo, eles também desenvolvem um senso de identidade com os seus pares, traçando uma linha rígida entre sujeitos 'internos' e 'externos' ao Direito".

Num contexto dessa natureza, o Judiciário se torna um território praticamente intransitável para os cidadãos em situação de vulnerabilidade econômica. Por estarem excluídos da província especial do discurso jurídico e por carecerem do aporte financeiro necessário para contratar profissionais do Direito que representem os seus interesses em juízo, tais indivíduos remanescem à margem da tutela jurisdicional (RHODE, 2009, p. 871-877). Tem-se, então, um cenário no qual o volume de patrimônio é diretamente proporcional à efetividade do acesso à jurisdição.[3]

Todavia, se se parte da premissa de que o Direito tem por objetivo promover a igualdade e a justiça social, o sistema jurídico devem empenhar-se em remediar a distorção supramencionada. Ao invés de privilegiar os interesses daqueles que detêm poderio financeiro e informacional, a jurisdição deve alcançar todos aqueles que portam pretensões jurídicas legítimas, independentemente de sua posição social (FOLGER; SHEPPARD; BUTTRAM, 1995, p. 272).

Nesse contexto, as Defensorias Públicas postam-se como instituições fundamentais para a concretização desse desiderato, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988, em seu art. 134, vaticina que a Defensoria Pública se trata de instituição de funcionamento permanente, cuja manutenção é essencial para o regime democrático. No

2 Na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni (1995) apresenta argumento similar.

3 Não é sem razão que Marc Galanter (2014, p. 16, tradução nossa) intitulou um de seus ensaios mais conhecidos com a espirituosa expressão "*Quem tem sai na frente*". Durante as suas reflexões, o autor aponta que, "em razão das diferenças de magnitude [...] e das diferenças de recursos, alguns dos atores da sociedade têm várias oportunidades para utilizar os Tribunais (no seu sentido amplo) para formular pedidos (ou defender-se); outros fazem isso raramente".

plano infraconstitucional, o regime jurídico da Defensoria Pública encontra guarida na Lei Complementar nº 80/94, cujo art. 3º-A indica que a instituição é guiada pelos objetivos da primazia da dignidade humana, da redução das desigualdades sociais, da afirmação do Estado Democrático de Direito, da prevalência e efetividade dos direitos fundamentais e da garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Para concretizar esses objetivos, o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 apresenta um rol *exemplificativo* de atribuições acometidas à Defensoria Pública (MORAES, 1995, p. 24). Embora a instituição exerça tarefas de natureza variada, todas elas são norteadas por um mesmo ideal: assegurar aos cidadãos vulneráveis o pleno acesso aos direitos prometidos pela lei e pela Constituição. De acordo com Mariana Canotilho, *o conceito de vulnerabilidade* é essencialmente relacional, pois designa indivíduos e grupos que, para reivindicar os seus respectivos direitos, enfrentam dificuldades econômicas, políticas, sociais e/ou conjunturais que não se fazem presentes para os demais (CANOTILHO, 2022, p. 150-153).

Partindo das reflexões teóricas de Joaquín Herrera Flores (2009, p. 102-103), a vulnerabilidade será abordada neste estudo tendo em vista as suas possibilidades de manifestação concreta. Mais do que um conceito abstrato e com balizas pré-determinadas, entende-se a vulnerabilidade como uma condição que se manifesta nas *situações concretas* em que o cidadão se defronta com algum tipo de obstáculo que dificulta ou impede a reivindicação de seus respectivos direitos em juízo. A *condição de vulnerabilidade* engloba, por exemplo, os indivíduos que carecem de recursos financeiros para custear o ajuizamento de uma demanda; os cidadãos que, por se encontrarem num contexto de hipossuficiência informacional, não conseguem identificar possíveis lesões aos seus direitos; e os grupos cujas pautas não costumam encontrar espaço na arena política.

Nesse cenário, a Defensoria Pública se posta como uma importante instância de promoção dos direitos portados pelos cidadãos vulneráveis, na medida em que intermedia o seu contato com o Poder Judiciário. Ao assegurar

a assistência judiciária gratuita, a Defensoria Pública confere a todos os indivíduos a possibilidade de reivindicar os seus direitos em juízo, sem que as vulnerabilidades econômicas, pessoais, políticas e informacionais obstaculizem tal pretensão.

A partir do entrelaçamento da garantia do acesso à justiça com a especial proteção que deve ser conferida aos indivíduos e grupos vulneráveis, é possível assumir que Defensoria Pública exerce *três papéis* distintos. O primeiro consiste no acompanhamento de processos individuais de cidadãos hipossuficientes, resguardando os interesses daqueles que não possuem recursos para contratar advogados privados. O segundo consiste na propositura de demandas coletivas, com vistas a exortar o Judiciário a desencadear mudanças sociais em prol de grupos vulneráveis. E o terceiro consiste na difusão de conhecimento jurídico, a fim de que indivíduos e grupos vulneráveis adquiram a capacidade identificar possíveis lesões aos seus direitos e, assim, tenham a possibilidade encaminhar à Defensoria Pública as suas respectivas reivindicações individuais e coletivas.

Assim, este artigo tem por objetivo explorar as nuances de cada um desses três papéis exercidos pela Defensoria Pública brasileira, enfatizando a sua contribuição para a promoção do acesso à justiça.

Com esteio em inferências de caráter indutivo, oriundas de levantamento bibliográfico, o presente estudo se subdividirá em quatro etapas. A primeira expõe os contornos da função habitual da Defensoria Pública, concernente à proteção dos interesses jurídicos dos indivíduos vulneráveis mediante ações judiciais individuais. A segunda sustenta que a Defensoria Pública se trata de uma entidade que, através das ações judiciais coletivas, detém a aptidão de promover transformações sociais em prol dos cidadãos hipossuficientes. A terceira etapa sugere que a Defensoria Pública também tem a função de promover a disseminação do conhecimento jurídico perante a população, a fim emancipar o Direito do domínio exclusivo dos profissionais ligados à área jurídica. Por fim, a quarta expõe as conclusões da pesquisa.

2 O PRIMEIRO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA: PROTEGER OS DIREITOS DOS CIDADÃOS VULNERÁVEIS MEDIANTE AÇÕES INDIVIDUAIS

A Defensoria Pública brasileira é legatária de modelos de assistência judiciária gratuita formulados nos idos da década de 60, que se propunham a fornecer aos serviços jurídicos prestados "por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40). Trata-se da tradição nomeada de *salaried staff model* (LIMA, 2012, p. 57-58).

Através do fornecimento de serviços gratuitos, cujos custos são diluídos no orçamento estatal, a Defensoria Pública abarca grupos que a advocacia privada não consegue alcançar, propiciando aos cidadãos hipossuficientes acesso à justiça idêntico àquele usufruído pelos afortunados. Se os custos inerentes à contratação da advocacia privada impedem os cidadãos com baixos ganhos financeiros de reivindicar os seus direitos em juízo, a gratuidade dos serviços da Defensoria Pública os estimula a se insurgir contra as lesões às suas prerrogativas jurídicas (SILVA, 2017, p. 211-217). No ordenamento jurídico brasileiro, essa incumbência pode ser extraída de diversas passagens da Lei Complementar nº 80/94, a exemplo dos incisos I, IV, V, VII, IX, X, XI, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94.

A Defensoria Pública se posiciona como uma instância que viabiliza o exercício do direito de ação do litigante vulnerável, retirando-o do ponto de inércia no qual suportaria irresignado a lesão ao seu direito. Para subsidiar o ajuizamento de demandas por parte dos cidadãos vulneráveis, a Defensoria Pública os representa em todos os atos ligados à atividade postulatória (formulação da petição inicial, contestação de demandas, interposição de recursos e representação em audiência) (SILVA; ESTEVES, 2018, p. 180-181).

A presença Defensoria Pública também visa a remediar as assimetrias materiais, econômicas e informacionais que costumam se revelar nos processos judiciais movidos por litigantes vulneráveis. Não raro, a hipossuficiência econômica e informacional do litigante atribula o exercício de

uma série de prerrogativas processuais, comprometendo o seu desempenho no litígio.[4] Diante desse cenário, litigantes hipersuficientes podem se valer das vulnerabilidades da parte opositora como mecanismo de maximização de seus ganhos.

Pense-se, por exemplo, numa demanda cujo autor está desempregado e desprovido de aporte financeiro para a satisfação de necessidades básicas. Ao se dar conta dessa circunstância, o litigante situado no outro polo do processo possui ampla margem para manipular o processo de autocomposição, incitando a parte vulnerável a aderir a uma proposta de acordo prejudicial aos seus interesses (TARUFFO, 2017, p. 32). Caso aguarde a instrução do processo e a prolação da sentença, o litigante vulnerável corre o risco de perecer frente ao emaranhado de contingências que assolam o seu bem-estar, motivo pelo qual, para usufruir imediatamente do bem jurídico almejado, sente-se obrigado aceitar a proposta de acordo, ainda que a monta nela proposta seja muito inferior àquela que lhe era efetivamente devida. A vulnerabilidade ocasiona nítidas desvantagens no processo de autocomposição, ensejando o prevalecimento da parte que ostenta maior poderio econômico, ao invés da parte que ostenta uma pretensão legítima (FISS, 1984, p. 1.076-1.077).

Do mesmo modo, as vulnerabilidades econômicas também prejudicam a captação de provas sobre a dinâmica dos fatos litigiosos. Por terem dificuldade de lidar com as nuances burocráticas do Direito, os cidadãos necessitam da orientação de profissionais do universo jurídico para saber quais meios de prova serão mais idôneos para demonstrar os fatos que lhes interessam. Normalmente, é o profissional do Direito que informará a parte sobre a necessidade de se contratar um assistente técnico para lhe acompanhar durante a perícia judicial; que lhe apontará os indivíduos mais aptos a figurar como testemunhas; e que lhe alertará sobre a existência de fatos que somente podem ser comprovados por um documento em específico – como a doação de

4 A temática das vulnerabilidades processuais é avaliada com profundidade pela doutrina de Fernanda Tartuce, que conceitua o fenômeno como “a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório” (TARTUCE, 2012, p. 184).

imóvel, cuja comprovação depende da apresentação de escritura pública ou de instrumento particular (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 124).

Nessa intrincada dinâmica, partes economicamente privilegiadas tendem a atingir uma performance probatória mais eficaz do que os litigantes vulneráveis, pois, enquanto estes enfrentam severas dificuldades para obter as informações pertinentes para a dedução de sua pretensão, aquelas contratam escritórios de advocacia especializados na área jurídica discutida e dotados de um corpo de funcionários capaz de analisar os múltiplos detalhes do caso (GALANTER, 2014, p. 31-32).

Assim, a atuação da Defensoria Pública evita que os interesses dos litigantes hipossuficientes sejam cooptados pela atuação de litigantes hipersuficientes. Com o defensor público ao seu lado, a parte hipossuficiente passa a ostentar a mesma capacidade de traçar estratégias eficientes durante a sua atuação processual (LIMA, 2012, p. 71-72).

Ao invés de um cenário em que somente a parte com poderio financeiro é capaz otimizar a sua performance argumentativa e probatória, tem-se uma disputa equilibrada, na qual ambas as partes detêm chances equivalentes para lograr êxito na demanda. Traçando uma analogia com as reflexões de Susana Henriques Costa (2016, p. 57) sobre as nuances da litigância no âmbito coletivo, a Defensoria Pública tem a capacidade de transmutar um ambiente processual assimétrico numa “luta entre entes de igual envergadura”.

Portanto, uma das atribuições mais relevantes da Defensoria Pública é a de dar início às demandas individuais e conduzi-las de modo eficiente, viabilizando o acesso dos grupos vulneráveis aos seus respectivos direitos individuais.

3 O SEGUNDO PAPEL: TRANSFORMAR A REALIDADE ATRAVÉS DE AÇÕES COLETIVAS

Em sociedades marcadas pela desigualdade econômica, as deliberações públicas costumam estar eivadas de “pontos-cegos”.[5] As posições

5 A expressão provém da doutrina de Rosalin Dixon, a qual sugere que o Poder Legislativo possui “pontos cegos de perspectiva” (“*blind spots of perspective*”). Segundo Rosalind Dixon

de maior destaque no parlamento e no Poder Executivo tendem a ser ocupadas por sujeitos que carregam consigo pautas compromissadas com os ideais de grupos que detêm elevado poderio econômico, eis que são estes que subvencionam, direta e indiretamente, as candidaturas lançadas na esfera política.[6] Ademais, as classes que exercem influência nas tratativas que precedem a promulgação de uma lei ou a elaboração de uma política pública, em regra, coincidem com aquelas que exercem o domínio econômico (OLIVEIRA, 1985, p. 80).

Em certa medida, esses fatores desencadeiam uma espécie de distorção dos cânones democráticos que orientam as funções Executiva e Legislativa, vez que, ao invés de conferir a todos os cidadãos a capacidade de influir nos rumos das deliberações públicas, elas excluem as vozes de grupos que não ostentam poderio econômico, financeiro ou político (MICHELMAN, 1979, p. 674-675).

Assim, não raro, o processo de elaboração de leis e de políticas públicas tende a não contemplar os interesses de grupos vulneráveis. Owen Fiss (1978, p. 89-90) cita o exemplo da comunidade negra estadunidense de meados das décadas de 60 e 70, a qual, após não conseguir galgar espaço no parlamento, utilizou a via judicial para dar início ao combate de leis de cunho racista. No contexto brasileiro, pode-se traçar um paralelo com a promulgação do art. 27, § 1º, da Emenda Constitucional nº 103/19, cujo teor limitou subitamente o valor do benefício de auxílio-reclusão ao importe de 1 (um) salário-mínimo, sem se atentar para as reivindicações dos segurados da Previdência Social que são recolhidos à prisão (SIQUEIRA; SERAU JUNIOR, 2018).

Em razão dos empecilhos enfrentados para que as suas reivindicações galguem espaço nos âmbitos Executivo e Legislativo, grupos vulneráveis vislumbram o Judiciário como o único caminho viável para que as suas pautas tenham algum tipo de amparo pelo poder público. Como bem ressalta Malcolm

(2007, p. 402, tradução nossa), "os legisladores podem deixar de antever o impacto das leis nos direitos porque eles não apreciam adequadamente a perspectiva dos direitos de cidadãos com experiências de vida e pontos de vida muito distintos dos seus".

6 Conforme relata Bruno Reis (2020), embora haja fundadas tentativas legais de se controlar a cooptação da disputa eleitoral pelos interesses do mercado econômico, a prática de "financiamento de campanhas" ainda ecoa no Direito brasileiro.

Langford (2009, p. 35, tradução nossa), o Judiciário é capaz de "trazer informações para arena pública que não costumam ser disponibilizadas para o legislativo – violações concretas de direitos, especialmente de grupos marginalizados".

E, para tanto, a aposta reside nas ações coletivas. A Ação Civil Pública e as demais ferramentas processuais de atuação molecular postam-se como mecanismos capazes de ensejar mudanças sociais amplas em prol de grupos vulneráveis (SOUSA, 2015, p. 489-495). Direitos e políticas públicas que não são devidamente implementados pelas vias ordinárias são conduzidos ao debate público por intermédio de ações coletivas, uma vez que a jurisdição não poderá se furtar da análise da pretensão movida pelo grupo, sob pena de desvirtuar o princípio da inafastabilidade da jurisdição e as funções que lhes são atribuídas pela Constituição (ARENHART, 2020).

Basta pensar nas inúmeras situações de violação de direitos fundamentais que, depois de terem sido deflagradas no Judiciário, deram início a um amplo ciclo de reformas sociais e institucionais. Decerto, os exemplos mais conhecidas da jurisprudência estadunidense se tratam dos casos *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Holt v. Sarver*, durante os quais a Suprema Corte enveredou esforços para desmantelar o racismo presente no sistema educacional e as condições degradantes dos sistemas prisionais, respectivamente.[7] No Brasil, um dos exemplos mais representativos consiste na ADPF nº 347/DF, que pretendia conclamar o Supremo Tribunal Federal a sanar o Estado de Coisas Inconstitucional constatado no sistema carcerário, marcado pela ampla e reiterada violação aos direitos fundamentais dos detentos (CAMPOS, 2019, p. 205-302).

Deste ponto irrompe o segundo papel da Defensoria Pública: transformar a realidade através da propositura de ações coletivas. Em virtude de o art. 4º, incisos VII, VIII, X e XI da Lei Complementar nº 80/94 conferir à Defensoria Pública o dever de resguardar os direitos coletivos dos cidadãos necessitados

7 Na doutrina de Charles Sabel e William Simon (2004, p. 1.022-1.043), é possível localizar amplo e aprofundado levantamento das reformas judiciais empreendidas em estabelecimentos escolares e prisionais.

e de a Lei 11.448/07 lhe atribuir legitimidade *ad causam* para a propositura da Ação Civil Pública (ARENHART; OSNA, 2019, p. 270), é lícito assumir que a instituição arroga a função de propor ações judiciais que, para além de proteger os interesses de litigantes individualmente considerados, são capazes de ensejar mudanças sociais cujos efeitos alcançam uma ampla gama de pessoas em situações de vulnerabilidade.

É que, embora sejam de suma importância para o exercício da cidadania, as ações individuais possuem eficácia restrita, beneficiando apenas os indivíduos que superam duas barreiras informacionais: a percepção de que um de seus direitos foi violado e o conhecimento dos mecanismos institucionais disponibilizados para a remediação da lesão sofrida.[8] De outra banda, ações coletivas que se propõem a redefinir o funcionamento de uma instituição ou de uma política pública são capazes de beneficiar um amplo grupo de indivíduos (LANDAU, 2004, p. 224-225).

Ao analisar a atuação da Defensoria Pública das chamadas revistas vexatórias, José Garcia Augusto de Sousa apresenta interessante exemplo em que a Defensoria Pública lançou mão das ferramentas do processo coletivo para tutelar direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Com o objetivo de dar fim às práticas de inspeção que obrigavam os visitantes de estabelecimentos prisionais se submeter a inúmeros tipos de constrangimento, a Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro propôs Ação Civil Pública que desencadeou efeitos tanto na via judiciária, quanto na via legislativa:

> Neste ano (2015), ação civil pública da Defensoria Pública do Rio de Janeiro conseguiu, em sede de agravo de instrumento, a proibição da "revista íntima vexatória nos visitantes dos presídios e casas de detenção do Estado", sob pena de multa de R$ 10.000,00 por dia de descumprimento. [...]
> Concomitantemente a esse julgado, foi editada, também no Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 7.010, de 25 de maio de 2015, coibindo a revista vexatória no âmbito estadual (seguindo assim o exemplo de vários outros Estados brasileiros) (SOUSA, 2015, p. 492-493).

8 Trata-se daquilo que William Ferlstiner, Richard Abel e Austin Sarat (1980, p. 635-636) chamam de capacidade para *nomear* (*naming*) e *reivindicar* (*claiming*) direitos. O tema será retomado no próximo tópico.

Caso a Defensoria Pública houvesse se limitado a mover ações individuais com pedidos de indenização em face dos danos morais causados às vítimas de revistas vexatórias, as prisões reincidiriam em tais práticas em ocasiões futuras, na medida em que não seriam atingidas por sanções suficientemente abrangentes para estimular a modificação de seus arranjos institucionais. Ao fim, foi o emprego das ações coletivas que permitiu que os esforços da Defensoria Pública abarcassem não somente as pessoas que se valeram diretamente de seus serviços, mas também toda a classe de indivíduos com o potencial de se inserir em situação análoga.

Para além do combate às revistas vexatórias, outras reformas institucionais podem ser visualizadas no horizonte da Defensoria Pública: reformulação de políticas habitacionais; reorganização de medidas de saneamento básico; otimização de serviços de atendimento médico; e realocação de recursos destinados às instituições escolares, a fim de que um maior número de crianças e jovens possam usufruir de seu direito fundamental à educação.[9]

Portanto, ao alçar a Defensoria Pública ao rol de legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, o ordenamento jurídico brasileiro atribuiu-lhe o papel de promover transformações sociais. Através da via coletiva, a Defensoria Pública detém a capacidade de levar às Cortes os pleitos dos grupos em situação de vulnerabilidade, instando-as a exortar o Executivo e o Legislativo a tomarem providências em favor das classes cujos interesses costumam ser olvidados na arena política.

4. O TERCEIRO PAPEL: EMANCIPAR O DIREITO E ESTIMULAR OS CIDADÃOS A PARTICIPAR DO DEBATE PÚBLICO

Cumpre acrescentar, por fim, que a Defensoria Pública também ostenta a capacidade institucional de emancipar o Direito do domínio exclusivo dos

9 Este último ponto foi objeto dos estudos de Susana Henriques Costa (2016), que se dedicou à análise de ações coletivas voltadas à ampliação de vagas de creches e pré-escolas do município de São Paulo.

juristas, disseminando aos cidadãos os conhecimentos necessários à interpretação e aplicação do discurso jurídico.

De fato, a Constituição de 1988 e a Lei Complementar n° 80/94 fazem expressa alusão a essa função institucional. Ao indicar que a Defensoria Pública detém a incumbência de fornecer "orientação jurídica", o art. 134, *caput*, da Constituição confere às defensoras e aos defensores públicos a missão de tornar os cidadãos cônscios de seus respectivos direitos individuais e coletivos. Por sua vez, o art. 4º, inciso IV, da Lei Complementar n° 80/94 inclui no rol de funções institucionais da Defensoria Pública a incumbência de promover a conscientização e difusão dos direitos humanos e do ordenamento jurídico.

Como já exposto, tradições jurídicas inspiradas no *ideal hierárquico* tendem a desencadear o isolamento da comunidade jurídica dos demais grupos sociais (DAMAŠKA, 1986, p. 18). Quer pela linguagem formal, quer pelo excesso de conceitos técnicos, a manipulação da Constituição, das leis e das demais fontes jurídicas tende a ser visualizada como apanágio exclusivo dos juristas formados nas Faculdades de Direito.

Conforme explica Luis Alberto Warat (1995, p. 57-60), tal dinâmica transforma o Direito num instrumento de sujeição e de dominação dos cidadãos, tendo em vista que, sem conhecer os elementos discursivos que amparam o sistema jurídico, eles não conseguem questionar a legitimidade, tampouco a coerência, das ordens que lhes são impingidas. Ao trazer consigo um discurso técnico que exclui parcela significativa dos cidadãos de sua alçada, o sistema jurídico dificulta a reivindicação de pretensões pela via judicial.

Trilhando o raciocínio de William Felstiner, Richard Abel e Austin Sarat (1980, p. 635-636), constata-se que a implementação de direitos pela via judicial pressupõe o domínio de, ao menos, três processos distintos: primeiro, a nomeação de direitos (etapa que os autores designam por "*naming*"); segundo, a imputação de responsabilidade pela lesão jurídica suportada (etapa que

denominam de “*blaming*”); e, terceiro, a reivindicação de reparação da lesão pelas vias institucionais cabíveis (etapa que alcunham de “*claiming*”).

Antes de cogitar o acionamento da jurisdição, é necessário que o indivíduo conheça o conteúdo e a extensão de seus próprios direitos. Noutros termos, é preciso que saiba reconhecer, dentro do emaranhado de fatos sociais que rodeiam o seu cotidiano, quais circunstâncias geram direitos passíveis de tutela. A título de exemplo, Felstiner, Abel e Sarat (1980, p. 634-635) fazem alusão à situação dos trabalhadores que manipulavam amianto durante o seu expediente laboral: durante um longo período histórico, tais sujeitos acreditavam que o adoecimento gerado pelo contato com o minério se tratava de uma espécie de efeito natural do desgaste gerado pelo exercício da profissão; foi somente após tomarem consciência do direito ao ambiente de trabalho seguro e da viabilidade jurídica de pedidos de indenização que passaram a reconhecer que o adoecimento desencadeado pelo amianto desembocava numa pretensão juridicamente exigível. Quadro similar pode ser vislumbrado no caso de indivíduos que, por desconhecerem as nuances da regulamentação do direito dos contratos, não identificam a possibilidade de anular contratos abusivos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23). O mesmo processo de dificuldade de nomeação de direitos também se manifesta nos indivíduos que, ao invés de encarar incidentes de assédio moral no trabalho como uma lesão às suas garantias jurídicas, enxergam os danos psicológicos dele decorrentes como uma espécie de aversão natural ao trabalho.

Além disso, para que usufruam de seus direitos, é necessário que os indivíduos saibam atribuir responsabilidade pelas lesões sofridas. Danos e lesões somente tornam-se passíveis de reparação jurídica caso o cidadão consiga definir qual a pessoa física ou jurídica que deve ocupar o polo passivo da demanda. Pouco adiantará, por exemplo, um indivíduo saber que os arts. 204 e 205 da Constituição Federal lhe asseguram o direito à assistência social caso não saiba qual a entidade governamental que deverá ser exortada a suprir as suas necessidades.

E, por fim, o gozo de direitos pressupõe o conhecimento das diligências e dos procedimentos que devem ser executados para que a pretensão seja avaliada pelo Judiciário. Mais do que saber que o seu direito foi violado e qual a entidade responsável pela cominação da lesão sofrida, o cidadão deve conhecer qual via procedimental deve ser empregada para que a questão seja corretamente endereçada à jurisdição. Isso porque as nuances do caso concreto são definitivas para definir o juízo competente, o tipo de procedimento utilizado e as técnicas de execução do título judicial – por exemplo, causas cujo valor reflete monta inferior a 40 (quarenta) salários-mínimos devem ser encaminhadas aos Juizados Especiais Estaduais, controvérsias cuja resolução pressupõe a realização de perícia ou a oitiva de testemunhas não podem ser deflagradas pela via do mandado de segurança e discussões de cunho possessório devem observar as condições específicas dos arts. 554 a 598 do CPC.

Quando o discurso jurídico permanece adstrito aos juristas formados nas Faculdades de Direito, tem-se um quadro em que, para a maioria da população, “experiências não são percebidas como antijurídicas; percepções não se transformam em queixas; queixas são expostas para pessoas íntimas, mas não para a pessoa considerada responsável” (FELSTINER; ABEL; SARAT, 1980, p. 636, tradução nossa).

Isso significa que a promoção do acesso à justiça não se esgota com a remoção dos obstáculos econômicos que impedem os litigantes vulneráveis de remeterem as suas pretensões ao poder Judiciário. Embora a gratuidade da justiça e a assistência judiciária gratuita sejam políticas indispensáveis para que os cidadãos hipossuficientes tenham acesso à jurisdição, medidas de disseminação do conhecimento jurídico são igualmente relevantes para a consecução de tal desiderato (FELSTINER; ABEL; SARAT, 1980, p. 636-637). É por isso que Marc Galanter (2010, p. 124) sugere que o acesso à justiça é fluido, na medida em que os seus movimentos de expansão e de retração estão inegavelmente relacionados com o número de indivíduos que têm ciência

de quais são os seus direitos, de como imputar responsabilidade pela lesão sofrida e de que forma reivindicar a sua reparação na via judicial.

Desse modo, a função de defesa e de promoção dos interesses dos necessitados – atribuída à Defensoria Pública pelo art. 134 da Constituição – também engloba o exercício de práticas de conscientização dos cidadãos vulneráveis sobre o conteúdo e a extensão de seus direitos. Em ensaio dedicado à exposição das nuances da advocacia voltada às pessoas que integram grupos vulneráveis, Stephen Wexler aponta que uma das funções mais relevantes do causídico é a de difundir o conhecimento jurídico para tal público, a fim de que os seus clientes se tornem capazes de reconhecer as ilegalidades cometidas no cotidiano. Apesar de se referir às particularidades do contexto estadunidense, a lição do autor também pode ser aplicada, com as devidas adaptações, à realidade brasileira:

> Os critérios de sucesso para um advogado de pessoas hipossuficientes consistem na capacidade de reconhecer as coisas que os seus clientes conseguem fazer com a sua ajuda e no quão bem ele consegue ensiná-los a fazer mais. [...] é melhor para as pessoas pobres adquirir novas habilidades do que novas dependências. [...] Por fim, a lei deve ser desmistificada para todos os leigos, especialmente para os mais vulneráveis. [...] os advogados são ensinados a acreditar, e são submetidos a um investimento de três anos nessa crença, que aquilo que aprenderam na faculdade de Direito é difícil e que eles são, de alguma forma, especiais por tê-lo aprendido. É difícil para um advogado se comprometer a acreditar que pessoas leigas podem aprender, mas até que acredite nisso, ele irá criar uma relação de dependência, ao invés de fortalecê-las. (WEXLER, 1970, p. 1.055, tradução nossa)

Decerto, a concretização do acesso à justiça depende da instituição de uma Defensoria Pública capaz de atender as pretensões dos cidadãos vulneráveis e, também, da construção de medidas eficientes de difusão do conhecimento jurídico perante a população.

E esse papel tem sido desempenhado com esmero pelas Defensorias Públicas brasileiras. A título meramente ilustrativo, pode-se mencionar os cursos gratuitos fornecidos pela Defensoria Pública do Estado do Paraná às comunidades tradicionais dos estados de Santa Catarina, do Paraná e do Rio Grande do Sul (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ, 2016); o projeto “Defensoria Até Você” da Defensoria Pública do estado de Mato

Grosso, o qual contempla, dentre outros objetivos, a elaboração de palestras de conteúdo jurídico à população (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO, 2015); e a iniciativa de defensoras e defensores públicos de proferir palestras em escolas de educação básica sobre temas pertinentes à realidade de jovens estudantes (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Tornar o Direito mais inclusivo e emancipá-lo do domínio exclusivo dos juristas iniciados nas Faculdades de Direito é tarefa essencial para a proteção dos interesses dos cidadãos hipossuficientes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Defensoria Pública se trata um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, porquanto permite que a tutela jurisdicional alcance de modo isonômico todos os cidadãos. Reconhecer os papéis exercidos pela instituição e as suas respectivas atribuições significa compreender, ao fim, os próprios cânones da democracia e dos direitos fundamentais.

Ao longo deste artigo, constatou-se que a Defensoria Pública brasileira contribui para a expansão do acesso à justiça, mediante o exercício de três papéis distintos. O primeiro deles consiste em *proteger* os direitos dos cidadãos hipossuficientes, que se perfectibiliza no momento em que a Defensoria Pública representa os seus interesses em juízo e, assim, torna o seu desempenho processual tão eficiente quanto o dos litigantes que detêm poderio econômico. O segundo, por sua vez, é o de *transformar* a realidade social através de ações coletivas que tragam benefícios para grupos em situação de vulnerabilidade. E o terceiro, por fim, consiste na *emancipação* do discurso jurídico do domínio exclusivo dos profissionais formados nas Faculdades de Direito.

Através do desempenho dessas três missões, a Defensoria Pública gradativamente consolida os objetivos premeditados pelo art. 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. O papel do Judiciário na implementação de direitos fundamentais – homenagem ao Min. Luiz Edson Fachin. *In*: VITORELI, Edilson *et al.* **Coletivização e unidade do direito**. Londrina: Toth, 2020. v. 2. p. 641-658.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CANOTILHO, Mariana. A vulnerabilidade como conceito constitucional: Um elemento para a construção de um constitucionalismo comum. **Oñati Socio-Legal Series**, Oñati, v. 12, n. 1, p. 138-163, fev., 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Susana Henriques. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre a creche e pré-escola do município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 38-68, maio/ago., 2016.

DAMAŠKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO. **"Defensoria Até Você" ensina cidadania a crianças do bairro Jardim da Vitória**. Cuiabá, 10 set. 2015. Disponível em: http://www3.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/10351-defensoria-ate-voce-ensina-cidadania-a-criancas-do-bairro-jardim-vitoria. Acesso em: 02 ago. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **Curso ensina a povos tradicionais sobre seus próprios direitos**. Curitiba, 17 mar. 2016. Disponível em: https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Curso-ensina-povos-tradicionais-sobre-seus-proprios-direitos. Acesso em: 02 ago. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Defensoria Pública fala sobre direitos e deveres dos estudantes**. Porto Alegre, 08 ago. 2020. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/defensora-publica-fala-sobre-direitos-e-deveres-a-estudantes. Acesso em: 02 ago. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão,

precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming: Blaming, Claiming. **Law & Society Review**, v. 15, n. 3, p. 631-654, 1980.

FISS, Owen. **The Civil Rights Injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. Against settlement. **The Yale Law Journal**, Yale, v. 93, n. 6, p. 1.073-1.090, maio, 1984.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOLGER, Robert; SHEPPARD, Blair H.; BUTTRAM, Robert T. Equity, Equality and Need: Three Faces of Social Justice. *In*: BUNKER, Barbara Benedict; RUBIN, Jeffrey Z. **Conflict, cooperation, and justice**: essas inspired by the work of Morton Deutsh. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1995. p. 261-289.

GALANTER, Marc. Acess to justice in a world of expanding social capability. **Fordham Urban Law Journal**, New York, v. 37, n. 1, p. 115-128, 2010.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead. *In*: GALANTER, Marc. **Why the Haves Come Out Ahead**: the classic essay and new observations. New Orleans: Quid Pro Books, 2014, p. 15-75.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 53, n. 1, p. 189-247, 2012.

LANGFORD, Malcolm. The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. *In*: LANGFORD, Malcolm (ed.). **Social Rights Jurisprudence**: Emergind Trends in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, v. 3. p. 1-45.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria pública**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutelas Diferenciadas e Realidade Social. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições alternativas de direito processual**. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 132-143.

MICHELMAN, Frank I. Welfare Rights in a Constitutional Democracy. **Washington University Law Quarterly**, Washington, v. 1.979, n. 3, p. 659-693, 1979.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da defensoria pública**: Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 33, p. 79-85, mar., 1985.

REIS, Bruno P. W. Financiamento de campanhas no debate da reforma politica: do relatório caiado ao mercado de financiamento. *In*: SANTANO, Ana Claudia; SILVEIRA, Maria de Paula. **Proposições para o Congresso Nacional**: reforma política. Brasília, DF: Transparência Eleitoral, 2020. p. 31-41.

RHODE, Deborah L. Whatever Happened to Acess to Justice. **Loyola of Los Angeles Law Review**, Los Angeles, v. 42, p. 869-912, 2009.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public law succeds. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A representação processual e a atuação da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. *In*: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). **CPC/2015**: Perspectiva da Defensoria Pública. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 179-191.

SILVA, Paulo Henrique Gurjão da. O conteúdo jurídico da dignidade humana e sua efetivação a partir da atuação da Defensoria Pública na defesa dos grupos sociais vulneráveis. *In*: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de (org.). **Defensoria pública, democracia e processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 197-218.

SIQUEIRA, Tiago Adami; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Auxílio-reclusão em tempos de cultura do medo. **JURIS – Revista da Faculdade de Direito**, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 181-201, ago., 2018.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos – e responsabilidades – para uma instituição enfim essencial. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5. p. 469-526.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. Uma alternativa às alternativas: modelos de resolução de conflitos. Tradução: Marco Félix Jobim. *In*: TARUFFO, Michele; RIBEIRO, Darci Guimarães (org.). **Ensaios sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 28-43.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: epistemologia jurídica da modernidade. Tradução: José Luiz Bolzan. Porto Alegre: Fabris, 1995, v. 2.

WEXLER, Stephen. Practicing law for poor people. **The Yale Law Journal**, Yale, v. 79, n. 6, p. 1049-1067, maio, 1970.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

HART E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: O PAPEL DA FILOSOFIA ANALÍTICA E DOS PRINCÍPIOS EM SUA TEORIA

HART AND JUDICIAL DISCRETION: THE ROLE OF ANALYTICAL PHILOSOPHY AND PRINCIPLES IN HIS THEORY

HART Y LA DISCRECIÓN JUDICIAL: EL PAPEL DE LA FILOSOFÍA Y LOS PRINCIPIOS ANALÍTICOS EN SU TEORÍA

Alexandre Brandão Rodrigues[1]

RESUMO

Procura-se, primeiramente, estudar as principais influências filosóficas na teoria de Herbert Hart para melhor entender a sua concepção de Direito. E, assim, compreender qual o papel dos princípios na sua teoria e qual a solução que ele apresenta para a resolução dos casos difíceis (hard cases). Desta forma, o problema pode se dividido da seguinte forma: Quais são as bases filosóficas da teoria de Hart e quais são as principais características da sua teoria? E, qual é a solução da teoria de Hard para a resolução dos casos difíceis (hard cases)? Como resultado, temos que Hart foi influenciado pela filosofia analítica e pela hermenêutica e a sua teoria estabelece um sistema integrado de regras primárias e secundárias e seus critérios de validade, que explica de maneira adequada o funcionamento do sistema jurídico nos casos em que as regras são claras. Agora, quando as regras são abertas, a teoria de Hart deixa a desejar, pois entende que a solução deve ser tomada de forma discricionária pelo julgador. Os princípios, para Hart, atuam como meros princípios gerais do ordenamento jurídico, mais não tem um caráter deontológico como categoria normativa.

Palavras-chave*:* Filosofia e positivismo analítico. Discricionariedade. Princípios.

ABSTRACT

Initially, this paper aims to analyze the main philosophical influences on Herbert Hart's theory, to better understand his view on Law and, by doing so, to

1 Bacharel em Ciências Militares pela APM/RS (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestre em Direito pela UNISC (2018). Ex-Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos da Defensoria Pública do RS. E-mail: alexandre@defensoria.rs.def.br

understand the role that principles play in his theory, and which solution he presents for the resolution of hard cases. As a result of this analysis, we come to the conclusion that Hart was influenced by analytical philosophy, and by hermeneutics, and his theory establishes a system of primary and secondary rules and the criterion for their validity, which adequately explains the workings of the legal system regarding the cases in which the rules are clear. However, when the rules are “open”, Hart's theory leaves something to be desired, for it proposes that the solution should be made in a discretionary way by the judge. Principles, for Hart, act as mere general principles of the legal system, and do not have a deontological character as a normative category.

Keywords: Philosophy and analytical positivism. Discretion. Principles.

RESUMEN

En primer lugar, se busca estudiar las principales influencias filosóficas en la teoría de Herbert Hart para comprender mejor su concepción del Derecho. Y, así, comprender el papel de los principios en su teoría y qué solución presenta para la resolución de casos difíciles. De esta forma, el problema se puede dividir de la siguiente manera: ¿Cuáles son las bases filosóficas de la teoría de Hart y cuáles son los rasgos principales de su teoría? Y, ¿cuál es la solución de la teoría de Hard para resolver casos difíciles? Como resultado, tenemos que Hart fue influenciado por la filosofía analítica y la hermenéutica y su teoría establece un sistema integrado de reglas primarias y secundarias y sus criterios de validez, lo que explica adecuadamente el funcionamiento del sistema jurídico en los casos en que las reglas son claras. Ahora bien, cuando las reglas están abiertas, la teoría de Hart deja mucho que desear, pues entiende que la solución debe ser tomada de manera discrecional por el juez. Los principios, para Hart, actúan como meros principios generales del ordenamiento jurídico, pero no tienen carácter deontológico como categoría normativa.

Palabras clabe: Filosofía y positivismo analítico. Discreción. Principios.

Data de submissão: 17/11/2022

Data de aceite: 06/12/2022

1 INTRODUÇÃO

Herbert Hart, sem dúvidas, foi um dos principais nomes da Teoria e da Filosofia do Direito. Hart, na cátedra de Jurisprudence na Universidade de Oxfort, marcou o Direito, em especial a Escola da Common Law, com a sua teoria liberal, positivista analítica. Com o passar do tempo foi muito questionado, como foi e está sendo questionado o positivismo jurídico como um todo, em especial pelas correntes jurídicas pós-positivistas, na qual se destaca o nome do seu principal crítico: Ronald Dworkin. Mas, em que pese as críticas, não se pode negar, nem desmerecer, a contribuição que Hart deu para a Filosofia e Teoria do Direito.

Neste estudo, pretende-se conhecer melhor a teoria de Hart, iniciando pelas bases filosóficas que o influenciou; assim, pode-se compreender melhor o seu positivismo analítico. Posteriormente, com a compreensão da gama de teorias que o influenciaram, analisar-se-á os principais aspectos da sua concepção do Direito.

E, por fim, compreender qual é o papel dos princípios e da discricionariedade judicial na sua teoria, ao se analisar qual é a solução que a teoria de Hart apresenta diante de um caso difícil (hard case), ou seja, um caso em que a regra não se mostra de simples aplicação (tudo ou nada).

Diante do exposto, o problema pode ser dividido em duas partes: Quais são as bases filosóficas da teoria de Hart e quais são as principais características da sua teoria? E qual é a solução da teoria de Hart para a resolução dos casos difíceis (hard cases)?

Acredita-se que essa abordagem possibilitará que se conheça, não exaustivamente, é claro, a teoria de Hart e possibilitará que sejam salientados os seus méritos e as suas imperfeições.

2 A BASE TEÓRICO-FILOSÓFICA DO POSITIVISMO ANALÍTICO DE HART

Herbert Hart foi um pensador emblemático dentro da perspectiva teórica do positivismo jurídico. A principal obra de Hart, onde ele lança as bases do

seu sistema jurídico, é “O Conceito de Direito”, publicada em 1961. Ele inicia a sua obra tentando responder a seguinte pergunta: “O que é o direito?”. Hart afirma que: “Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de forma tão numerosas, variadas estranhas e até paradoxais [...]” (HART, 1994, p. 5).

Mas, não há como entender a teoria de Hart, sem que seja lançada luzes sobre a principal filosofia que o influenciou, no caso, a filosofia analítica, também conhecida como filosofia de linguagem que, nas palavras de Habermas (2003), deram um grande passo na chamada guinada linguística.

A filosofia analítica e o positivismo filosófico tiveram seu início já no final do século XIX, mas se desenvolveram com força no início do século XX, em especial devido ao movimento conhecido como Círculo de Viena. A principal característica desse movimento foi o desprezo da metafísica (muito presente na filosofia desde os clássicos - Sócrates, Platão e Aristóteles, passando pela filosofia da Idade Média, em especial a Escolástica, e indo até a filosofia moderna com Descartes, Kant e Hegel) e a reverência à Ciência, em especial à lógica e ao método científico.

Um dos principais expoentes que influenciou os pensadores do Círculo de Viena e deu as bases para a filosofia analítica, e, consequentemente, para guinada linguística[2], foi Ludwig Wittgenstein, primeiramente, com o seu livro *Tractatus logico-philosophicus*. Segundo Russell (2013, p. 483):

> Nessa obra, desenvolveu o conceito de que todas as verdades da lógica são tautológicas. Uma tautologia no sentido técnico que lhe dá Wittgenstein, é uma proposição da qual a contraditória é autocontraditória. Nesse sentido, a palavra “tautológico”, corresponde, *grosso modo*, analítico, mais usual.

Wittgenstein salienta que há diferenças de pensamentos e de suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à

2 Além de Wittsgenstein (o primeiro), outros filósofos contribuíram para essa guinada linguística, pode-se citar, somente a título exemplificativo, Gottlob Frege e Bertrand Russell.

consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse medium da linguagem. Para Wittgenstein, é nos limites da linguagem que estão os limites do pensamento de cada pessoa, então, para ele, toda a discussão filosófica até o momento travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade (HABERMAS, 2003).

Wittgenstein é um filósofo interessante, para dizer o mínimo, pois reviu, posteriormente, a teoria exposta no Tractatus na obra Investigações filosóficas. Tanto que na Filosofia é comum falar que existe o primeiro e o segundo Wittgenstein. A teoria do segundo Wittgenstein (1999) se caracteriza pelo entendimento que a linguagem trata-se de verdadeiros “jogos de linguagem”, pois “a linguagem funciona em seus usos, não cabendo indagações sobre o significado das palavras, mas sobre suas funções práticas. Essas são múltiplas e variadas. São verdadeiras formas de vida.” (Zilles, 2006, p. 866). Desta forma, como ressalta Russell (2013) a metafísica não passa de uma apreensão defeituosa da gramática, pois quando se compreende de forma adequada as regras, não há necessidade de tais subterfúgios.

Hart foi influenciado fortemente por Ludwig Wittgenstein, em especial, no que tange ao

> [...] instrumental teórico fornecido pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Hart vê o Direito como sendo construído por um universo de diferentes jogos linguísticos (os enunciados jurídicos), os

ISSN 2177-8116

> quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. (KOZICKI, 2006, p. 410).

O diferencial da teoria positivista de Hart é que, além de ter uma forte tradição lógico-linguística, preocupada com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem, é também hermenêutica, pois se preocupa "[...] com aspectos pragmáticos da linguagem do Direito, privilegiando os usos e funções desta. O comportamento significativo é um comportamento governado por regras e a explicitação do sentido desse comportamento implica a apreensão de tais regras". (KOZICKI, 2006. p. 409).

Então, Hart também é influenciado pela filosofia hermenêutica de Gadamer[3], pois introduz a ideia de interpretação tendo como base o ponto de vista interno do participante e não o ponto de vista externo do espectador. Dessa forma, aplica uma perspectiva hermenêutica na análise das regras:

> A ideia de um "aspecto interno" na discussão das regras, introduzida por Hart, foi, a esse mesmo respeito, um avanço decisivo para a Teoria Analítica do Direito; como disse P. M. S. Hacker, ela provocou a introdução do método hermenêutico na Teoria Geral do Direito britânica. (MACCORMICK, 2010, p. 52).

Em que pese ser um positivista analítico e ter sido influenciado pelas teorias de Jeremy Bentham e John Austin, Hart opõem-se, em alguns aspectos, as teorias destes teóricos, em especial à ideia de Austin de que o conceito de Direito se resume a uma obrigação garantida por sanções: "Austin reduz todas as regras do sistema jurídico a ordens baseadas em ameaças coercitivas e, para ele, tais ordens devem emanar da figura de um soberano e dos seus funcionários." (HEINEN; SANTOS NETO, 2010, p. 133). Portanto, Hart (1994) constrói a sua teoria com base nas críticas feitas a essas teorias,

3 Para Gadamer, toda interpretação se dá a partir de uma perspectiva histórica em particular. Tudo que faz parte da história do intérprete (as crenças, as moralidades, os preconceitos, as respostas que quer obter etc.) influenciam a sua interpretação. Não há como, portanto, para Gadamer, se realizar uma interpretação puramente objetiva, pois o intérprete não pode ficar de fora da história e da cultura. Ele faz parte da história e está inserido na cultura. E, essa falta relativa de objetividade, não é algo negativo. Trata-se, na verdade, de ver as coisas como elas são, no seu aspecto concreto, existencial. E, nesse aspecto, toda a interpretação se baseia em predisposições, sem estas predisposições não seria possível ao intérprete interpretar. Ela é uma condição necessária para a interpretação. (PALMER, 1986).

principalmente no que tange as “[...] relações do Direito com a coerção, com a moral e com as regras.” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 56).

Primeiro, no que se refere ao conceito de Direito como coerção, em apertada síntese, Hart (1994) afirma que nem todas as coerções representam uma obrigação. O Direito, além da sua característica coercitiva, também tem como característica sensibilizar as pessoas a cumprirem os seus comandos, ou seja, gera nas pessoas a ideia de que é importante cumprir as obrigações impostas, de forma voluntária. Segundo, quanto à moral, entende que nem todas as regras têm um conteúdo moral, as regras que dispõe sobre a validade ou sobre a competência, por exemplo, não dispõem de conteúdo moral. E, terceiro, quanto à relação do Direito com as regras, essas “[...] não são dirigidas a pessoas singulares, mas a uma classe de destinatários. E no modelo austiniano, ocorre também outro equivoco: o soberano é excluído do âmbito de aplicação das regras por ele mesmo criado.” (HEINEN; SANTOS NETO, 2010, p. 133).

Ressalta Decat (2015) que a teoria da separação entre o direito e a moral é apenas uma das três teorias defendidas pelos utilitaristas ingleses. A segunda é a da coerção que, como visto, Hart discorda. E a terceira tese, com a qual Hart concorda integralmente, é “[...] que o estudo analítico do significado dos termos jurídicos é fundamental para apreender a natureza do direito.” (DECAT, 2015, p. 57). Trata-se de influência da filosofia analítica na sua teoria.

Para Kelsen, um dos pontos importantes do seu projeto juspositivista era a diferença entre “ser” (causalidade) e “dever-ser” (normatividade), baseado na “Lei de Hume”; e, assim, o Direito trata-se de uma ciência normativa que se refere a preceitos prescritivos, deontológicos (RODRIGUES, 2022). Hart, nesse ponto, adota novamente uma perspectiva hermenêutica, pois entende que: “Para entender a normatividade das regras jurídicas, morais e outras regras sociais, precisamos refletir sobre as atitudes humanas em relação à ação humana.” (MACCORMICK, 2010, p. 42). Ele adota uma espécie de normatividade social.

Com base nas críticas a esses modelos positivistas jurídicos precedentes e influenciado fortemente pela filosofia analítica e pela hermenêutica, Hart parte para a criação da sua teoria, que tem por base um sistema jurídico.

3 A TEORIA JURÍDICA, O CONCEITO DE DIREITO DE HART

Hart, tal como Kelsen, propôs uma concepção de Direito como um sistema escalonado de normas, mas o fundamento do sistema jurídico para Hart (1994) está na aceitação de duas classes de regras: regras primárias (que impõe deveres/obrigações) e regras secundárias (que são todas aquelas que servem para identificar e elucidar as regras primárias – conferem poderes) (MACCORMICK, 2010).

As normas primárias de obrigação são, para Hart, os elementos básicos da ordem jurídica mas, para que o sistema jurídico seja diferenciado de outros sistemas (como a Moral, a Religião etc.), é necessário que essas regras sejam suplementadas pelas regras secundárias. A relação entre as regras primárias e as regras secundárias, para Hart (1994), é a chave do sistema jurídico. Em suas palavras: “deve atribuir-se um lugar central à união das regras primárias e secundárias na elucidação do conceito de direito”. (HART, 1994, p. 122).

Para entender o sistema justeórico ora estudado, deve-se partir da existência de regras primárias que preveem, basicamente, violações de dever e violações de obrigação. Em uma sociedade, se existisse somente tais regras, haveria, inevitavelmente, três defeitos em que Hart classifica como: defeito de incerteza (de clareza sobre as regras, de definição sobre o seu limite); defeitos de qualidade estática nas regras (quanto à alteração deliberada das regras, em especial pelo decurso de tempo); e defeitos de ineficácia (referente ao cumprimento das regras impostas pelo ordenamento jurídico) (MACCORMICK, 2010; BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014).

A resolução para esses problemas, dentro do sistema jurídico, se dá pelo estabelecimento de três tipos de regras que são consideradas secundárias: regra de reconhecimento, que resolve o problema da incerteza; a regra de alteração, que resolve o problema da qualidade estática das regras, ao prever as possibilidades de alterações dessas regras; e regras de julgamento, que resolve o problema da ineficácia, ao criar os órgãos responsáveis por dar eficácia às regras primárias (MACCORMICK, 2010; BITENCOURT, CALATAYUD; RECK, 2014).

Ressalta Hart (1994) que em um sistema jurídico complexo, onde existe uma variedade de fontes, a regra de reconhecimento é mais complexa e pode envolver constituição escrita, leis, precedentes judiciais, entre outras normas. Tais critérios são ordenados de forma hierárquica de subordinação e primazia relativas em que se estabelece uma noção de derivação. Essa complexa regra de reconhecimento, baseada em uma estrutura hierárquica de vários critérios, possibilita que se identifiquem as regras válidas do sistema jurídico.

Referente à questão da eficácia social na teoria de Hart, deve-se esclarecer que não existe uma relação necessária entre a validade de uma norma e a sua eficácia social, salvo quanto à regra de reconhecimento, visto que essa exige o reconhecimento social para ser admitida. Mas, ressalta Hart (1994) que seria desarrazoado aferir a validade de uma norma que nunca foi eficaz no sistema jurídico: quando se afirma que uma norma é válida se pressupõe que ela é eficaz, mas isso não quer dizer que não se possa aferir a validade de uma norma que não é eficaz ou, inclusive, que foi abandonada.

Quanto à regra de reconhecimento, em especial no seu caráter supremo, Hart (1994) afirma que tal regra pode ser diferente em cada sociedade. E, no sistema jurídico, a regra de reconhecimento difere das outras regras visto que serve para avaliar a validade destas. A regra de reconhecimento para Hart (1994) é, portanto, o requisito de validade do ordenamento jurídico, ela define as razões de validade das normas que estão no topo de ordenamento (exemplo: a constituição). Segundo Maccormick (2010, p. 148-149), a regra de reconhecimento:

ISSN 2177-8116

> […] não é, em si, validada por qualquer outra norma ou regra superior, nem mesmo por uma "norma fundamental" pressuposta juridicamente do tipo contemplado por Kelsen. Não é, em si, chamada significativamente de "válida" ou "inválida". Sua existência como regra é constituída simples e unicamente pelo fato de que "a partir do ponto de vista interno" é "aceita" (espontaneamente aceita), pelo menso pelos juízes e por outras autoridades superiores que exercem poderes dentro do sistema. É uma regra convencional, no sentido de que um padrão existente de conformidade a ela é parte do motivo para que os indivíduos a aceitem.

Tal regra trata-se de uma regra secundária que estabelece os comandos válidos do sistema jurídico e não está formulada de forma explícita. Ela deve ser identificada externamente, na estrutura do corpo social, por isso varia no tempo e espaço, de país a país (DIMOULIS, 2006), trata-se de mais uma característica hermenêutica da teoria de Hart.

A validade de uma regra tem como pressuposto que ela passou por todos os testes (critérios) da regra de reconhecimento (HART, 1994). Nesse ponto, entende Maccormick (2010) que é significativo para a teoria de Hart o caráter convencional da regra de reconhecimento (embora entenda duvidosa a afirmação que a regra de reconhecimento cumpra um papel diferente da norma hipotética fundamental), pois para que se estabeleça uma ordem constitucional é necessário que essa seja obedecida por todas as pessoas que detém cargos, bem como que seja amparada pelas expectativas dos cidadãos.

A norma de reconhecimento é o fundamento do sistema jurídico, por isso que é suprema e deve ser reconhecida por aquela sociedade que a estabeleceu. Eis um dos grandes traços distintivos das teorias de Kelsen (RODRIGUES, 2022) e de Hart (1994): Ambas estabelecem um sistema jurídico escalonado e hierárquico, mas a grande diferença é a norma que dá validade ao ordenamento jurídico como um todo. Para Kelsen, ela é abstrata, transcendental (Norma Hipotética Fundamental); para Hart, ela é uma questão de fato, por isso aceita pela sociedade que a estabeleceu (Regra de Reconhecimento). Aqui, mais uma vez, verificam-se os critérios de normatividade justificada e social: justificada na norma hipotética fundamental de Kelsen e social na norma de reconhecimento de Hart.

Dessa forma, Hart (1994) estabelece um sistema jurídico com base em um sistema de regras (primárias e secundárias) e seus critérios de validade. A união entre regras primárias e secundárias, como visto, é o ponto central da sua concepção de direito. Mas, isso não basta para a existência de um sistema jurídico, é necessário ainda que haja uma descrição da relação dos funcionários do sistema com as normas secundárias. E é crucial que haja uma aceitação oficial da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema.

Não há dúvidas que como um sistema de regras trata-se de uma ótima teoria, explica a estrutura e o funcionamento de qualquer sistema jurídico quando as regras são claras, quando não há dúvidas quanto ao conteúdo de uma regra. Agora, e nos casos difíceis (hard cases), quando há, nas palavras de Hart, uma "zona de penumbra" na aplicação da regra, como a teoria de Hart se aplica?

4 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO POSITIVISMO ANALÍTICO DE HART

Para Hart, as regras são padrões gerais de conduta que podem ter uma forma explícita de linguagem, palavras em termos verbais claros, de modo que o intérprete tem que apenas subsumir os fatos nas classificações gerais e tirar uma conclusão silogística simples (HART, 1994). Tratam-se de casos simples, como a regra do sinal de trânsito, a regra é aplicada na forma de "tudo ou nada", pois se caracteriza por ter um "núcleo fechado" que determina a interpretação para um só sentido. Quando o semáforo está vermelho, tem que parar; quando está verde, pode seguir.

O problema está no caso complexo, onde o espaço deixado pela norma é muito aberto. Essa "textura aberta" (zona de penumbra) da norma permite um amplo poder discricionário para a decisão judicial e, para Hart (1994), a incerteza da decisão é um preço a pagar diante da impossibilidade dos legisladores humanos de preverem todas as circunstâncias fáticas. Hard exemplifica com o caso de uma regra que proíbe veículos automotores de

transitarem nos parques de uma determinada cidade. Fica claro, por esta regra, que um carro ou um caminhão ou uma motocicleta não podem transitar no parque. Mas, e o patinete elétrico de uma criança, pode ou não transitar no parque? Aí está uma situação que entra na zona de penumbra, em que a regra não é tão clara, por isso exige uma interpretação por parte do juiz.

Então, para Hart, a regra pode ter um núcleo fixo (certo) e uma zona de penumbra, que se caracteriza por ter uma textura aberta (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014). Os casos em que entram nessa "zona de penumbra" da regra são "[...] geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito frequentemente não conseguir determiná-la." (HART, 1994, p. 325). No entendimento de Hart isso significa que, em algumas áreas, a escolha deve ficar a critério dos tribunais. Desta forma, os tribunais, tal como a autoridade administrativa que decreta um regulamento de uma determinada lei, exerce uma função criadora de regras (HART, 1994).

Assim, nessa zona de penumbra da regra, segundo Hart, é possibilitado ao juiz ou ao tribunal que exerçam o seu poder de criação. Mas, mesmo assim, eles continuam a compor um sistema jurídico e, por isso, devem fornecer uma decisão judicial correta. Isso significa que não podem desrespeitar livremente os padrões gerais fornecidos por esse sistema[4]. Mesmo na "zona de penumbra" da norma não pode o tribunal decidir com base em predileções, mas sim, com base nos padrões determinados pelo sistema jurídico, que faz com que se limite o caráter discricionário da decisão (HART, 1994). Nas palavras de Hart:

> Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo o do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão correcta. Estes padrões são considerados pelo tribunal como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas no sistema (HART, 1994, p. 159).

4 Nesse ponto, quanto à liberdade (discricionariedade) judicial, trata-se de mais um, dos muitos pontos de divergência das teorias de Kelsen e de Hart. Kelsen entende que no espaço aberto pela norma geral, mas dentro da moldura dessa, o juiz é livre para criar. A decisão judicial, para Kelsen, é mais do que descritiva da ordem jurídica, ela é constitutiva, ou seja, ela mesma trata-se de uma norma que cria o Direito (RODRIGUES, 2022).

Hart faz questão de ressaltar, novamente, o limite do seu conceito de discricionariedade judicial no posfácio:

> [...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qual a decisão que seja correcta e, para decidir os caos em que ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer essas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditados pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes. (HART, 1994, p. 336).

Por mais que para Hart (1994) o conceito de Direito seja uma sistema de regras, ele entende que as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social. E o Direito, nesse contexto, deve reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares nos casos das classificações gerais estabelecidas pelo sistema jurídico. No pós-escrito do seu livro “O conceito de direito”, em que ele responde às críticas feitas por Dworkin a sua teoria, ele reconhece que em sua obra não foi dado o devido destaque aos princípios, que somente os abordou de passagem.

Hart reconhece a existência de “regras de tudo-ou-nada” e “princípios geralmente não conclusivos”. Tanto que define a sua teoria como sendo um positivismo moderado, isso faz com que Maccormick (2010) o defina como sendo um pós-positivista, definição esta que Hart afastou. Mas, reconhece Hart que há casos em que o Direito é incompleto, que não fornece uma resposta certa para o caso concreto e, nesse caso, o juiz ou tribunal deve utilizar-se de seu poder discricionário:

> O meu ponto de vista avançado neste livro é o de que regras e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, têm, muitas vezes, o que designo, com frequência, por “textura aberta”, de forma que, quando, a questão é de saber se dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado. Tais casos não são “casos difíceis”, controvertidos no sentido de que juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual a resposta que é juridicamente correcta, mas o direito em tais casos é fundamentalmente, incompleto; não fornece qualquer resposta para as questões em causa, em tais situações. Não estão juridicamente regulados e, para se obter uma decisão nestes casos, os tribunais

> devem exercer a função restrita de criação de direito que eu designo como "poder discricionário". (HART, 1994, p. 314).

A crítica apresentada para a teoria de Kelsen é que dentro da moldura estabelecida pela norma geral o juiz tem ampla liberdade para dizer o que é o Direito, inclusive existe ampla liberdade (discricionariedade) na interpretação da própria Constituição (RODRIGUES, 2022). Isso faz com que a teoria de Kelsen permita um espaço de discricionariedade judicial bem maior do que a teoria de Hart, já que ela exige que o julgador decida dentro de padrões gerais do sistema jurídico. O Normativismo de Kelsen não exige uma única resposta. A decisão judicial é política, trata-se de uma escolha dentro da moldura legal, por isso totalmente discricionária.

Hart apresentou uma solução a esse problema, como visto, um juiz deve decidir de acordo com standards, ou seja, princípios gerais definidos previamente e os critérios de reconhecimentos é que definem o que é válido para as decisões judiciais, a regra de reconhecimento gera um dever para o juiz de decidir conforme as regras cogentes oriundas do sistema jurídico. Um critério de reconhecimento de regras cogentes a serem aplicadas pelo juiz na decisão judicial, em um Estado constitucional, é que as regras são as que foram decretadas validamente pelo Poder Legislativo. A legislação fornece um fundamento válido para a decisão judicial, que implica um dever judicial de aplicar a disposição constitucional. Mas, como visto, esses critérios podem até limitar, mas não suprimem a discricionariedade do julgador, que pode escolher a sua resposta correta para um caso difícil, que pode ser uma decisão diferente da decisão a ser dada por um outro juiz (MACCORMICK, 2010).

Hart vincula a decisão judicial ao núcleo fixo das regras, o que torna as decisões previsíveis. Nos casos duvidosos, que estão dentro da zona de penumbra:

> [...] não previstos ou não regulados completamente pelo ordenamento jurídico. Nessa área limitada, abre-se um espaço, entre várias escolhas possíveis aos tribunais e funcionários, na determinação da significação das regras jurídicas com maior textura aberta. Nessa "fronteira", que exige maior densificação, Hart concede aos juízes

> discricionariedade, criando até mesmo um direito não previsto no sistema jurídico. (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 86).

Nesse ponto, Maccormick (2010) critica a teoria de Hart, entende que Hart fornece somente uma compreensão parcial do Direito, isso porque o sistema jurídico é sempre fundamentado em princípios. Dessa forma, nunca o juiz dispõe de discricionariedade no sentido “forte”. Em casos de textura aberta das normas jurídicas, o juiz dispõe de discricionariedade para procurar a resposta correta em coerência com os princípios e valores do sistema jurídico. A discricionariedade do juiz é exercida em *standards* predeterminados: quando esses *standards* são regras, a discricionariedade se entende por uma área restrita; quando as regras dão orientação ambígua ou conflitante, pode-se recorrer a outros *standards* de julgamento.

O positivismo analítico de Herbert Hart, que se trata de uma teoria que estabelece um sistema integrado de regras primárias e secundárias e seus critérios de validade, explica, de maneira adequada, o funcionamento do sistema jurídico nos casos em que as regras são claras. Agora, quando as regras são mais abertas e o caso se torna difícil (hard case), pois entra na zona de penumbra da regra, a teoria de Hart deixa a desejar.

Nesse caso, por saber que o Legislador não tem como dar respostas para todos os casos, ele entende que a solução deve ser tomada de forma discricionária pelo julgador. Claro, esclarece Hart que essa discricionariedade não é absoluta, pois o juiz deve observar os standards e os princípios gerais que dão suporte ao sistema jurídico.

Por mais que Hart tenha uma posição moderada quanto à discricionariedade judicial, ele mesmo admite em seu posfácio, após a crítica feita por Dworkin, que ele não reconheceu e não esclareceu, de forma adequada, o papel dos princípios no sistema jurídico. Na teoria de Hart os princípios atuam meros princípios ou standards gerais do ordenamento jurídico, mais de caráter axiológico e não deontológico, ou seja, para Hart os princípios não têm natureza normativa, mas sim como são standards a serem observados pelo juiz ao aplicar a discricionariedade judicial.

Coube aos teóricos pós-positivistas (ou neoconstitucionalistas), posteriormente, explicar a devida importância que os princípios dentro do ordenamento jurídico. Em especial Dworkin (2002, 2007 e 2014) que foi o sucessor de Hart na cátedra de Jurisprudence em Oxford e seu principal crítico.

5 CONCLUSÃO

Hart, tal como Kelsen, construiu a sua teoria na esteira do positivismo filosófico analítico, foi influenciado fortemente pela teoria de Wittgenstein e pelas teorias dos positivistas ingleses, em especial as de Jeremy Bentham e John Austin. Por isso, a teoria de Hart tem como característica ser lógico-linguística, preocupada com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem. Além disso, concorda também com Bentham e Austin quanto à necessidade da separação entre o direito e a moral, mas discorda, fortemente, da teoria da coação, que entende que o direito se resume a uma obrigação garantida por sanções. Nesse ponto, entende Hart que nem todas as coerções representam uma obrigação, pois o Direito também tem como característica sensibilizar as pessoas a cumprirem os seus comandos.

Além da filosofia analítica, Hart foi influenciado pela hermenêutica, pois na sua teoria se preocupou com aspectos pragmáticos da linguagem, questões afetas a seu uso e suas funções, entende que a interpretação do sistema jurídico deve ser feita com base o ponto de vista interno do participante e não o ponto de vista externo do espectador.

E, com base nessas filosofias, Hart constrói o seu conceito de Direito como um sistema escalonado de regras primárias (impõe deveres/obrigações) e secundárias (identificam e elucidam as regras primárias e conferem poderes). Para Hart não há como se ter um sistema jurídico somente de regras primárias, pois esse sistema teria três defeitos: de *incerteza* (clareza e definição de limites); de qualidade *estática* nas regras (quanto à alteração deliberada das regras); e de *ineficácia* (referente ao cumprimento das regras). Esses problemas são resolvidos com estabelecimento de secundárias: de

reconhecimento, para a incerteza; de alteração, para a qualidade estática ; e de julgamento, para a ineficácia.

A regra de reconhecimento é a mais complexa, em especial no seu caráter supremo, ela difere das outras regras desse sistema, pois tem como função avaliar a validade dessas. Serve como um requisito de validade do ordenamento jurídico que deve ser identificada externamente na estrutura do corpo social.

Assim, pode-se afirmar que a teoria de Hart indica um sistema normativo com base em um sistema de regras (primárias e secundárias) e seus critérios de validade. Em que pese se tratar de uma ótima teoria para explicar a estrutura e o funcionamento de qualquer sistema jurídico, ela é incompleta para os casos difíceis (hard cases).

Quando as regras são simples, expressas em uma forma explícita de linguagem, na forma de "tudo ou nada" (ex. semáforo de trânsito), a teoria de Hart se aplica muito bem. Mas o problema está no caso complexo, onde a norma deixa um espaço muito aberto (zona de penumbra). Nesses casos, Hart admite a discricionariedade judicial.

Nesse ponto, Hart tenta modular a discricionariedade judicial, visto que entende que o juiz ou o tribunal devem respeitar padrões gerais e princípios fornecidos por esse sistema, que devem ser o principal instrumento de controle social. Mas o próprio Hart reconhece no pós-escrito do "O conceito de direito" que a sua teoria não deu o devido destaque aos princípios. Por mais que Hart reconheça a existência de "princípios geralmente não conclusivos", entende que esses princípios podem até limitar, mas não suprimir a discricionariedade do julgador, pois este pode escolher a *sua* resposta correta para um *caso difícil*.

A teoria de Hart é vinculativa da decisão judicial no núcleo fixo das regras, mas incompleta para os casos duvidosos, que estão em uma "zona de penumbra" da regra. Nesse ponto falha a teoria de Hart porque entende que a solução deve ser tomada de forma discricionária pelo julgador. Em que pese que entenda que essa discricionariedade não é absoluta, pois o juiz deve estar atento aos princípios gerais do sistema jurídico.

A falha da teoria de Hart é em não esclarecer o papel dos princípios no sistema jurídico e em não reconhecer a sua importância como categorias jurídicas, de caráter deontológico, com força normativa, mas sim como *standards* a serem observados pelo juiz ao decidir de forma discricionária.

Somente com a guinada argumentativa feita pelas teorias pós-positivistas é que os princípios começaram a ter o devido destaque da Teoria do Direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo. Santo Cruz do sul: Essere nel Mondo, 2014.
DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2015.
DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, L. A. Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEINEN, Luana Renostro; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Positivismo e Obediência em Herbert Hart. **Seqüência**, Florianópolis, n. 61, p. 127-145, 2010.

KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. **Seqüência**, Florianópolis, n. 23, p. 79-84, 1991.

KOZICKI, Katya; HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1972. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. HART**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986.

RODRIGUES, Alexandre Brandão. O positivismo normativo de Hans Kelsen e o problema do decisionismo judicial. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 13, v. 2, n. 33, set. 2022.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção: Os Pensadores).

ZILLES, Urbano. Wittsgenstein, Ludwig, 1889-1951. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA "DESADOÇÃO"

CIVIL RESPONSIBILITY FOR "DISADOPT"

RESPONSABILIDAD CIVIL POR "DESADOPTACIÓN"

Emili Bernardi Piaia[1]

Thiago Oro Caum Gonçalves[2]

RESUMO

O presente artigo busca averiguar a possibilidade de responsabilizar civilmente os adotantes que procedem a devolução dos adotados ao sistema de adoção, situação essa, que resulta em diversos prejuízos psicológicos aos adotados. Para tanto, aborda a responsabilidade civil desde seu contexto histórico até os dias atuais, assim como evidencia os pressupostos para sua aplicação. Também estuda o sistema de adoção brasileiro, o fenômeno da irrevogabilidade, as principais causas de devolução dos infantes e as consequências emocionais obtidas. Utilizou-se de uma metodologia baseada no método indutivo de abordagem. Traz como resultado o diagnóstico de que, apesar de inexistente legislação específica que trate sobre o assunto, a jurisprudência brasileira caminha no sentido de ser possível a responsabilização civil pela "desadoção".
Palavras-chave*:* devolução; adoção; indenização; possibilidade; irrevogabilidade.

ABSTRACT

This article seeks to investigate the possibility of civilly blame the adopters who return the adoptees to the adoption system, a situation that results in several psychological damages to the adoptees. To do so, it addresses civil liability from its historical context to the present day, as well as evidences the

1 Estagiária de Direito na Defensoria Pública de Frederico Westphalen/RS; Graduanda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus de Frederico Westphalen/RS; emili_bernardi@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Defensor Público atuante na 2ª Defensoria Pública de Frederico Westphalen/RS; thiago-caum@defensoria.rs.def.br.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

assumptions for its application. It also studies the Brazilian adoption system, the phenomenon of irrevocability, the main causes of children's return and the emotional consequences obtained. A methodology based on the inductive method of approach was used. It brings as a result the diagnosis that, despite the lack of specific legislation dealing with the subject, Brazilian jurisprudence is moving towards the possibility of civil liability for “disadotion”.
Keywords: devolution; adoption; indemnity; possibility; irrevocability.

RESUMEN

Este artículo busca investigar la posibilidad de retener civilmente a los adoptantes que devuelven a los adoptados al sistema de adopción, situación que trae como consecuencia varios daños psicológicos a los adoptados. Para ello, aborda la responsabilidad civil desde su contexto histórico hasta nuestros días, así como evidencia los supuestos para su aplicación. También estudia el sistema de adopción brasileño, el fenómeno de la irrevocabilidad, las principales causas del retorno de los niños y las consecuencias emocionales obtenidas. Se utilizó una metodología basada en el enfoque inductivo. Trae como resultado el diagnóstico de que, a pesar de la falta de legislación específica que trate el tema, la jurisprudencia brasileña se está moviendo hacia la posibilidad de responsabilidad civil por “desaprobación”.
Palabras clabe: devolución; adopción; indemnidad; posibilidad; irrevocabilidad.

Data de submissão: 18/11/2022

Data de aceite: 09/01/2023

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação de danos morais e materiais em face do adotante, diante da desistência da adoção com sentença procedente transitada em julgado.

Desse modo, trará toda a evolução histórica da responsabilidade civil, desde primordialmente, até sua incidência atual, bem como demonstrará seus pressupostos, sua função social e a aplicação tanto da responsabilidade objetiva, quanto da subjetiva, dependendo da natureza do ato cometido.

Ainda, será estudado o histórico do sistema de adoção no Brasil, destacando a legislação utilizada atualmente, os requisitos de idade, consentimento e estabilidade de família, ao passo que também serão

analisadas as hipóteses de suspensão, extinção e perda do poder familiar, para posterior ingresso da ação de adoção e seu processamento, destacada a incidência do trânsito em julgado e do consequente fenômeno da irrevogabilidade.

Ao final, passar-se-á ao estudo da união dos institutos do direito de família e da responsabilidade civil, de modo a identificar as causas que, na maioria das vezes, servem como base para a devolução dos adotados. Serão trabalhados os impactos causados às crianças e adolescentes e os princípios aplicáveis à sua proteção como pessoas dignas de direitos, momento em que, será abordada a possibilidade de indenização frente a análise de precedentes jurisprudenciais.

Nessa perspectiva, para o desenvolvimento deste artigo, utilizou-se de uma metodologia baseada, essencialmente, no método indutivo de abordagem, desenvolvida pelo método monográfico de procedimento, fundamentada, portanto, em pesquisas bibliográficas, partindo-se de referenciais teóricos, elencada a leitura, análise e interpretação de obras e doutrinas dos mais renomados autores, bem como da investigação reflexiva da legislação e jurisprudência nacional referente ao estudo do tema abordado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Em tempos primórdios, as relações humanas e a responsabilidade civil eram aplicadas com base em parâmetros e ideais diferentes das utilizadas atualmente, sendo mister a análise histórica do assunto, com a finalidade de melhor entender seu funcionamento no ordenamento vigente.

Antigamente, a vingança privada era a forma utilizada para ressarcir danos causados, de maneira que a justiça se fazia com as próprias mãos, sem nenhuma intervenção do Estado. Nesse período, não se observavam critérios ou qualquer proporcionalidade, sendo que “o revide se achava consagrado nos costumes e se fazia de acordo com a ira e na medida das forças da vítima ou de pessoa a ela ligada” (NADER, 2016, p. 161).

Foi somente com a criação da Lei de Talião que surgiu a primeira concepção de ressarcimento de danos que não se ligava a moral natural, havendo, portanto, a ideia de igualdade entre o ato cometido e a pena aplicada (NADER, 2016). Tal lei, no entendimento de Flávio Tartuce expressa na máxima "olho por olho, dente por dente" – foi repetida pelo Código de Hammurabi, na Mesopotâmia antiga, no início do segundo milênio antes de Cristo, havendo a perpetuação da ideia de vingança privada" (2018, p. 18).

Entretanto, como sabido, a sociedade está em constante mutação, sendo incumbência da lei acompanhar essa evolução e se aperfeiçoar ao fato de cada época, o que levou à necessidade de padronização e desvinculação da responsabilidade civil do aspecto entre o agressor e agredido, passando ao regimento estatal do controle (Estado-Juiz).

Em nosso ordenamento, passadas diversas normativas, o Código Civil Brasileiro em 2002, atualmente vigente, é a norma que detém atribuição regulamentar acerca da indenização por danos morais e materiais, conforme insculpido em seu artigo 186.

Sobre a concepção atual da responsabilidade civil, dispõe Carlos Roberto Gonçalves, como sendo "um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil" (GONÇALVES, 2019, p. 23).

Dessa forma, a noção de responsabilidade deve ser observada como figura da realidade social, já que imputar o compromisso de reparar o dano causado traz novamente à tona a aparência de equilíbrio, de harmonia e de contraprestação ao dano cometido (GONÇALVES, 2019).

Tendo em vista todos esses aspectos, verifica-se que a responsabilidade civil caminha no sentido de analisar com maior cautela possível o dano sofrido pela vítima e não somente a situação em que está o sujeito responsável, "o dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser

também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 09).

No plano jurídico brasileiro, "conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano" (GONÇALVES, 2019, p. 56). Dessa forma, admite-se tanto a teoria da responsabilidade civil objetiva, quanto a teoria subjetiva (GONÇALVES, 2019).

A teoria subjetiva, também conhecida como teoria clássica, traz a culpa como requisito essencial e intrínseco para a configuração do dever de indenizar. Consagrando-se como regra, contextualiza que qualquer pessoa que cause danos a outrem, seja por ação ou omissão, negligência ou imprudência, comete ato ilícito (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2019).

Por outro lado, a teoria objetiva é justificada pela teoria do risco, sendo que "para esta teoria toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa" (GONÇALVES, 2019, p. 57). Aqui, a reparação pode ser aplicada independentemente de culpa, desde que haja ligação entre o dano sofrido e o nexo de causalidade.

Assim, vigora a noção de que a reparação civil, atualmente, é considerada como uma forma de amenizar ou eliminar o dano sofrido e, dependendo de sua natureza, pode exigir ou não de comprovação de culpa.

3 SISTEMA DE ADOÇÃO BRASILEIRO

A adoção é um ato de amor que busca, acima de tudo, unir uma criança ou adolescente que está em situação de vulnerabilidade (estrutural ou social), com uma família que possui o desejo de lhe criar, educar e proteger, gerando, assim, vínculos afetivos e de família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, descreve claramente serem direitos fundamentais da criança e do adolescente "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.", sendo dever do Estado, da família e da sociedade garantir a plena segurança desses direitos (BRASIL, 1988).

Cediço que a Carta Maior serviu como base para a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento que passou a tratar todos os quesitos que se referem à proteção integral dos menores de idade, criando ferramentas e preceitos para garantir que todas as crianças e adolescentes tenham acesso a uma infância e juventude longe de quaisquer tipos de violências (VILELA, 2016).

De mesma maneira, também fundamentou a criação da lei que regulamenta o sistema de adoção no Brasil (Lei n.º 12.010/09). Também conhecida como "lei de adoção", trouxe diversas inovações e requisitos que buscam intensificar o melhor interesse dos infantes, frente ao processo de adoção (DIAS, 2016).

Conforme destacado por Fábio Coelho Ulhoa (2020), a adoção é medida excepcional. Quando a situação exige manifestação do Estado, deve-se priorizar a manutenção da criança em sua família natural ou extensa. Somente em ocasião que inviabiliza o retorno da criança ou adolescentes à guarda dos pais, como no caso de destituição do poder familiar, é que se pode cogitar a ideia de colocá-la em família substituta, mediante adoção.

O poder familiar é medida indisponível, inalienável e irrenunciável, visto que o pai ou a mãe não pode abrir mão ou transferir suas "obrigações e responsabilidades decorrentes da necessidade de proteção dos filhos, como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento" (PEREIRA, 2016, p. 517).

A destituição do poder familiar é a providência de maior gravidade imposta aos genitores, pois resulta na retirada definitiva da criança de seu núcleo familiar, com rompimento dos laços afetivos e jurídicos existentes, sendo ela entregue para família extensa ou, subsidiariamente, para adoção. Será destituído do poder familiar o genitor que castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral ou aos bons

costumes, ou incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil (PEREIRA, 2016).

O artigo 155 do ECA destaca a responsabilidade para a ação de suspensão ou destituição do poder familiar, ficando claro que “tanto a suspensão quanto a destituição do poder familiar dependem de procedimento judicial. Tais ações podem ser propostas por um dos genitores frente ao outro. Também tem legitimidade o Ministério Público” (DIAS, 2016, p. 800).

Segundo preceitua o artigo 157 do mesmo diploma legal, com o ingresso da demanda e a oitiva do Ministério Público, se o juiz identificar motivos gravosos, pode ser decretada a suspensão do poder familiar de maneira liminar ou incidental, até que ocorra a destituição do poder familiar, com o julgamento da lide e o trânsito em julgado. Com a suspensão do poder familiar, a criança será entregue para pessoa idônea, a qual prestará compromisso, existindo alguns requisitos que devem ser ponderados na hora de conceder o pedido de colocação do menor em família substituta (BRASIL, 1990).

O processo de destituição do poder familiar pode durar até o prazo de 120 (cento e vinte) dias e a competência para processamento e julgamento é da vara da Infância e Juventude do local em que a criança reside. Da sentença procedente à destituição cabe recurso de apelação, entretanto, não é necessário o trânsito em julgado para que ocorra a entrega da criança para família substituta que está apta para adotá-la, havendo a inscrição do nome do menor nos cadastros de adoção imediatamente (DIAS, 2016).

A Constituição Federal determina que a adoção deve ser assistida pelo Poder Judiciário, visando proporcionar vantagens ao adotado e verificar as intenções dos adotantes. Para cumprir com sua função, o Poder Judiciário deve se organizar e inserir em cada comarca ou foro, cadastro de crianças e adolescentes que possuem condições de serem adotadas e de pessoas que desejam adotar, ressaltando-se que a inclusão dessas pessoas deve ser realizada apenas após consulta aos órgãos competentes, conforme art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente (COELHO, 2020).

Em regra, as famílias que não estiverem inscritas no cadastro de adoção não podem adotar. A inscrição deve ser feita em constância com o procedimento previsto no art. 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que toda pessoa inscrita está sujeita, obrigatoriamente, a frequentar atendimento psicossocial e jurídico pelo período máximo de um ano a contar do ingresso no cadastro, podendo ter sua inscrição cassada em caso de não cumprimento do requisito (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Alguns requisitos e impedimentos são impostos pelas ferramentas legais, com intuito de resguardar a integridade e segurança das crianças e adolescentes que serão adotadas. O desígnio é certificar-se de que os menores não ingressarão em outro ambiente que possa causar riscos ou que não contenha as condições necessárias para um crescimento saudável e adequado.

A priori, destaca-se que qualquer pessoa pode adotar, independentemente de seu estado civil ou de sua sexualidade. A pessoa que deseja adotar, deve possuir pelo menos 18 (dezoito) anos de idade e capacidade legal (artigo 42, caput, do ECA), sob pena de nulidade da adoção. O requisito visa respeitar o princípio da paternidade responsável, descrito no art. 226, § 7º, da Constituição Federal (LOBÔ, 2018).

Outra exigência, é de que o adotante tenha pelo menos 16 (dezesseis) anos a mais de idade do que a criança que será adotada. Essa diferença busca “conferir ao adotado um ambiente de respeito e austeridade resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos” (MALUF, 2018, p. 378).

O consentimento das partes também é, em regra, um pressuposto da adoção (art. 45, caput, do ECA), sendo que se o adotado for maior de 12 (doze) anos de idade, terá que concordar com o ato para que seja declarado válido. Todavia, o ato pode ser dispensado em casos onde os genitores da criança não sejam conhecidos ou tenham seu poder familiar destituído (TARTUCE, 2016).

Além dos requisitos de idade e consentimento, é necessário que se demonstre estabilidade de família. Essa exigência não abarca somente a comprovação da união estável ou do casamento, mas sim, é essencial que o casal ou pessoa "demonstre ter um lar constituído e administrado razoavelmente, de modo a que não constitua risco às elevadas responsabilidades decorrentes da filiação" (LOBÔ, 2018, p. 201).

Quanto aos impedimentos, considerando a natureza do ato, é negada a adoção para os deficientes considerados incapazes e sujeitos à curatela, como os ébrios habituais e os viciados em tóxico; os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, bem como os pródigos" (GONÇALVES, 2018, p. 562).

Por incompatibilidade, não podem adotar os ascendentes, descendentes e os irmãos do adotando (art. 42, § 1º, do ECA), isso porque o "adotado" é descendente e essa situação resultaria em uma confusão quanto ao grau de parentesco. No mais, não existe impedimento quando se trata de adoção de parentes colaterais de terceiro grau, ou seja, de sobrinhos, de maneira que essa prática é muito realizada no cenário brasileiro (LOBÔ, 2018).

O deferimento da inscrição da família será concedido somente após a oitiva do Ministério Público e a realização de consulta técnica do Juizado da Infância e da Juventude, sendo impossível a concessão para pessoas que não preencherem os requisitos legais para adoção (TARTUCE, 2019).

No Brasil, admite-se o ingresso do pedido de adoção cumulado com destituição do poder familiar em casos onde o poder familiar ainda não tenha sido declarado perdido pela autoridade judicial, devendo, nesse caso, ocorrer a intimação dos pais biológicos da criança ou adolescente. A interposição da ação de adoção pode ser realizada pelo interessado diretamente no cartório ou pela Defensoria Pública (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

A petição inicial deve preencher todos os requisitos disponibilizados no artigo 165 do Estatuto da Criança e do Adolescente para ser recebida. Após o recebimento e durante a instrução, o juiz "verificará se a adoção contempla, de fato, o real benefício do adotando, apresentando vantagens. Esse efetivo

benefício não se apresenta, apenas, pela ótica objetiva, mas. sem dúvidas, pelo prisma subjetivo, devendo o juiz apreciar os elementos de prova" (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 992).

Para verificar a efetividade da adoção, o juiz determinará o início e duração (máximo de 90 dias) do estágio de convivência entre o adotado e o adotante, podendo haver dispensa da medida em casos em que o menor já esteja sob tutela ou guarda legal do adotado por tempo suficiente. Tal período de contato serve como uma mostra de como será a vida e o dia a dia entre as partes, de maneira a observar se existe compatibilidade e possibilidade convivência a longo prazo, não restando dúvidas as partes sobre seu cumprimento (COELHO, 2020).

Com o relatório de convivência disponibilizado por profissional adequado e as partes ouvidas, o juiz "convencido de que a adoção trará benefícios ao menor e são legítimos os motivos do requerente, profere a sentença constitutiva do vínculo de filiação. Os efeitos da adoção dão-se com o trânsito em julgado da sentença concessiva" (COELHO, 2020).

A sentença proferida será inscrita no registro civil, consignando o nome dos adotantes como pais e o de seus ascendentes como avós, sendo o mandado arquivado e cancelado o registro original do adotado. Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito ao esquecimento, para que o adotado não sofra possíveis preconceitos e seja tratado com igualdade, é reservado o direito de que nenhuma anotação quanto à adoção seja feita nas certidões e documentos do adotado (TARTUCE, 2019).

Para diante dos efeitos já descritos, surge, com o trânsito em julgado, a incidência do fenômeno da irrevogabilidade ou irretratabilidade, estabelecido expressamente nos artigos 39, §1º, 41 e 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento no artigo 226, §6º, da Constituição Federal, dispondo que o adotante não pode desistir da decisão tomada concernente a adoção, evitando, assim, possível instabilidade familiar ou fraude sucessória (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

A irrevogabilidade da adoção, em que pese ser composta por diversas normas constitucionais e infraconstitucionais, também possui um caráter de ordem pública, caracterizado por um ato jurídico do qual prevalece a ordem dos adotantes em, através do afeto, constituir um cenário de permanência (PRESOT, 2012).

Entretanto, nem sempre a adoção surte os efeitos esperados e, com o passar do tempo, a criança ou os pais podem não se adaptarem por completo com a convivência, colocando a criança em condições perigosas. Essa circunstância pode ensejar a devolução do infante ao sistema de adoção, situação esta, que será amplamente abarcada no tópico posterior do presente artigo.

4 DEVOLUÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao se falar em motivos para a devolução, estes variam e geralmente iniciam com a convivência e a incidência de problemas cotidianos. Não se pode acreditar que a criança ou adolescente será perfeito, ou virá sem problemas e traumas, bem como “não se pode definir a adoção de uma criança como uma situação que não trará dificuldades e que não terá conflitos intensificados pela própria condição implícita na vivência de adotar” (BRIGIDO; BONINI; SILVA, 2018).

Dentre as principais causas apontadas para a devolução, se destaca a não adaptação entre o menor e os demais membros da família. Todavia, também existem outras causas que influenciam a medida, como por exemplo, a chegada posterior de filhos biológicos, a cor da pele da criança, ou a adoção de outra criança. Apesar de variados os motivos, geralmente são desarrazoados (CARVALHO, 2017).

Por um lado, se encontram adultos com variadas histórias e dores que podem não estar superadas por completo, procurando um filho(a) perfeito na expectativa de apagar toda a dor. De outra banda, tem-se crianças e adolescentes com necessidades afetivas, idealizando uma família que

proporcione amor e condições de um desenvolvimento sadio. Eis que os problemas começam a surgir e as realidades de colidem, de maneira que ambos acabam por não conseguir atender as expectativas e necessidades um do outro (CARNAÚBA; FERRET, 2018).

Assim, diante de toda essa quebra de expectativa, muitos adotantes optam por colocar a culpa inteiramente na criança ou adolescente, sem possuir entendimento de que, na verdade, estavam despreparados para os desafios que a adoção traz. A criança passa a ser vista como uma mercadoria, um objeto, e não mais como o ideal que havia sido planejado (CARVALHO, 2017).

Como se observa nos apontamentos já realizados, a criança sempre será a parte mais frágil em todo o processo de adoção, pois já vem sobrecarregada com uma bagagem enorme de sofrimentos derivados do abandono afetivo dos pais biológicos, de maneira que um novo abandono pode ocasionar em danos ainda mais profundos e irreversíveis (BRIGIDO; BONINI; SILVA, 2018).

A desistência da adoção, "pode ter profundas repercussões na vida do adotando, refletindo em seu processo de desenvolvimento, especialmente na sua aptidão de desenvolver vínculos saudáveis". Essa situação, faz com que revivam o abandono feito pela família natural, também podendo aprofundar os sentimentos de inadequação e de rejeição (MATOS *et al.*, 2021). Quanto ao retorno da criança para o abrigo após a devolução, destaca Carvalho:

> O retorno ao abrigo institucional que ocorre após a devolução é para a criança ou o adolescente como uma dupla frustração, pois, além haver a culpa por terem sido rejeitados pela segunda família, que não os quis mais, também existe a vergonha de ter que retornar. Estes danos são ainda mais acentuados quando entre o início da convivência e a devolução há um grande lapso temporal. É válido aqui destacar o entendimento de Souza de que ainda que a devolução se dê pelo despreparo e incapacidade dos adotantes de lidar com as dificuldades que surgem, quem terá sequelas muitas vezes incuráveis é o adotando, que se sentirá humilhado, depreciado, experimentará a vergonha diante dos outros acolhidos por não ter ficado com a família que lhe foi indicada, e pode até mesmo mudar o seu comportamento e isolar-se (2017, p. 54).

Além disso, existe grande probabilidade de que a criança ou adolescente desenvolva condutas antissociais, de automutilação, tendo dificuldades de se relacionar com outras pessoas e com os profissionais da casa de acolhimento, visto que passa a acreditar que não é merecedora da confiança e do amor dos outros e nem de si mesma. Essa situação pode ser até mesmo motivo de suicídio em casos mais gravosos (CARNAÚBA; FERRET, 2018).

No mais, a criança ou adolescente devolvido terá ainda mais dificuldades para se inserir novamente em alguma família, visto que a devolução constará em seu registro e a criança já contará com maior idade, o que acaba prejudicando a possibilidade de uma nova adoção (SOARES, 2019).

Desse modo, resta evidente que o infante devolvido sofre grandes impactos em seu psicológico, o que afeta amplamente seu desenvolvimento, existindo princípios que resguardar seus direitos. Quando a devolução ocorre, esses princípios devem resguardar ao menor, atenção a sua situação, conferindo o que lhe for cabível para amenizar o sofrimento causado.

Para Lorena Soares, a possibilidade legal de que a responsabilidade civil incida nos casos de devolução é totalmente cabível “pois denota-se que a devolução constitui ato ilícito, conforme previsão do art. 186 do Código Civil, uma vez que a devolução causa danos irreparáveis a criança ou adolescente” (SOARES, 2019).

No entanto, em que pese a devolução e a aplicação de indenização ocorra, ainda não existem fartas decisões jurisprudenciais tratando sobre o assunto. Isso porque parte dos tribunais brasileiros optam por não disponibilizar suas decisões que abarcam e discutem sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, tendo maior incidência de condenações no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (MATOS *et al.*, 2021).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ainda no ano de 2011, procedeu à condenação de danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e materiais, na forma de alimentos, no importe de 15% (quinze por cento)

do salário-mínimo, para uma criança que teve que, por decisão judicial, retornar ao abrigo[3].

A desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, relatora do caso, destaca em seu voto que a criança foi um objeto nas mãos dos pais adotivos, de modo que nunca foi tratada com o amor e o respeito devido. Além disso, os genitores realizavam chantagem emocional em face da infante, manifestando que se a criança não se comportasse, iriam lhe devolver para o abrigo.

Na visão da relatora, "a responsabilidade familiar não se limita ao dever alimentar, mas, também, se estende ao dever de possibilitar um desenvolvimento psicossocial saudável em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana"[4].

Diante disso, depreende-se que, para a avaliação sobre a incidência de indenização e a quantificação do valor, a avaliação médica dos prejuízos causados ao menor é documento extremamente importante e indispensável. Isso porque a quantificação do valor a título de indenização se dará de acordo com o prejuízo causado na criança e a condição financeira atinente do ofensor.

Recentemente, em mesmo sentido da decisão anterior, um casal do Interior de São Paulo foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da devolução de uma criança de 11 (onze) anos que havia sido adotada. A criança passou com a família cerca de um ano e meio e adquiriu vários danos psicológicos em razão da atitude.[5]

3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.09.568648-2/002, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 16/12/2011).

4 Id ibid

5 Ação indenizatória – Danos morais – Responsabilidade civil pela devolução de criança adotada – Intempestividade do recurso – Inocorrência – Aplicação do prazo de 15 dias previsto no Código de Processo Civil – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Juiz, na condição de

No presente caso, ocorreu uma evidentemente quebra de expectativa na adoção entre a criança que foi idealizada pelo casal e a real com quem passaram a conviver, sendo tal situação considerada comum, como refere a relatora Marcia Dalla Déa Barone, pois “a adoção ocorre fora da chamada janela de adoção (que engloba crianças de até quatro anos de idade), como ocorreu no presente caso”[6]

A relatora Marcia Dalla Déa Barone também ressalta que não se negam as dificuldades encontradas com a adoção tardia, mas tais empecilhos não podem servir como base para que se admita que os adotantes passem a se comportar de uma maneira totalmente inconsequente quanto a decisão que tomaram de adotar a criança anteriormente, a tendo no seio familiar sem quaisquer distinções.

Assim, entende-se que, em se tratando de responsabilidade civil por abuso de direito, os casos de devolução independem de análise da intenção dos adotantes em cometer o ato ilícito e causar o dano ao menor, pois trata-se de responsabilidade de cunho objetivo. Ademais, os impactos sofridos pelo infante constituem ofensa a sua dignidade, se tratando de danos *in re ipsa*.

A decisão proferida destacou que os adotantes devem ter consciência de que se trata de um ser humano e não de um objeto, o que pode resultar com grande certeza na aplicação de indenização, conforme fundamentado:

> […] tem-se que a responsabilidade civil atinente à conduta de devolver um filho adotado reside no abuso de direito, isto é, uma conduta distorcida dos adotantes que agem de forma contrária ao instituto da adoção e à dignidade do adotando, mesmo conhecendo a irreversibilidade do ato, como previsão legal. Esbarra-se na vedação

destinatário das provas, deve indeferir providencias meramente protelatórias – Acervo probatório farto e suficiente para a resolução da lide – Mérito – Abuso de direitos dos pais adotivos em devolver a criança inserida no seio familiar – Responsabilidade objetiva – Abuso de direito – "*Venire contra factum proprium*" – Danos morais "*in re ipsa*" – Valor da indenização bem fixado pela r. sentença no valor de R$ 150.000,00 que não comporta redução – Sentença mantida – Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 1007832-93.2018.8.26.0048; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 1ª Vara Criminal Infância e Juventude; Data do Julgamento: 05/03/2020; Data de Registro: 11/03/2020).

6 Id ibid

> de comportamentos contraditórios ("venire contra factum proprium"), de modo que a responsabilidade civil deve considerar alguns elementos, quais sejam: a conduta do agente, a expectativa legítima gerada em terceiro; a contradição à conduta inicialmente manifestada e o dano decorrente de tal contradição. (BRASIL, 2020)[7].

Somadas as circunstâncias, o acórdão manteve a decisão de primeiro grau, condenando os adotantes ao pagamento do importe de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), sendo tal valor tido como razoável a situação de sofrimento causada ao infante e proporcional à condição financeira dos adotantes, que seguidamente realizavam viagens caras e apresentavam um *status* de vida luxuosa.

Na realidade do Estado do Rio Grande do Sul, ajuizada pela Defensoria Pública, observa-se o acolhimento da tese. No caso, os adotantes participaram de toda a gestação da criança e, após o nascimento, a registraram como sua – *adoção à brasileira* –, tendo a criado como filha por cerca de 14 (quatorze anos)[8].

Ocorre que, no referido lapso temporal, os guardiões restringiram fortemente o desenvolvimento da infante. Além de não lhe ser assegurado o carinho necessário, os pais não lhe permitiam liberdade para pegar comida ou bebidas e sequer a deixavam tomar banho sozinha, bem como limitavam o contato da criança com parentes próximos.

Os demandados não apresentaram defesa na ação, havendo condenação ao pagamento de alimentos, no importe mensal de um salário-mínimo vigente, como também do valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais. Para fundamentar a decisão, destacou o Juiz de Direito atuante na comarca, Doutor Marco Aurélio Antunes dos Santos, que:

7 Id ibid

8 Processo Judicial nº. 5003501-64.2020.8.21.0049, que tramitou na 2ª Vara Judicial da Comarca de Frederico Westphalen/RS, em segredo de justiça.

> […] a situação envolvendo ambos os genitores e uma filha refoge à normalidade, configurando-se uma atitude egoísta, moralmente censurável e juridicamente reprovável. Os pais assumem obrigações jurídicas em relação aos seus filhos, que vão muito além do necessário para a sua mantença, abarcando também os deveres imateriais para o desenvolvimento da pessoa. Importante referir que não se está a discutir a obrigação de os pais amarem ou não a filha, mas sim o seu dever de zelo e cuidado com ela. O sentimento de tristeza causado pela omissão materna e paterna é perfeitamente compreensível e geram a necessidade de compensação, mesmo que seja pela via econômica. (BRASIL, 2021)[9]

Por todo o exposto, resta evidente que a devolução traz demasiados impactos negativos para a vida do adotado, de modo que o Poder Judiciário, diante da legislação vigente e de todos os princípios de proteção à criança e ao adolescente, não pode se abster de sua responsabilidade em garantir ao menor alguma reparação.

Portanto, verifica-se que os adotantes podem ser responsabilizados civilmente pelos impactos causados em crianças e adolescentes em razão da desistência da adoção, visto que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, o dano, por todo o sofrimento causado ao menor, o nexo causal, pela presença de vínculo familiar entre as partes, e a ação ou omissão voluntária, pela não cumprimento dos adotantes quanto aos seus deveres como pais e mães.

5 CONCLUSÃO

O artigo desenvolvido realizou um estudo aprofundado acerca da possibilidade de responsabilizar civilmente, através de danos morais e materiais, os adotantes que desistem da adoção de crianças e adolescentes, os devolvendo ao sistema de adoção após sentença transitada em julgado.

Da análise feita, constatou-se que a devolução, não possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, o que acaba por causar demasiada discussão sobre o assunto, frente ao grande prejuízo causado nos adotados que foram devolvidos, o que vai em desencontro com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral.

9 Id ibid.

A devolução dos adotados é um ato que vem sendo cada vez mais notificado e, em sua maior parte, ocorre em virtude do despreparo psicológico dos pais, cumulado com a quebra de uma expectativa com o passar do tempo da adoção. Também existem outras causas com menos incidência, como a chegada posterior de filhos biológicos, a cor da pele da criança, ou a adoção de outra criança. Entretanto, tais motivos não podem servir como desculpa para que se admita que os adotantes se comportem de modo inconsequente quanto a decisão que tomaram anteriormente.

Sobre os impactos, restou evidente que o segundo abandono causa efeitos bem mais catastróficos do que o abandono biológico, porquanto o adotado já vem sobrecarregado de demasiadas inseguranças e sentimento de rejeição. Com a volta ao abrigo, esses sentimentos acabam por se expandir, fazendo com que o menor adquira condutas antissociais, de automutilação, comportamentos agressivos, sentimentos de inadequação, dentre tantos outros danos que podem ser irreversíveis.

Portanto, a partir do estudo realizado, verifica-se, conforme análise de precedentes jurisprudenciais, que os adotantes podem ser responsabilizados civilmente pelos impactos causados em crianças e adolescentes em razão da desistência da adoção, visto que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, o dano, por todo o sofrimento causado ao menor, o nexo causal, pela presença de vínculo familiar entre as partes, e a ação ou omissão voluntária, pelo não cumprimento dos adotantes quanto aos seus deveres como pais e mães.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Apelação Cível nº. 1007832-93.2018.8.26.0048**, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 1ª Vara Criminal Infância e Juventude; Data do Julgamento: 05/03/2020; Data de Registro: 11/03/2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRASIL. **Apelação Cível nº. 1.0702.09.568648-2/002**, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 16/12/2011. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRASIL, **Processo Judicial nº. 5003501-64.2020.8.21.0049, em segredo de justiça,** competência da 2ª Vara Judicial da Comarca de Frederico Westphalen/RS, Juiz de Direito Marco Aurélio Antunes dos Santos, sentença prolatada em 02/07/2021, trânsito em julgado em 03/08/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília**, DF, 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRIGIDO, Rosemeire Aparecida Rodrigues; BONINI, Luci Mendes de Melo; SILVA, Elza Maria Tavares. **A devolução de crianças adotadas: aspectos legais**. Disponível em: https://cattrose.jusbrasil.com.br/artigos/637196892/a-devolucao-de-criancas-adotadas-aspectos-legais Acesso em: 29 de outubro de 2022.

CARVALHO, Larissa Grouiou de. **A indenização no âmbito da adoção**. Disponível em: https://semanaacademica.com.br/system/files/artigos/artigo_-_a_indenizacao_no_ambito_da_adocao.pdf. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

CARNAÚBA, Géssica da Silva; FERRET, Jhainieiry Cordeiro Famelli. **Devolução de crianças adotadas: consequências psicológicas causadas na criança que é devolvida durante o estágio de convivência**. Disponível em: http://revista.uninga.br/index.php/uninga/article/view/83/1727. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio**. Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias. 4ª. ed**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias I**. 9ª. ed. Salvador: Editora JusPodlvm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3: esquematizado®: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família. 3ª. ed**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk et al**. Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: Responsabilidade Civil.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Vol. V**. Atual. 25ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual. e ampl**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. **A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: https://docplayer.com.br/7401782-A-irrevogabilidade-da-adocao-um-direito-humano.html Acesso em: 29 de outubro de 2022.

SOARES, Lorena. A responsabilidade Civil dos pais adotivos ante a devolução dos adotados. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/lorena-soares/artigos/a-responsabilidade-civil-dos-pais-adotivos-ante-a-devolucao-dos-adotados-4999. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Direito de família. v. 5**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VILELA, Nathalia. A evolução legislativa da adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/48684/a-evolucao-legislativa-da-adocao-no-ordenamento-juridico-brasileiro#_ftn1. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

TEMA Nº 944: ENTRE MUDANÇAS E CONSTÂNCIAS DO CAMPO JURÍDICO

JURISPRUDENTIAL TOPIC Nº 944: BETWEEN CHANGE AND CONSTANCY IN THE LEGAL FIELD

TEMA JURISPRUDENCIAL N. 944: ENTRE CAMBIOS Y CONSTANCIAS EN EL CAMPO JURÍDICO

Marcírio Barcellos Gessinger[1]

RESUMO

O presente artigo procura entender como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi modificada para possibilitar que a imunidade de jurisdição fosse afastada em razão de atos de império que violassem direitos humanos. Para isso, escolheu-se o Tema nº 944 como estudo de caso, visto que é a partir dele que a jurisprudência desse tribunal é alterada. A fim de entender esse fenômeno, utiliza-se da Sociologia do Campo Jurídico de Bourdieu. Assim, busca-se entender a mobilização de capital simbólico por parte dos ministros para embasar suas decisões: doutrinas, jurisprudências e leis citadas, por exemplo. Para remodelar a jurisprudência, o Ministro Edson Fachin precisou mobilizar mais capital simbólico que os demais, fazendo uso de um capital muito internacionalizado, ou seja, um capital que busca legitimação na esfera internacional. Por outro lado, a nova jurisprudência do STF aponta no sentido de que boa parte dos ministros já tencionava ao encontro dessa mudança, culminando nesse ato enunciativo.
Palavras-chave: sociologia do campo jurídico; processo decisório; direitos humanos; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper seeks to understand how the Brazilian Supreme Federal Court jurisprudence was modified to enable the immunity from jurisdiction to be disregarded in case state's public or governmental acts violate human rights. For this, the jurisprudential topic nº 944 was chosen for a case study for the reason that it is since its ruling that Supreme Federal Court's jurisprudence is changed. Bourdieu's Sociology of the Legal Field is utilized to understand this phenomenon. It is sought, then, to comprehend how the symbolic capital is

1 Analista Jurídico/SEDUC RS; mestrando pelo PPGD/UFRGS; ORCID: 0000-0003-4162-4285; email para contato: marciriogessinger@yahoo.com.br.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

mobilized by the justices to justify their rulings: doctrines, jurisprudence and cited laws, for example. To change the jurisprudence, Justice Edson Fachin needed to mobilize more symbolic capital than the others, using a symbolic capital much more internationalized, in other words, a symbolic capital that seeks its legitmacy internationally. On the other hand, the new jurisprudence points in the sense that a handful of justices was already intending towards this change, culminating in this enunciative act.
Keywords: Sociology of the Legal Field; decision making process; human rights; Brazilian Supreme Federal Court.

RESUMEN

Este artículo busca comprender cómo se modificó la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño para permitir el descartamiento de la inmunidad de jurisdicción por actos de imperio violatorios de los derechos humanos. Para esto, se eligió como caso de estudio el Tema Jurisprudencial n. 944, ya que es a partir de él que se modifica la jurisprudencia de este tribunal. Para comprender este fenómeno se utiliza la Sociología del Campo Jurídico de Bourdieu. Así, buscamos comprender la movilización de capital simbólico por parte de los ministros para fundamentar sus decisiones: doctrinas, jurisprudencia y leyes citadas, por ejemplo. Para remodelar la jurisprudencia, el ministro Edson Fachin necesitó movilizar más capital simbólico que los demás, haciendo uso de un capital muy internacionalizado, o sea, un capital que busca legitimación en la esfera internacional. Por otro lado, la nueva jurisprudencia del STF apunta en el sentido de que buena parte de los magistrados ya pretendían atender este cambio, culminando en este acto enunciativo.
Palabras clave: Sociología del Campo Jurídico; proceso de decisión; derechos humanos; Supremo Tribunal Federal brasileño.

Data de submissão: 04/12/2022

Data de aceite: 16/01/2023

1 INTRODUÇÃO

Em agosto de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou drasticamente a sua jurisprudência acerca da imunidade de jurisdição de Estados em razão de violações de direitos humanos. Trata-se do Tema nº 944, por meio do qual se estabeleceu que: “Os atos ilícitos praticados por Estados

estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição" (BRASIL, 2021a).

Como esperado, a votação sobre a tese a ser definida foi apertada, com sete votos a favor da redação do tema que acabou por ser fixada e com cinco, contra. A posição do Ministro Edson Fachin, relator do Recurso Extraordinário com Agravo nº 954.858/RJ, o qual ensejou o debate em questão, encontrou divergências de ministros antigos no tribunal, especificamente dos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux e Marco Aurélio, bem como dos mais novos da Corte, os Ministros Alexandre de Moraes e Nunes Marques (BRASIL, 2021b).

A posição tradicional do STF até esse julgamento, entretanto, dispunha que quaisquer atos de império[2] praticados por Estados estrangeiros possuíam imunidade jurisdicional, não podendo serem julgados pelo Judiciário brasileiro. Inclusive, o maior avanço em matéria de imunidades jurisdicionais chegou à Corte por meio do Direito do Trabalho quando se decidiu que a Justiça do Trabalho poderia julgar casos de empregados de embaixadas (JIMENEZ, 2010). Antes do atual entendimento jurisprudencial do STF, entretanto, foi no Superior Tribunal de Justiça (STJ) onde um debate que questionava essa jurisprudência surgiu, buscando afastar a imunidade jurisdicional de atos de império em casos de violação de direitos humanos (JIMENEZ; MOSCHEN, 2011).

Cerca de doze anos antes da decisão do Tema nº 944, ocorria o julgamento do Recurso Ordinário nº 74/RJ pelo STJ. Assim como o caso julgado pelo STF, decidia-se sobre a possibilidade de julgar a República Federativa da Alemanha pelas mortes ocasionadas pelo afundamento de barcos no litoral brasileiro por embarcações de guerra alemãs durante a Segunda Guerra Mundial. Enquanto a maioria dos ministros votantes se ocuparam sobre a questão técnica sobre qual termo deveria ser usado para cientificar um Estado acerca de demanda judicial contra si: seria citação, seria intimação, seria notificação?; o Ministro Luis Felipe Salomão pronunciou voto divergente dos demais (BRASIL, 2009).

2 Atos de império seriam aqueles praticados pelo Estado enquanto ente soberano, à diferença dos atos de gestão (ACCIOLY; CASELLA; NASCIMENTO E SILVA, 2012).

Embora vencido, a fundamentação do ministro se mostrou interessante no tocante aos argumentos mobilizados para convencer os seus pares. Em primeiro lugar, juridicamente falando, foi sustentado que não haveria previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre imunidades jurisdicionais, sendo recepcionada pelo costume internacional a possibilidade de afastá-las em casos específicos. E, dessa maneira, a jurisprudência nacional deveria acompanhar a evolução desse costume. Por outro lado, apontou que as imunidades jurisdicionais não seriam ilimitadas, sendo admitido o ajuizamento, por exemplo, de ações trabalhistas a fim de impedir situações de injustiça. Também, referiu que a imunidade seria superada em casos de violações de direitos humanos, especialmente quando afetassem a comunidade internacional como um todo. No caso em apreço, seria uma violação de direito humanitário, visto que um Estado beligerante matou civil não-combatente durante um período de guerra. O que mais chama atenção[3], todavia, é a quantidade de doutrinas e jurisprudências, tanto nacionais quanto internacionais, citadas a fim de atribuir um peso maior à argumentação do ministro. Ao mesmo tempo que se pode perceber que a maior parte da doutrina citada é nacional, nota-se que a jurisprudência citada possui um perfil mais internacionalizado (BRASIL, 2009).

Por ser posição minoritária, jurisprudencialmente, o Ministro Luís Felipe Salomão precisou agregar ao seu voto mais argumentos, sejam eles unicamente jurídicos, sejam eles advindos da autoridade jurídica de doutrinadores ou da jurisprudência internacional. Como referido anteriormente, porém, essa posição deixou de ser minoritária e passou a ser representativa da jurisprudência brasileira a partir do Tema nº 944 do STF.

A pesquisa pretende entender, dessa maneira, como os capitais simbólicos foram mobilizados quando do julgamento desse tema, resultando em uma alteração jurisprudencial. De outra banda, o capital simbólico “não é outra coisa senão o capital, qualquer que seja a sua espécie, quando percebido

3 Chama a atenção pelo fato do voto do Ministro Luis Felipe Salomão responder por mais da metade do acórdão do Recurso Ordinário nº 74/RJ, assim como pelas citações de doutrina e de jurisprudência, tendo a fundamentação mais extensa e mais densa.

por um agente dotado de categorias de percepção resultantes da incorporação da estrutura da sua distribuição" (BOURDIEU, 1989, p. 145). Em outras palavras, tem-se o capital simbólico, quaisquer que sejam suas origens (econômica, política, jurídica e afins), como aquilo que é percebido pelos agentes de determinado campo enquanto algo amplamente reconhecido como obviamente constitutivo e importante ao campo. No presente estudo, foca-se no capital social, "conjunto de recursos atuais ou potenciais que estão ligados à posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de inter-reconhecimento" (BOURDIEU, 2007b, p. 65). Assim, é possível pensar no conhecimento de doutrinas jurídicas e a própria formação acadêmica dos ministros como capitais sociais que podem ser mobilizados em seus votos dentro do universo de capitais simbólicos. Ainda, os conceitos de campo, *habitus* e *doxa* serão utilizados a fim de compreender o objeto de pesquisa a partir de uma análise bourdieusiana.

Trata-se, dessa maneira, de uma pesquisa com enfoque qualitativo de alcance descritivo, visto que se utiliza de escolha intencional estudo de caso, com pretensões de generalização teórica, e que objetiva compreender e descrever um fenômeno social específico, qual seja o processo decisório que resultou na mudança de jurisprudência do STF (COLLADO; LUCIO; SAMPIERI, 2013). Como marco teórico, por sua vez, lança-se mão da sociologia do campo jurídico bourdieusiana por se considerar adequada à análise do problema de pesquisa, uma vez que se procura entender uma disputa por dizer o direito, ou, nas palavras de Bourdieu, uma disputa pelo "monopólio de dizer o direito" (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Desse modo, a pesquisa divide-se em: 1) Introdução; 2) Exposição do marco teórico; 3) Estudo de caso à luz do marco teórico; 4) Conclusão. Por fim, ressalta-se que o levantamento de dados do acórdão a ser examinado será feito simultaneamente ao estudo de caso.

2 O CAMPO JURÍDICO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

No capítulo intitulado *A força do Direito* de sua obra *O poder simbólico*, Bourdieu inicia o debate buscando distinguir a diferença de uma Ciência do Direito de uma Ciência Jurídica. A Ciência do Direito teria por objeto, justamente, a Ciência Jurídica. Essa preocupação de diferenciar essas ciências surge daquilo que se considera erros em outras teorias do Direito, quais sejam o formalismo e o instrumentalismo. Àquelas teorias formalistas, o Direito seria uma forma social autônoma, se justificando em si e para si mesma enquanto àquelas instrumentalistas, o Direito não passaria de uma ferramenta da classe dominante (BOURDIEU, 1989).

O sociólogo francês, entretanto, compreende o campo jurídico[4] como um universo social específico, relativamente independente a pressões internas. Ou seja, os campos são relativamente autônomos no sentido de estabelecerem suas próprias regras, mas serem influenciados por outros campos (SCKELL, 2016). Dentro dessa autonomia relativa, a lógica do campo jurídico seria duplamente determinada:

> As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisam das ente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna, obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo de soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 211).

Por ser o campo jurídico um campo social, haverá, inevitavelmente, disputas de capital social. Nota-se que essa disputa não é somente política, mas também intelectual, especialmente no campo jurídico, visto que o debate jurídico afeta diretamente a distribuição de poder dentro do campo político (VILLEGAS, 2004). Por outro lado, é perceptível que não seriam quaisquer indivíduos que possuiriam competência para participar das lutas de

4 Bourdieu compreende o campo jurídico como "lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa do mundo social" (BOURDIEU, 1989, p. 212).

concorrência, daí surgindo a ideia das categorias dos *profanos* e dos *profissionais*[5], sendo esses os atores legitimados a concorrer pelo monopólio de dizer o direito, baseando-se na leitura de um "*corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social" (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Essa categorização, inclusive, demonstra a preocupação bourdieusiana sobre a ideia de autonomia do campo jurídico. O descolamento entre profanos e profissionais resultaria numa visão/ilusão da autonomia desse campo (BOURDIEU, 1989). Por sua vez, para que pessoas fora do campo acreditem no campo, é necessário que os profissionais dentro desse campo tenham competência e tenham interesse na disputa de poder (SCKELL, 2016).

A dicotomia entre profanos e profissionais, porém, não pode permitir que se pense que todos os profissionais estejam em pé de igualdade. Pelo contrário, o campo jurídico é altamente hierarquizado e baseado numa autoridade hierárquica, baseada em normas legais. Em razão disso, é fácil que se compreenda o campo jurídico como tendo fundamento nele mesmo, ou melhor, tenha autonomia (BOURDIEU, 1989).

Compreendendo campo como um universo de referências práticas culturais ordinárias (PONZILACQUA, 2018, p. 8) e tendo em mente a pretensa autonomia do campo, é possível apontar a linguagem jurídica como algo intrínseco ao campo jurídico. Ela, especificamente, serve como um véu de impessoalidade e de neutralidade, sendo construída a partir de um processo de racionalização, que busca a neutralização do Direito - sua impessoalidade - e a universalização do Direito - generalidade e atemporalidade (BOURDIEU, 1989). Soraya Sckell, no que tange o processo de codificação do Direito, refere que esse produz "a racionalização, a universalização e a normalização" (SCKELL, 2016, p. 10), procurando a racionalização a ilusão de autonomia do campo; a universalização, a dominação simbólica ao ao condicionar o particular

5 A figura do profissional dentro do campo jurídico pode ser exemplificada, no contexto brasileiro, pelo artigo 133 da Constituição Federal: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (BRASIL, 1988).

a partir de si; e a normalização, um dever ser pautado na universalidade simbólica (SCKELL, 2016).

Alicerçado nessa perspectiva de racionalização do campo jurídico como maneira de garantir a sua ilusória autonomia e na divisão entre profanos e profissionais, Bourdieu chega à categoria de intérpretes autorizados do Direito[6]. A sua função ao interpretar o Direito é precisamente garantir sua universalização e sua impessoalidade, seja na teoria, seja na prática. Assim, haveria intérpretes encarregados da interpretação teórica - professores - e da interpretação prática - magistrados. Enquanto os professores garantem a abstração do Direito, os magistrados garantem sua aplicação ao caso concreto de modo a manter o véu de abstração. Embora haja essas distinções, ambas as interpretações estão ligadas à capacidade de nomeação[7], ou seja, à capacidade de constituir o campo social por meio de atos de enunciação[8] da verdade (BOURDIEU, 1989).

A busca pelo significado da lei, não obstante, não está atrelado a momentos distintos quando se pensa na separação categórica entre professores e magistrados. O Direito não é, em um momento, o que o professor diz que deve ser e, em outro, o que o magistrado diz que deve ser, mas sim:

> [...] o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competência técnica e social desigual, e por isso desigualmente capazes de mobilizar recursos jurídicos disponíveis para a exploração das regras possíveis e de utilizá-las eficazmente como armas simbólicas, para fazer triunfar a sua causa. O efeito jurídico da regra, ou seja, sua significação real, é determinado na relação de forças específicas entre os profissionais, que tende a corresponder à relação de forças entre as partes envolvidas no conflito. O Direito, nessa perspectiva, é o resultado de uma relação de forças determinada pela estrutura de distribuição do capital entre os agentes, que por sua vez vem determinada pela relação com as diferentes distribuições de

6 A essa dinâmica, Bourdieu dá o nome de divisão do trabalho de dominação simbólica (BOURDIEU, 1989).
7 O poder de nomeação, todavia, não é ilimitado. Só surtem efeito quando estão "objetivamente ajustados às divisões preexistentes de que são produto, que tais atos têm toda a sua eficácia de enunciação criadora que, ao consagrar aquilo que enuncia" (BOURDIEU, 1989, p. 238).
8 Como lembra Soraya Sckell, um dos aspectos do Direito é o Direito enquanto discurso, ou melhor, como "unidade de significação ou prática enunciativa" (SCKELL, 2016, p. 6).

> outros tipos de capital (econômico, cultural, social etc.) (AZEVEDO, 2011, p. 7).

Apesar do foco na disputa pelo monopólio de dizer o Direito, Bourdieu alerta que a visão de mundo dominante é favorecida, vez que "a proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade do *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo" (BOURDIEU, 1989, p. 242). O *habitus* é um "sistema das disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes" (BOURDIEU, 2007a, p. 191). De outro modo, *habitus* pode ser entendido como um conceito intermediário entre regras e causalidade entre essas regras e condutas (VILLEGAS, 2004, p. 10).

O *habitus*, complementa Márcio Ponzilacqua, é a interiorização da *doxa* que, no que lhe diz respeito, seria a universalização das verdades e das condições sociais de produção de determinado campo (PONZILACQUA, 2018). Conforme indica Bourdieu, "a lógica específica de um campo se institui em estado incorporado sob a forma de um *habitus* específico" (BOURDIEU, 2001, p. 21), ou seja, a *doxa* representa as ilusões que definem o campo em sentido próprio e, por isso, as verdades e as condições que o produzem, em que pese suponha "a suspensão dos pressupostos do senso comum" (BOURDIEU, 2001).

Quando se concebe o campo jurídico brasileiro, o conceito de *habitus* se mostra de grande valia, visto que produz e é produzido por ações históricas (SCKELL, 2016), possuindo o campo jurídico nacional - objeto a ser analisado nessa pesquisa - peculiaridades histórico-materiais. Levando em consideração, então, que a realidade brasileira não é igual à francesa, de onde Bourdieu escreve, e, por consequência, o campo jurídico brasileiro não será igual ao francês, é preciso levantar algumas questões específicas da lógica do campo jurídico brasileiro.

Nessa senda, o campo jurídico brasileiro, conforme Roberto de Kant Lima, está afeito à *lógica do contraditório* em que o conhecimento é construído por meio de oposições de teses contraditórias que só podem ser resolvidas por uma autoridade terceira. Essa lógica é consequência de práticas pedagógicas e de processos de socialização dentro do campo jurídico, tanto no aspecto profissional quanto no acadêmico. Em outras palavras, não há consenso sobre o saber jurídico e, concomitantemente, o saber jurídico se sujeita ao argumento da autoridade e não, à autoridade do argumento (LIMA, 2012).

Em virtude dessa lógica de produção (e de reprodução) do campo jurídico brasileiro, revela-se predisposto à manualização[9] do Direito, categorizando e normatizando segundo idealizações acerca do campo. Identifica-se essa lógica, inclusive, na sua produção acadêmica:

> Os discursos produzidos pela dogmática – baseados essencialmente em opiniões, em vez de dados, ou evidências – ainda sustentam a produção "teórica" do Direito, embora não encontrem qualquer correspondência empírica. Isto tem como consequência o fato de que ler leis, livros e manuais de Direito não é suficiente para construir uma percepção adequada do campo jurídico e tampouco permite entender a lógica do nosso sistema judiciário (BAPTISTA; LIMA, 2014).

Destacando o papel central da autoridade do argumento no campo jurídico nacional, Marcus Dantas registra que a lógica do Direito está intimamente ligada ao modelo argumentativo do parecer. A pesquisa jurídica e, igualmente, a forma de perceber o campo estão pautados nas autoridades jurídicas. Dessa forma, esquece-se que os pareceres são um serviço com fins específicos, quais sejam convencer alguém de algo, e acabam sendo encarados como dogmática. O parecer só pode cumprir sua função em um ambiente que haja argumentação por autoridade. A função dos manuais, dessa maneira, é o convencimento dos agentes que se encontram dentro do campo jurídico e não de uma análise científica desse mesmo campo (DANTAS, 2017).

9 Sobre esse assunto, Roberto de Kant Lima ressalta que: "No nosso direito, ao inverso, proliferam manuais, tratados e dicionários, que são fontes perenes de controversas opiniões doutrinárias, a serem instrumentalizadas de acordo com as necessidades específicas dos atores do campo num dado momento" (LIMA, 2012, p. 36-37).

Sublinha-se que esses manuais de Direito são altamente europeizados. Em outras palavras, a construção sobre o Direito nos manuais traz institutos, explicações e jurisprudências, em sua maioria, europeias, havendo preferências pelas doutrinas francesas, alemãs e inglesas (LORCA, 2006). O próprio campo jurídico acadêmico é muito europeizado e americanizado, explicando os professores aos alunos o conteúdo a partir de institutos jurídicos europeus e estadunidenses como pontos de referência de qualidade (GESSINGER, 2021). Esse processo de internacionalização do campo, por outro lado, pode ser visto no processo decisório de aplicação de tratados internacionais, citando-se o exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região (TRT4). Na aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo TRT4, mais da metade das vezes em que o referido tratado é aplicado aos processos trabalhistas é em virtude de um único desembargador cuja formação acadêmica é altamente internacionalizada, especialmente relativo à Espanha nesse caso (GESSINGER, 2019). Nesse sentido, Bourdieu alerta que o imperialismo cultural é reproduzido em universidades, em revistas científicas, em organizações internacionais e centros de estudos, constituindo boa parte do conhecimento acadêmico (BOURDIEU, 2007c).

Pode-se, desse jeito, vislumbrar elementos do *habitus* ligado ao campo jurídico nacional. As formas como a ciência jurídica é construída e como o Direito é europeizado, a título exemplificativo, constituem parte da maneira como os ministros fundamentam seus votos, visto que trazem doutrinas, jurisprudências e legislações estrangeiras como argumentos de autoridade, uma vez que consideradas representantes de um capital simbólico/social altamente desejado dentro do campo.

De outra banda, a *doxa* do campo jurídico nacional está na lógica do contraditório que, por sua vez, implica a necessidade de um terceiro decidir as disputas. O consequente estabelecimento de uma argumentação por autoridade, portanto, acaba por ir de encontro a qualquer empirismo, afastando-se da realidade e construindo um Direito ideológico à medida que sofre um descolamento de suas bases materiais. A *doxa*, então, reside na

ilusão de autonomia desse campo por meio das especificidades apresentadas que devem ser aceitas pelos agentes a fim de participar na disputa pela luta pela interpretação do Direito.

Considerando as contribuições sociológicas de Bourdieu e as especificidades do campo jurídico brasileiro, a análise da mudança de jurisprudência pode ser melhor compreendida. Assim, o próximo item da pesquisa se encarrega de examinar à luz do marco teórico os dados levantados pelo estudo de caso do Tema nº 944 do STF.

3 A SUPERAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA: SOBERANIA OU DIREITOS HUMANOS?

Do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 954.858/RJ, participaram os Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques. Desses, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes e Nunes Marques proferiram votos contrários à tese do Ministro Relator Edson Fachin (BRASIL, 2021b). Para fins de metodologia, começa-se a análise do acórdão pelo voto vencedor, partindo, então, àqueles divergentes. Escolhe-se para análise, de início, o voto vencedor por ser ele que vai determinar o fluxo da fundamentação dos demais votos de modo que os votos divergentes se espelham em si para, por sua vez, lançarem suas próprias divergências. Dessa forma, nota-se que os votos divergentes dependem do voto vencedor na medida que são construídos a partir da argumentação posta por si.

O estudo de caso possibilita analisar e identificar diferentes capitais sociais mobilizados pelos ministros do STF. Em primeiro momento, delimita-se o julgado representativo da questão a ser examinada. Nesse caso, pelas razões já expostas, compreendeu-se que o Tema nº 944 do STF possuiria representatividade suficiente para servir de estudo de caso. Em seguida, analisou-se os argumentos utilizados pelos ministros, como doutrinas,

legislações e jurisprudências, em seus votos, os quais representam seu conhecimento jurídico do assunto, além de fazerem parte de suas fundamentações. Então, examinou-se o currículo dos ministros que proferiram votos no referido julgamento a fim de entender em qual medida suas experiências acadêmicas (e profissionais) compuseram as fundamentações de seus votos. Percebe-se, desse modo, que o estudo de caso, seja da leitura dos votos proferidos, seja do exame dos currículos dos ministros, é capaz de apontar quais capitais sociais, dentro do conceito mais amplo de capital simbólico, estariam sendo mobilizados pelos magistrados.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin inicia sua fundamentação no sentido de que a matéria seria regida pelo costume internacional, visto que o Brasil não teria se vinculado a tratados específicos sobre imunidade de jurisdição. Não obstante reconhecer que seria, de fato, costume internacional a imunidade de jurisdição por atos de império, pontua que nem sempre o costume internacional deve prevalecer. Para o ministro, a prevalência ou não deveria ser sopesada por meio da consideração dos Direitos Humanos (BRASIL, 2021b).

Ao fazer esse destaque à importância dos Direitos Humanos, a discussão passa do âmbito do Direito Internacional para o Direito Constitucional. Lança-se mão, desse jeito, do artigo 4º da Constituição Federal, especialmente do seu inciso II, para defender o primado dos Direitos Humanos sobre a imunidade de jurisdição. À vista disso, argumenta o ministro que: “É assim que entendo deve esta Corte, diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (Art. 4º, II), torná-la efetiva, afastando a imunidade de jurisdição no caso” (BRASIL, 2021b, p. 39). A fim de sustentar seu posicionamento, o Ministro Edson Fachin mobiliza diversos recursos simbólicos, os quais serão examinados segundo três categorias: doutrina, jurisprudência e leis estrangeiras.

Em relação à doutrina, é possível dividi-la em dois tipos: nacional e internacional. Essa é proveniente da própria Comissão de Direito Internacional

da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão da ONU especializado em criar rascunhos de codificação do Direito Internacional (ONU, 1981). A doutrina nacional, no que lhe tange, é representada pelas obras *Direito Internacional Privado* de coautoria de Jacob Dolinger e de Carmen Tiburcio; *Curso de Direito Internacional Público* de autoria de Valério Mazzuoli; *Extensão e limites da jurisdição brasileira* de autoria de Carmen Tiburcio; e *Princípios do direito internacional contemporâneo* de autoria de Antonio Cançado Trindade. Os livros *Direito Internacional Privado* e *Curso de Direito Internacional Público* são ambos manuais jurídicos, ao passo que o autor Valerio Mazzuoli é considerado, pelo menos no Rio Grande do Sul, bibliografia essencial na disciplina de Direito Internacional Público (GESSINGER, 2021). Apesar de ser possível debater se o livro *Extensão e limites da jurisdição brasileira* seria um manual ou não, a sua autora está envolvida na coautoria de manuais jurídicos, demonstrando certo nível de autoridade jurídica. Por último, Antonio Cançado Trindade é atualmente juiz da Corte Internacional de Justiça, tendo sido anteriormente juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, sendo autor de manuais dogmáticos, como *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (CNPQ, 2010).

A categoria da jurisprudência também pode ser divida em nacional e em internacional. Aqui, entretanto, parecem fundamentar estratégias de argumentação um pouco diferenciadas entre si, porém complementares. Os precedentes nacionais (ACi 9.696; RE-AgR 222.368; ACO-AgR 543; RO nº 60; e RO nº 64/SP) são citados para situar historicamente a decisão do ministro, demonstrando qual era a posição jurisprudencial até então e o horizonte possível, com base em precedentes mais progressistas. Ao contrário, a jurisprudência internacional (Caso Ferrini - Itália; *Jurisdictional immunities of the state case* - Corte Internacional de Justiça; Caso Distomo - Grécia; Caso Letelier v. República do Chile - Estados Unidos; Caso República da Hungria v. Simon - Estados Unidos; Caso República Federativa da Alemanha v. Phillipp - Estados Unidos; Caso Japão e mulheres de conforto - Coreia do Sul; e Caso

Japão e trabalho escravo durante a Segunda Guerra Mundial - Coreia do Sul) sugere a possibilidade de que a imunidade de jurisdição seja afastada em casos de violação de Direitos Humanos por meio de uma superação jurisprudencial pautada por julgados majoritariamente europeus e estadunidenses (BRASIL, 2021b).

Quanto à terceira categoria, leis estrangeiras, o Ministro Edson Fachin utiliza os exemplos do *U.S. Foreign Sovereign Immunities Act* (Estados Unidos); *State Immunity Act* (Reino Unido); *Foreign States Immunities Act* (Austrália); e Lei sobre Imunidade de Jurisdição (Argentina). Novamente, a internacionalização da categoria ocorre por meio de experiências europeias (europeizadas no caso australiano) e estadunidenses (BRASIL, 2021b).

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes apresenta a primeira divergência ao voto do Ministro Relator. Igualmente, recorre ao artigo 4º da Constituição, não obstante a outros incisos, para resolver o problema jurídico apresentado ao tribunal, embora, de maneira opostamente simétrica:

> Assim, se o Brasil adota os princípios da igualdade entre os Estados e da defesa da paz, além da própria independência nacional e da prevalência dos direitos humanos, em princípio, querer submeter Estado estrangeiro à suas determinações jurisdicionais pode ir de encontro a tais postulados, sendo esta a concepção clássica da imunidade de jurisdição e de execução (BRASIL, 2021b, p. 47).

Para fundamentar sua decisão, não houve utilização de doutrina, nem nacional, nem internacional. De maneira oposta, empregou-se jurisprudência, nacional e internacional, e leis estrangeiras para fortalecer seu posicionamento.

A única jurisprudência internacional a ser citada é o *Jurisdictional immunities of the state case* julgado Corte Internacional de Justiça, também citado pelo Ministro Edson Fachin. Todavia, a perspectiva dessa citação está voltada ao resultado do caso em que a referida corte considerou a Itália culpada por violar a imunidade de jurisdição da Alemanha ao permitir que seu Judiciário a julgasse por atos de império durante a Segunda Guerra Mundial (ICJ, 2012). O emprego da jurisprudência nacional, no caso, limita-se a reforçar

o posicionamento jurisprudencial do STF, citados os seguintes julgados: Rcl 11.243; AI 139.671 AgR; ACO 543 AgR; e ACO 623 AgR (BRASIL, 2021b).

Encerrando-se a análise da posição do Ministro Gilmar Mendes, nota-se que foram citadas as seguintes leis estrangeiras: *State Immunity Act* (Reino Unido); *State Immunity Act* (Cingapura); *Foreign States Immunities Act* (África do Sul); *State Immunity Ordinance* (Paquistão); *Acts to Provide for State Immunity In Canadian Courts* (Canadá); *Foreign States Immunities Act* (Austrália); Lei sobre Imunidade de Jurisdição (Argentina); e *Foreign Sovereign Immunity Act* (Estados Unidos) (BRASIL, 2021b). Quando comparado o objetivo do Ministro Gilmar Mendes de trazer essas leis à fundamentação com aquele do Ministro Edson Fachin, percebe-se que se circunscreve a *status* de curiosidade, enumerando-as em um único parágrafo (BRASIL, 2021b, p. 49-50). Embora haja diferenças quanto ao objetivo, o perfil europeu e estadunidense permanece, inclusive quando se lembra que Paquistão e África do Sul foram colonizados pelo Reino Unido - assim como os próprios Estados Unidos.

Depois, é o Ministro Marco Aurélio quem profere voto divergente ao do Ministro Edson Fachin. Mais uma vez, a jurisprudência do STF é defendida, no sentido de que: “não é viável, no plano da lógica, a tentativa de relativizar a jurisprudência consagrada pelo Tribunal, no que tange aos atos de império, mesmo envolvendo afronta a direitos humanos em contexto de guerra” (BRASIL, 2021b, p. 85).

Assim como no voto examinado anteriormente, nenhuma doutrina foi citada. Diversamente, leis estrangeiras não foram utilizadas como argumento na decisão. O uso de jurisprudência se dividiu em dois precedentes nacionais e um internacional. Ambas as jurisprudências (RO nº 129/RJ e AC nº 9.696) nacionais são citadas de modo a ressaltar o posicionamento do STF. De outra mão, o caso Ferrini é citado erroneamente, visto que seu julgamento é atribuído à Corte Internacional de Justiça ao passo que foi julgado pela Corte Suprema de Cassação da Itália, de forma a apontar que a imunidade de

jurisdição deveria ser afastada em casos de atos de império que violariam Direitos Humanos (BRASIL, 2021b).

Em sequência, o Ministro Alexandre de Moraes se restringe a uma doutrina nacional e uma jurisprudência nacional. A despeito de haver uma única referência à doutrina nacional, essa citação se destaca das demais, vez que não foi um livro ou um manual referenciado, mas um artigo de dogmática - *A imunidade de jurisdição dos estados: a prática estatal brasileira e internacional* de Pedro Guimarães Vieira[10]. A jurisprudência nacional (AC nº 9.696), por sua vez, é utilizada de forma a garantir a jurisprudência consolidada do STF (BRASIL, 2021b).

Por fim, os Ministros Luiz Fux e Nunes Marques somente acompanharam as divergências. Em seus votos, então, apenas anunciaram suas divergências sem fundamentação específica (BRASIL, 2021b).

O primeiro ponto que se destaca das posições opostas é a forma como as visões sobre a soberania são trazidas à tona na argumentação dos ministros. O Ministro Edson Fachin se utiliza de uma visão sobre soberania que não a considera ilimitada e intransponível, devendo-se observar os Direitos Humanos antes de tudo, baseando-se no artigo 4º, inciso II, da Constituição. Contrariamente, os ministros que apresentam divergências parecem compreender a soberania como um limite insuperável à jurisdição nacional, fundamentando-se, igualmente, no artigo 4º da Constituição Federal, embora em incisos distintos, quais sejam os I e V, especialmente esse último.

O peso da doutrina, no que lhe diz respeito, aparenta ser díspar quando se coloca a questão sob o prisma da dualidade do voto vencedor/voto divergente. De início, salienta-se que o Ministro Edson Fachin sai de uma posição jurisprudencial mais frágil, defendendo uma tese contrária àquela sedimentada há décadas pelo STF. Desse jeito, seu voto lança mão de bibliografia mais extensa àquela referenciada por quem apresentou voto divergente. Das cinco referências doutrinárias, somente uma é internacional,

10 É interessante salientar que o autor não possui manuais jurídicos publicados, sendo sua produção bibliográfica voltada a revistas jurídicas, o que o diferencia dos demais autores referenciados. Por sua vez, o autor em questão é juiz do trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (CNPQ, 2020).

enquanto quatro são nacionais, o que sugere que: se desconhece doutrinas internacionais ou se prefere as doutrinas nacionais às internacionais. A hipótese de desconhecimento de doutrinas internacionais sobre o tema é forte, visto que a única doutrina internacional citada vem da própria ONU, ou melhor, de um órgão da ONU especializado na matéria, e não de algum(a) autor(a) específico(a). A preferência da doutrina nacional à internacional se mostra improvável, vez que o *habitus* jurídico brasileiro favorece as doutrinas europeias e estadunidenses. O mote correto talvez seja a autoridade do doutrinador, elegendo-se autores que possuam manuais em seus currículos, sendo considerados automaticamente, nessa dinâmica do campo jurídico proposta por Marcus Dantas (2017) e por Roberto de Kant Lima (2012), especialistas no assunto. A doutrina referenciada pela posição divergente, citada pelo Ministro Alexandre de Moraes, não é de um doutrinador ou de um acadêmico, porém de um juiz do trabalho vinculado ao TRT3, o que reforça certa lógica parecerista, respaldada pela autoridade de quem profere o argumento.

A jurisprudência, no que lhe tange, foi a única categoria que aparece em todos os votos dos ministros, ainda que em circunstâncias distintas. Inicialmente, isso pode indicar que, quando se pensa em mobilização de capital social, a jurisprudência é o recurso simbólico preferido dos ministros. Por sua vez, o Ministro Edson Fachin utiliza a jurisprudência nacional como forma de 1) reconhecer que já existe uma jurisprudência sedimentada sobre o assunto; e 2) que há certa evolução dos julgados em termos de elastecimento das possibilidades de se afastar a imunidade de jurisdição, deixando implícito que o próximo passo lógico nessa cadeia de acontecimentos seria o afastamento da imunidade de jurisdição de atos de império que violem Direitos Humanos. Em relação à jurisprudência nacional, os votos divergentes empregam-na no sentido de apontar que o problema já possuiria uma solução, não sendo necessária maior dilação argumentativa por suas partes.

Traçando um paralelo para com a jurisprudência internacional, as posturas dos ministros são semelhantes àquelas do emprego de

jurisprudências nacionais. O Ministro Edson Fachin lança mão da jurisprudência internacional para mostrar uma evolução da imunidade jurisdicional no cenário internacional a partir de exemplos diversificados, apontados como um exemplo a ser seguido pelo Brasil. Nas posições divergentes, entretanto, focou-se na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, que entendeu a impossibilidade do Judiciário italiano julgar atos de império alemães. Dessa maneira, a posição jurídica pelo afastamento da imunidade de jurisdição apresenta-se mais internacionalizada. Não obstante, as jurisprudências internacionais referenciadas se assemelham pelo fato de provirem de países europeus ou dos Estados Unidos.

A última categoria a ser analisada, leis estrangeiras, parece ter tido um peso menor que as demais na disputa jurídica em apreço. Ao passo que o Ministro Edson Fachin procura indicar o conteúdo dessas leis, como, por exemplo:

> Os Estados Unidos, acompanhando essa tendência, promulgou a lei de imunidade de jurisdição de 1976, denominada U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, incorporada nas seções 1.602 a 1.611 do Código Norte Americano, prevendo o item 5 da seção 1.605 que "não cabe a imunidade para afastar responsabilidade por atos ou omissões ilícitos que causem a morte ou danos pessoais ou avaria ou perda de propriedade nos Estados Unidos." Por sua vez, a Inglaterra estabeleceu, na seção 5 da lei britânica de Imunidade de Jurisdição de 1978 (State Immunity Act), que "o Estado não goza de imunidade nos casos de morte, lesão pessoal, dano ou perda de propriedade tangível causados por ação ou omissão no Reino Unido" (BRASIL, 2021b, p. 21).

O Ministro Gilmar Mendes somente enumera diversas leis estrangeiras sem um propósito muito concreto. Novamente, porém, a internacionalização dos argumentos ocorre a partir de paradigmas europeus e estadunidenses, incluindo-se no voto do Ministro Gilmar Mendes citações de leis sul-africanas e paquistaneses, que foram colônias britânicas em algum momento da história.

Por fim, levando em consideração as explicações bourdiesianas acerca do campo jurídico, é plausível afirmar que o voto do Ministro Edson Fachin, alicerçado em posição destoante daquela já sedimentada, parte de um lugar

menos receptivo pelos seus pares. O voto do Ministro Edson Fachin, apesar de não ser completamente contra a *doxa* na medida em que lança mão de recursos simbólicos amplamente aceitos pelo campo, possui aspectos importantes que se diferenciam da *doxa* do campo jurídico quando o assunto é imunidades de jurisdição, qual seja, até então, uma visão restrita das possibilidades de afastamento dessa imunidade. Sendo assim, na disputa de dizer o direito, o Ministro Fachin precisou mobilizar mais recursos para fazer valer sua tese, o que é confirmado pela extensão de seu voto e pela quantidade de recursos mobilizados. Por outro lado, Bourdieu sinaliza que:

> É na medida e só na medida em que os atos simbólicos propõem princípios de visão e de divisão objetivamente ajustados às divisões preexistentes de que são produto, que tais atos têm toda a sua eficácia de enunciação criadora que, ao consagrar aquilo que enuncia, o coloca num grau de existência superior, plenamente realizado que é o da instituição instituída (BOURDIEU, 1989, p. 238).

Assim, a consagração de tese do Ministro Fachin revela que as condições histórico-materiais para tal ato de enunciação/nomeação estavam em formação, mas maduras o suficiente para que essa tese fosse vencedora. Isso porque, embora fosse contrária a uma jurisprudência de literalmente décadas, sagrou-se vencedora em votação apertada, seis ministros a favor e cinco, contra. Afinal, o que se pretende subversivo apenas pode utilizar o poder de nomeação/enunciação de forma bem-sucedida se buscar descrever algo que está se desenvolvendo e, provavelmente, desenvolverá. Dessa maneira, é possível inferir que o entendimento sedimentado no Tema nº 944 estava relativamente bem desenvolvido entre os ministros, havendo, portanto, certo tensionamento jurídico preexistente entre os magistrados que participaram do julgamento.

4 CONCLUSÃO

Como visto, a pesquisa procurou compreender como ocorreu o processo de mudança da jurisprudência do STF sobre imunidade jurisdicional de atos de

império que violam Direitos Humanos. Para tanto, apoiou-se no marco teórico da Sociologia do Campo Jurídico de Pierre Bourdieu. Por outro lado, optou-se pelo estudo de caso do Tema nº 944 do STF, representante dessa nova jurisprudência.

Inicialmente, notou-se que o Ministro Edson Fachin, proponente desse câmbio jurisprudencial, precisou mobilizar mais capital simbólico para fundamentar sua decisão, sejam eles doutrinas, nacionais ou internacionais; jurisprudências, nacionais ou internacionais; ou leis estrangeiras. Havia, então, um ônus argumentativo maior, visto que se estava indo de encontro do posicionamento tradicional do Tribunal. Os doutrinadores nacionais, em sua maioria, eram autores de manuais jurídicos e um deles, Antonio Cançado Trindade, juiz de cortes internacionais, bem como eram manuais jurídicos a própria doutrina citada, reforçando a ideia de que o campo jurídico brasileiro é altamente ligado à argumentação de autoridade. Paralelamente, a citação de apenas uma doutrina internacional sugere que há desconhecimento de outros autores que estudam o tema, limitando-se à referenciação de um órgão de especialistas pertencente à ONU. Os ministros que apresentaram divergências lançaram mão de pouca doutrina. Não obstante, a pouca doutrina citada partilhou do perfil daquela referenciada pelo Ministro Edson Fachin, o que indica certa concordância com o tipo de doutrina que é aceita pela Corte.

Em relação à jurisprudência utilizada nas fundamentações, é a categoria mais empregada como meio de convencimento, seja ela nacional ou internacional. Essa representou ora uma possibilidade de evolução do tema, ora uma resposta definitiva ao problema enquanto aquela, ao mesmo tempo que um elastecimento da imunidade de jurisdição ao longo das décadas - que resultaria, consequente e racionalmente, no afastamento da imunidade de jurisdição por atos de império que violem Direitos Humanos -, uma lembrança de que o STF já teria decidido sobre a matéria em outras ocasiões e de que deveriam continuar decidindo daquela maneira. A jurisprudência do STF então pode representar a *doxa* à qual os ministros estão submetidos, sendo, portanto,

difícil de modificá-la - conforme se percebe da votação apertada pela qual resultou a fixação da tese do Tema nº 944 do STF.

As leis estrangeiras, contudo, contrastam com as demais categorias na medida em que são referenciadas quase a título de curiosidade. Ao passo que o Ministro Fachin busca, pelo menos, mostrar o conteúdo dessas leis, citando *ipsis litteris* seus artigos; o Ministro Gilmar Mendes apenas as enumera. A internacionalização desses recursos, entretanto, expõe certa preferência às experiências jurídicas europeias - e europeizadas - e estadunidenses, comum ao campo jurídico brasileiro.

Por fim, a tese firmada pelos ministros por meio de verdadeiro ato de enunciação/nomeação sugere que pode haver certa tensão acerca dos assuntos sobre soberania e Direitos Humanos, ao menos quando se considera a composição que julgou o Tema nº 944. Não é possível, porém, precisar se a tensão diz somente à soberania ou aos Direitos Humanos ou a ambos conjuntamente. É possível, todavia, precisar que havia certa predisposição de um número suficiente de ministros que desse certa importância à temática aqui analisada para que fosse viável a mudança de jurisprudência do STF. Isso porque o ato enunciativo, por si só, não é capaz de constituir a realidade, estando delimitado, de certa forma, à realidade histórico-material do campo social ao qual está relacionado.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA; Geraldo Eulálio. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 27-41, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/sGw6HzB7V4YWwPrPRhcNyCq/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 jan. 2022.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; LIMA, Roberto Kant de. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio

metodológico. **Anuário Antropológico**, v. 39. n.1 2014. p. 9-37. Disponível em: https://journals.openedition.org/aa/618. Acesso em: 14 jan. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007a.

BOURDIEU, Pierre. O capital social: notas provisórias. *In*: CATANI, Afrânio; NOGUEIRA, Maria Alice. **Escritos de educação**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2007b.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalinas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1989.

BOURDIEU, Pierre. Sobre as artimanhas da razão imperialista. In: CATANI, Afrânio; NOGUEIRA, Maria Alice. **Escritos de educação**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2007c.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Ordinário nº 74/RJ**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Recorrente: Josélia Da Silva Marques. Recorrido: República Federal Da Alemanha. Julgado em: 21 mai. 2009. Publicado em: 08 jun. 2009. 2009c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetI;nteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800768624&dt_publicacao=08/06/2009. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 944**. Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição. 2021a. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4943985&numeroProcesso=954858&classeProcesso=RE&numeroTema=944. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 954.858/RJ**. Recorrentes: Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa e outros. Recorrido: República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 23 ago. 2021b. Publicado em: 24 set. 2021b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453238/false. Acesso em: 02 fev. 2022.

CASTRO, Felipe Araújo. Bourdieu meets Pachukanis. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/38793/29363. Acesso em: 08 fev. 2022.

COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista; SAMPIERI, Hernández. **Metodologia de Pesquisa**. 5. ed. Porto Alegre: Penso. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ). **Currículo de Antonio Augusto Cançado Trindade**. Atualizado em: 02 ago. 2010. Disponível em: http://lattes.cnpq.br/3240337461206908. Acesso em: 09 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ). **Currículo de Pedro Guimarães Vieira**. Atualizado em: 16 out. 2020. Disponível em: http://lattes.cnpq.br/1753031355938580. Acesso em: 10 fev. 2022.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Dogmática "opinativa": o exemplo da função social da propriedade. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13. n. 3, p. 769-795, set./dez., 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73325/70467. Acesso em: 14 jan. 2022.

EDITORA ALFA OMEGA. **O problema da verdade. Descrição**. 2021 [?]. Disponível em: https://alfaomega.com.br/loja/filosofia/o-problema-da-verdade/. Acesso em: 10 fev. 2022.

GESSINGER, Marcírio Barcellos Gessinger. A Convenção Americana de Direitos Humanos pelo TRT4. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 66-84, 2019. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ressevera verum gaudium/article/view/95628. Acesso em: 09 fev. 2022.

GESSINGER, Marcírio Barcellos. **Direito Internacional Público às margens**: o ensino jurídico nas faculdades de Direito do Rio Grande do Sul. Curitiba: Appris. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Jurisdictional immunities of the state (Germany vs Italy: Greece intervening)**. Judgment of 3 February 2012. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. **Brasil y las inmunidades de Estado extranjero: nuevos desafios para las cortes nacionales?**. *In*: TELLUNI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Felix (Orgs.). Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil

brasileiro. Estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre: Plenum, 2010. p. 615-640.

JIMENEZ, Martha Lucía Olivar; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **Las inmunidades de Estado extranjero y los tribunales brasileños - avances y nuevos desafíos**. *In*: ARROYO, Diego Fernández; MARQUES, Claudia Lima (Orgs.). Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público: un encuentro necesario. Asunción, Paraguay: CEDEP; ASADIP; BRASILCON, 2011. p. 449-467.

LIMA, Roberto Kant de. **Antropologia jurídica**. *In*: LIMA, Antonio Carlos de Souza. Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Blumenau: Nova Letra, 2012.

LORCA, Arnulf Becker. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. **Harvard International Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 283-306, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Statue of the International Law Commission**. Adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf. Acesso em: 09 fev. 2022.

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira. A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 226-249, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/pwgBfQwYm9LfC84wTSrwBGS/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 jan. 2022.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu: A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 28, n. 1, p. 157-178, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ts/a/XtdRCzNSVgJhy4dYDPLDZPB/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 jan. 2022.

VILLEGAS, Mauricio García. On Pierre Bourdieu's Legal Thought. **Droit et Sociétén**, 56-57, 2004/1. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2004-1-page-57.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.