

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós Graduação em Direito

Helom César da Silva Nunes

**O *CUSTOS VULNERABILIS FAMILIAE*: A missão constitucional da Defensoria Pública
como emancipadora das famílias vulneráveis**

Manaus

2023

Helom César da Silva Nunes

**O *CUSTOS VULNERABILIS FAMILIAE*: A missão constitucional da Defensoria Pública
como emancipadora das famílias vulneráveis**

Tese apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Macedo Poli.

Linha de Pesquisa: Democracia, Autonomia Privada e Regulação (Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos)

Manaus

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N972c Nunes, Helom César da Silva
O custos vulnerabilis familiae: a missão constitucional da Defensoria Pública como emancipadora das famílias vulneráveis / Helom César da Silva
Nunes. Manaus, 2023.
192 f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Defensoria pública. 2. Acesso à justiça. 3. Assistência judiciária. 4. Direito de família. 5. Direitos humanos. 6. Conciliação (Processo civil). 7. Mediação. 8. Dignidade. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7

Helom César da Silva Nunes

O *CUSTOS VULNERABILIS FAMILIAE*: A missão constitucional da Defensoria Pública
como emancipadora das famílias vulneráveis.

Tese apresentada ao Programa de Pós- Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do
título de doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Democracia, Autonomia Privada e
Regulação (Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos)

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli (Orientador)

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes

Prof. Dra. Sofia Miranda Rabelo

Prof. Dr. Maurilio Casas Maia

Manaus, 15 de março de 2023.

RESUMO

O presente texto examina a atuação extrajudicial da Defensoria Pública nos conflitos familiares, que pode ser visualizado na seguinte pergunta problema: Como a Defensoria Pública pode exercer de forma qualitativa a sua missão constitucional na solução de conflitos familiares? Impende destacar a missão constitucional de assistência jurídica pela Defensoria Pública aos necessitados. Justifica-se o tema em virtude da constatação empírica de que os conflitos familiares presentes na sociedade contemporânea não são solucionados com o simples encaminhamento das demandas ao Judiciário. A assistência jurídica de qualidade passa pela compreensão da posição constitucional da Defensoria Pública, bem como pelas mudanças ocorridas nas relações familiares e o tratamento jurídico acerca da família no ordenamento brasileiro. O dever de prestar assistência jurídica não pode ser simplificado ao peticionamento, mas deve a Defensoria Pública envidar todos os esforços para que as famílias vulneráveis envolvidas tenham a oportunidade de alcançar uma solução consensual democrática, justa e de qualidade. Daí, é imperiosa a análise das funções institucionais da Defensoria Pública e dos instrumentos extrajudiciais que podem ser utilizados pela instituição. A resposta-hipótese ao problema proposto é no sentido de que a assistência jurídica às famílias vulneráveis somente pode ser considerada integral, quando aos assistidos forem oferecidos todos os instrumentos consensuais extrajudiciais disponíveis (conciliação, mediação, educação em direitos) e adequados à solução dos conflitos familiares. Assim, a Defensoria Pública, instituição permanente e expressão do regime democrático, cumprirá sua missão constitucional de assistência jurídica integral.

Palavras-Chave: Defensoria Pública. Direito de Família. Atuação Extrajudicial. Conciliação. Mediação. Educação em Direitos.

ABSTRACT

The present text examines the extrajudicial performance of the Public Defender's Office in family conflicts, which can be visualized in the following problem question: How can the Public Defender's Office qualitatively exercise its constitutional mission in the solution of family conflicts? It is important to highlight the constitutional mission of legal assistance by the Public Defender's Office to the needy. The theme is justified by the empirical observation that family conflicts present in contemporary society are not resolved simply by forwarding the demands to the Judiciary. Quality legal assistance involves understanding the constitutional position of the Public Defender's Office, as well as the changes that have taken place in family relationships and the legal treatment of the family in the Brazilian legal system. The duty to provide legal assistance cannot be simplified to petitioning, but the Public Defender's Office must make every effort so that the vulnerable families involved can reach a democratic, fair and quality solution. Hence, it is imperative to analyze the institutional functions of the Public Defender's Office and the extrajudicial instruments that can be used by the institution. The hypothetical answer to the proposed problem is in the sense that legal assistance to vulnerable families can only be considered integral, when all available extrajudicial instruments are offered to those assisted (conciliation, mediation, education in rights, among others). Thus, the Public Defender's Office, a permanent institution and expression of the democratic regime, will fulfill a constitutional mission of integral legal assistance.

Keywords: Public Defender's Office. Family right. Extrajudicial Action. Conciliation. Mediation. Education in Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg. Agravo Regimental
Art. Artigo
CP Código Penal
CPC Código de Processo Civil
CPP Código de Processo Penal
CRFB Constituição República Federativa do Brasil
DP Defensoria Pública
DPE/AM Defensoria Pública do Estado do Amazonas
ECA Estatuto da Criança e do Adolescente
LONDP Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública
RE Recurso Extraordinário
STJ Superior Tribunal de Justiça
STF Supremo Tribunal Federal
TJAM Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO ACESSO AO JUDICIÁRIO AO ACESSO À JUSTIÇA	13
1.1 Do Acesso à jurisdição ao Acesso à Justiça: Distinção Necessária.....	13
1.2 Obstáculos do Acesso à justiça	19
1.3 Ondas renovatórias do acesso à justiça.....	20
1.4 Histórico da assistência jurídica no Brasil	27
1.5 A Assistência Jurídica na Constituição da República de 1988.....	34
1.6 Os modelos de assistência jurídica gratuita.....	35
1.7 O perfil constitucional da Defensoria Pública.....	38
1.8 Vulnerável: O destinatário da Defensoria Pública	39
1.9 Autonomia administrativa e organizacional: O querer do constituinte e razões de reconhecimento à Defensoria Pública	45
1.10 A Emenda Constitucional n. 80/2014	48
1.11 <i>O custos vulnerabilis</i>	57
2 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA	68
2.1 Da família monista à pluralista.	68
2.2 O fim do monopólio do casamento e a União Estável – Do concubinato ao reconhecimento e proteção constitucional.	71
2.3 Do reconhecimento das famílias atípicas.	73
2.4 A família homoafetiva – O papel da intervenção judicial no acolhimento de direitos.....	73
2.5 Do patriarcalismo (família tradicional) à igualdade de gêneros	76
2.6 O Direito à convivência	78
2.7 Da Função Parental.....	82
2.8 Da Guarda	84
2.8.1 As modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico: A dicotomia entre guarda unilateral e guarda compartilhada.	84
2.8.2 A guarda compartilhada: Da origem, avanços e a regra do ordenamento jurídico.....	89
2.8.3 A dupla residência da criança na guarda compartilhada.....	92
3 A AUTONOMIA COMO PREMISSA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	98
3.1 Liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada	98
3.2 A violação à autonomia e o Código Civil de 1916	102
3.3.1 Autoresponsabilidade (solidarismo)	104
3.3.2 Intervenção mínima.....	105

3.3.2.1 A pluralidade familiar. O fim do monopólio do casamento como única forma originária de família.	107
3.3.2.2 A autonomia no Código Civil e a alteração do regime de bens – Art. 1639, §2º, do Código Civil.....	109
3.3.2.3 A Emenda Constitucional n. 66/2010 – O divórcio imediato.....	111
3.3.2.4 Famílias homoafetivas – A jurisprudência constitucional libertadora.....	113
3.3.2.5 Resíduos de interferência estatal no Direito das Famílias.....	116
3.3.2.5.1 O suprimento judicial para o casamento.....	116
3.3.2.5.2 A Imposição do regime da separação obrigatória bens – art. 1641, II, do Código Civil.....	117
3.3.2.5.3 O Conteúdo do pacto antenupcial.....	117
3.3.2.5.4 O impedimento matrimonial previsto no artigo 1521, VII, da CRFB.	118
3.3.2.5.5 A proibição das escrituras poliafetivas pelo Conselho Nacional de Justiça.....	119
3.3.2.5.6 Os deveres conjugais – Art. 1.566 do Código Civil – O tabu da monogamia	120
3.3.2.5.7 A “autorização judicial” e o “pedido motivado” para a alteração do regime de bens.	121
3.3.3 Boa-Fé Objetiva.....	123
3.2 Dignidade da Pessoa humana	125
3.3 Afetividade e a busca pela felicidade – Princípio ou Valor?	126
3.4 A responsabilidade civil no Direito das Famílias.....	133
3.4.1 A possibilidade da indenização decorrente da violação da função parental e do abandono afetivo.....	139
3.4.2 A divergência sobre a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo e reflexões crítica	141
3.4.3 Linhas conclusivas sobre a questão do abandono afetivo.....	147
3.5 Família eudemonista.....	148
4 PRÁTICAS ADOTADAS PARA SOLUÇÕES ADEQUADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NOS CONFLITOS FAMILIARES EM RECONHECIMENTO À AUTONOMIA – O CUSTOS VULNERABILIS FAMILIAE.	150
4.1. Assistência jurídica.....	151
4.1.1. Representação judicial postulatória	151
4.1.2 Curadoria Especial.....	151
4.1.3. <i>Custos vulnerabilis familiae</i>	153
4.1.3.1.1. Atuação Judicial no patrocínio das partes enquanto missão constitucional.	153
4.1.3.1.2. Atuação em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em nome próprio do Direito de Família.....	154
4.1.3.1.3. Legitimação Interveniante diante da vulnerabilidade em processo familiar – Art. 4º, XI, da LC n. 80/94	155
4.1.3.2. O <i>custos vulnerabilis familiae</i> na atuação extrajudicial.....	156
4.1.3.2.1 Prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados	158

4.1.3.2.2 Busca de solução extrajudicial de conflitos mediante emprego de métodos alternativos	158
4.1.2.2.3 Difusão e conscientização sobre os direitos humanos, cidadania e das normas existentes no ordenamento jurídico	159
4.1.3.2.4 Assistência interdisciplinar dos órgãos de apoio	159
4.1.3.2.5 Meios adequados de soluções de conflitos familiares	160
4.1.3.2.5.1 Conciliação	167
4.1.3.2.5.2 Mediação	168
4.1.3.2.5.3 Negociação.....	172
4.1.3.2.5.4 Educação em direitos.....	172
4.1.3.2.6 Linhas conclusivas sobre o <i>custos vulnerabilis familiae</i> na atuação extrajudicial	176
CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIAS.....	183

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 prevê, em seu art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Para tanto, elegeu a Defensoria Pública como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (BRASIL, 1988).

Quanto à família, a Constituição de 1988 inaugurou um novo momento jurídico, no qual o papel do Estado é mínimo, isto é, em regra, o Estado deve se guiar pela não-intervenção, na medida em que a atuação somente terá fundamento para exercer a proteção especial aos vulneráveis envolvidos.

Quanto ao título desta tese, faz-se necessário um esclarecimento: O *custos vulnerabilis*, expressão criada a partir de Maurílio Casas Maia, surgiu para denotar a posição jurídica da Defensoria na proteção dos vulneráveis. De outra sorte, importa notar que uma nova significação foi dada para reconhecer também a função interveniente em processos judiciais, atuando em nome institucional próprio, sempre o direito discutido afetar os vulneráveis.

Pois bem. O ineditismo desta pesquisa está em uma nova leitura do instituto de forma adjetivada: O *custos vulnerabilis familiae*. Isso porque, agora, os estudos se desdobram de forma específica para a missão constitucional da Defensoria Pública diante dos conflitos familiares.

O Estado brasileiro, em um momento de redemocratização, criou a Defensoria Pública como aquela protetora dos vulneráveis. Todavia, esse múnus deve ser exercido sob o mandamento da autonomia e da dignidade. Decerto, na área de família, tal missão somente é efetiva, qualitativa e integral, quando aos assistidos da Defensoria Pública forem oferecidos os meios adequados de solução de conflito.

Assim, a presente pesquisa objetiva demonstrar a necessidade da atuação extrajudicial da Defensoria Pública na solução conflitos familiares,

como cumprimento de sua missão constitucional.

Para tanto, o direito fundamental do acesso à justiça, como será constatado, nas linhas seguintes, é objeto de inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência. Decerto, o trabalho inicia com a análise do direito fundamental em questão.

Inicialmente, a pesquisa se debruça à distinção entre acesso ao judiciário e acesso à justiça. Quanto ao acesso à jurisdição, este faz-se pelo direito de ação (procedimento) criado pela norma constitucionalizada como direito incondicionado de movimentar a atividade jurisdicional. Lado outro, o acesso à justiça alcança dimensão coexistencial, na medida em que, em várias situações, a solução a ser exigida pela função jurisdicional é a última via, pois só ocorrerá quando adequada. Decerto, o acesso à justiça vai muito além do acesso ao Judiciário, mas substancialmente é o acesso aos direitos pela via adequada e adaptada de composição.

Em seguida, o trabalho dialoga com os modelos de assistência jurídica gratuita difundidos na doutrina brasileira (*Pro bono, Judicare, Misto ou híbrido*), bem como a escolha constitucional, *salaried staff*, ratificando a escolha da Lei Maior da assistência jurídica pela Defensoria Pública.

Ainda no primeiro capítulo, o desenho constitucional da Defensoria Pública no ordenamento jurídico, bem como a legislação infraconstitucional também é analisada, de sorte que o leitor encontra um panorama do ordenamento federal acerca da Defensoria Pública.

Em seguida, a pesquisa se debruça às transformações ocorridas na família ao longo do tempo na sociedade brasileira e no ordenamento jurídico. Faz-se análise do ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916, passando pelas alterações legislativas até a Constituição de 1988, a qual afastou o papel interventor do Estado, na medida em que limitou sua atuação como destinatária de proteção especial do Estado (art. 226 da CRFB).

Além disso, o trabalho destaca atenção para o tratamento à convivência familiar entre pais e filhos. Dessa feita, entrelaça-se discussão sobre os efeitos do arranjo patriarcal na criança e convivência entre pais e filhos, bem como a necessidade de ressignificação do poder familiar para a função parental. Ao fim do capítulo 2, as modalidades de guarda são analisadas de forma detida.

Diante da nova Constituição, tendo a autonomia como premissa, o

trabalho examina os princípios norteadores do direito de família. Neste aspecto, uma distinção necessária é feita entre liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada, ocasião em que se recorre aos movimentos ocorridos durante a revolução francesa e como isso repercutiu no direito civil.

Ainda quanto ao estudo da autonomia, o trabalho faz análise crítica de uma série de dispositivos ainda presentes, que ao sentir do autor, violam a autonomia, que materializam ainda, um estado interventor em questões existenciais.

Por fim, tendo a autonomia como premissa e os princípios do direito de família contemporâneo, o trabalho identifica os instrumentos disponíveis e as práticas a serem adotadas na atuação extrajudicial da Defensoria Pública nos conflitos familiares, em especial a conciliação e a mediação, com breves comentários acerca da negociação e da arbitragem.

Todavia, merece atenção que a educação em direitos, função institucional promocional autônoma é tratada também como um instrumento de emancipação e de solução de conflitos familiares e pode dar luz à atuação coletiva da Defensoria Pública no direito das famílias.

Dessa forma, o presente trabalho pretende responder de que forma a missão constitucional da assistência jurídica emancipa os envolvidos, a fim de evitar que saiam da posição de meros objetos, mas protagonistas dos seus direitos quando envolvidos em conflitos familiares.

1 DO ACESSO AO JUDICIÁRIO AO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição da República impõe no art. 5º, XXXV, que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A noção tradicional que se extrai do mandamento constitucional é que qualquer forma de “pretensão”, de afirmação de direito pode ser levada à função jurisdicional do Estado.

Todavia, o que será demonstrado nas linhas seguintes é a nova compreensão baseada na noção em que o acesso à jurisdição possui características e sentidos próprios, os quais se diferenciam do que vem a ser o acesso à justiça. Isso porque, o “acesso à justiça” corresponde a uma sistematização e nova postura do sistema de justiça para atender o cidadão substancialmente, levando em conta as suas necessidades e peculiaridades das demandas apresentadas.

Assim, denota-se que o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal, no acesso aos órgãos judiciais já existentes. Nas linhas seguintes, o trabalho buscará demonstrar que o acesso à justiça somente se satisfaz quando o sistema de justiça viabiliza o acesso à ordem jurídica justa.

1.1 Do Acesso à jurisdição ao Acesso à Justiça: Distinção Necessária.

A função estatal de julgar foi compreendida inicialmente por Aristóteles, quando reconheceu as 3 (três) figuras do soberano. Além da função legislativa e administrativa, reconheceu a função do Estado de dirimir conflitos concretos

Mais tarde, no Século XVIII, Montesquieu, em contraponto ao absolutismo, afirmou que tais funções outrora apresentadas por Aristóteles estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal pensamento retrata as exigências das Revoluções Americana e Francesa.

Por oportuno, adverte-se que a expressão “separação dos poderes” não guarda correspondência com o pensamento de Montesquieu, na medida em que este não reconheceu poderes diversos (o poder é uno, indivisível e indelegável).

A contribuição do teórico francês foi em distinguir tais funções em atores (órgãos) distintos, rompendo o absolutismo.

A partir das revoluções, à medida que o Estado recebe parcela de poder do povo, este deve, em contrapartida, reconhecer direito aos cidadãos. Entre tantos direitos, é preciso clausular alguns na própria norma constitucional, os quais são denominados “direitos fundamentais”.

Nessa toada, inspirado no lema de Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade - anunciou-se que os direitos fundamentais foram evoluindo em dimensões.

De partida, a primeira dimensão reconhece a possibilidade do indivíduo de resistir e se opor ao Estado (direitos civis e políticos, liberdades individuais), enquanto este se abstém.

Por sua vez, a segunda dimensão guarda relação com o dever de prestações positivas do Estado (direitos sociais, econômicos e culturais), os quais foram fortemente exigidos em razão das péssimas condições vividas pelos trabalhadores.

Quanto à terceira dimensão, esta é reconhecida a partir do entendimento que o indivíduo integra uma sociedade de massa, de consumo. Daí, novos problemas surgem diante das inovações tecnológicas e científicas, razão pela qual é necessário que o ser humano inserido nesta sociedade passe a ter direitos de solidariedade e fraternidade, para a proteção ambiental e dos consumidores, por exemplo. Como se vê, a terceira dimensão dos direitos fundamentais considera as necessidades do indivíduo, mas da própria humanidade.

Superadas as 3 (três) dimensões reconhecidas ainda no século XIX, parte da doutrina hoje anuncia novas dimensões dos direitos fundamentais.

A 4ª (quarta) dimensão estaria relacionada, na compreensão de Norberto Bobbio, da proteção do ser humano contra a manipulação genética que passa a requerer novas exigências. De outra banda, Paulo Bonavides aponta que a 4ª dimensão surge na globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional. Assim, democracia, informação e pluralismo são direitos que não estariam contemplados nas dimensões anteriores, razão pela qual inauguram uma nova fase dos direitos fundamentais.

Por fim, a 5ª (quinta) dimensão, segundo Paulo Bonavides, é o direito à paz, axioma da democracia participativa e supremo direito da humanidade, o que justifica sua autonomia em relação às demais fases dos direitos fundamentais.

Contudo, advirta-se, por oportuno que a ideia de direitos fundamentais não é recente, pois a preocupação de todos os povos foi tentar defendê-los. George Marmelstein¹ alerta que o Código de Hamurábi, por volta de 1.800 a.C., na Mesopotâmia, dispunha de termos como “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”.

Mais tarde, no Século XIII, um marco ocorreu na construção dos direitos fundamentais, como sintetiza Marcelino Silva²

Os direitos fundamentais, como se conhecem hoje, a exemplo de igualdade, liberdade e vida, não surgiram do nada. No decorrer do curso da história, utilizou-se esse termo, adaptando-se às circunstâncias do Estado e sua atuação frente às pessoas. Vale lembrar que, na Idade Média, no ano de 1215, o rei João Sem Terra foi obrigado, pelos barões da época, a assinar um documento que constasse algumas garantias de direitos aos cidadãos, com limitação ao poder do rei, o qual se firmava absoluto. Daí adveio a Magna Carta da Inglaterra, trazendo certos direitos até então não escritos, como, por exemplo, julgamento com possibilidade de defesa.

Após a compreensão da evolução dos direitos fundamentais, a distinção entre acesso à jurisdição e acesso à justiça ficará clara.

Ora, o direito do acesso à jurisdição “faz-se pelo direito de ação (procedimento) criado pela norma constitucionalizada como direito incondicionado de movimentar a atividade judicacional”³. Como forma de evitar a barbárie, o homem se submete às *instituições jurídicas* democráticas por ele próprio construídas. Caso o Estado se furte de promover tal acesso, estimulará que os conflitos sejam “resolvidos” sem regras e procedimentos preestabelecidos e democráticos.

Daí, com o fito de concretizar os anseios e direitos dos indivíduos, surge a expressão “acesso à justiça”. De início, não é uma mera substituição do “acesso à jurisdição, acesso ao Judiciário”. O acesso à justiça possui significações próprias, as quais serão examinadas no decorrer deste trabalho.

¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. P. 30

² SILVA, Marcelino José Piancó da. **A defensoria pública como instrumento jurídico-político de responsabilização civil do estado para efetivação do direito fundamental à saúde** (Dissertação de Mestrado). Belo Horizonte, 2018. p. 32.

³ Leal, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos / Rosemiro. Pereira Leal. – 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 101.

No paradigma liberal, a noção de acesso à justiça era fenômenos puramente técnicos do direito ou do poder de exercitar a ação, conforme esclarece Dierle Nunes⁴:

Logo, o princípio de justiça estava lastreado pelo direito exatamente no respeito que ele garantia à liberdade, à iniciativa, e não em conotações distributivas, até então vistas como interferências mal quistas no sadio equilíbrio do mercado e da sociedade [...]

[...]Voltando ao argumento, no discurso jurídico liberal, portanto, a justiça é finalidade que “somente deveria ser buscada pelos legisladores, e nunca pelos juízes, cuja atividade deveria restringir-se à aplicação objetiva do direito legislado aos fatos concretos”. “Com isso, somente eram consideradas jurídicas as argumentações baseadas na interpretação do direito positivo, sendo consideradas metajurídicos todos os argumentos de caráter teleológico e axiológico.

Em consonância, Flávio Pedron e Bernardo Gonçalves⁵ afirmam que:

No contexto liberal, o conceito teórico de acesso à justiça esteve também atrelado a uma perspectiva privatista. Como apontavam a dinâmica e os princípios processuais, melhorar o acesso à justiça significava apurar o direito de ação, isto é, a prontidão da resposta estatal à violação do direito subjetivo, sem que para tanto fosse necessária a ingerência interpretativa judicial, ainda considerada um descaminho da supremacia legislativa.

Acontece que não é suficiente que o Estado apenas permita que o acesso à jurisdição seja oferecido ao indivíduo. Também não é possível considerar que a simples possibilidade de acesso à jurisdição seja traduzida em efetividade.

Se de um lado, o indivíduo tem o direito de opor e levar seus conflitos e dilemas ao Estado, é consabido que o processo judicial tem custos elevados, de forma que a maior parte da população em um país de grande pobreza ficará impossibilitada. Daí, o Estado deve oferecer assistência jurídica aqueles que não possuem condições de arcar com as despesas do processo judicial ou são carentes organizacionais, jurídicos para demandarem no Judiciário.

⁴ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à Justiça Democrático**. Gazeta Jurídica. Brasília. 2013. p. 18-19.

⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 88.

Surge assim, o acesso à justiça contextualizado no paradigma social, conforme se depreende da lição de Dierle Nunes⁶:

A publicização do Direito seguiu ato contínuo ao crescimento das funções do Estado. A socialização do fenômeno normativo colocou o “planejamento e as políticas públicas [como] paradigmas do novo sentido operacional e instrumental conferido às normas jurídicas. Este acesso à Justiça tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social. Ao visar a esses fins sociais, os processualistas começam a preocupar-se com a adequação da técnica processual a este novo panorama de análise e a construir procedimentos em que a cognição e decisão do juiz são majoradas (no caso, brasileiros, cada vez menos controlados), possibilitando que uma intervenção mínima das partes possa chegar ao proferimento do provimento final, respondendo-se com menor custo e tempo possíveis às demandas no sistema judiciário.

Decerto, a partir desta nova concepção pode-se afirmar que é dever do Estado compreender e prover o acesso à justiça, porquanto trata-se do direito a ter direitos, fundamental para a consecução de outros direitos.

Nessa toada, destaca-se o estudo desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁷ no Projeto Florença de Acesso à Justiça:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Como esclarece, Dierle Nunes⁸, a premissa básica seguida Mauro Cappelletti e Bryant Garth foi a de que a justiça social pressupõe o acesso efetivo à justiça, de forma que há uma postura crítica frente à ordem jurídica do período liberal, pois defenderam uma reforma de amplo alcance, capaz de transformar quaisquer procedimentos e instituições que afastassem o cidadão comum da justiça e da efetivação de seus direitos.

Ao analisar os estudos do Projeto Florença, Susana Henriques⁹ conclui que:

⁶ Ob. Cit. p. 28

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 11-12.

⁸ Ob. Cit. p. 35.

⁹ COSTA, Susana Henriques da. **Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo** Civil Procedure Review, v.7, n.2: 38-68, may.-aug., 2016. p.40

O acesso à justiça tem, portanto, uma dimensão substancial de transformação social pela efetivação de direitos e tem também uma dimensão procedimental, relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos.

Nos países centrais europeus e nos Estados Unidos, retratados no estudo de CAPPELLETTI, o movimento de acesso à justiça inseriu-se num contexto de expansão de direitos sociais já reconhecidos por cartas de direitos nacionais e internacionais. Tratava-se de um período em que se discutia o potencial do *welfare state* de realização do valor de igualdade material e direitos das minorias.

Vale dizer, em uma sociedade tão desigual, o direito fundamental do acesso à justiça não pode ser visto tão somente como a possibilidade do cidadão, mas deve ser compreendida como política pública inegociável por parte do Estado, pois este tem o dever de proteger vulneráveis e promover bem-estar social.

Quanto ao tema, assevera Dierle Nunes:

No Brasil, como em muitos países, o acesso à Justiça continua sendo uma questão de política pública, mas devemos instaurar uma nova dimensão democrática do acesso à justiça, vocacionada a busca de um acesso pleno e de uma resposta plena da jurisdição¹⁰.

De outro lado, nada adianta o Judiciário ser a única forma de resolução de conflitos. Essa mentalidade demandista gera frustração, morosidade, ao ponto que o Judiciário não consegue dar conta das demandas que lhe são apresentadas. Daí, é preciso que outros meios sejam reconhecidos para solução dos conflitos.

Sobre tal necessidade de inovações nos procedimentos, Dierle Nunes aponta o princípio da adequação, o qual “garante a variabilidade de procedimentos, de modo a viabilizar a o delineamento de procedimentos adaptados ao direito material em discussão¹¹”

Como se vê, o “acesso à justiça” não é apenas uma expressão diversa para substituir o “acesso à jurisdição”. Em tempos atuais, é dever do Estado diminuir custos (assistência jurídica gratuita, isenção de despesas) àqueles que não possuem condições de arcar com os custos de um processo ou que se encontrem em qualquer outra condição de vulnerabilidade. De igual modo, o

¹⁰ BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. 2021. Editora Juspodivm. p. 468.

¹¹ BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. 2021. Editora Juspodivm. p. 469.

Estado, ciente das limitações e do acúmulo de processos nos tribunais, reconhecer que a solução dos conflitos sociais pode ser resolvida por outros meios, fora do Judiciário.

Dessa forma, o acesso à justiça alcança dimensão coexistencial, na medida em que, em várias situações, a solução ser exigida pela função jurisdicional é a última via, pois só ocorrerá quando adequada. Decerto, o acesso à justiça vai muito além do acesso ao Judiciário, mas substancialmente é o acesso aos direitos pela via adequada e adaptada de composição.

Portanto, compreendida a distinção necessária entre “acesso à jurisdição” e “acesso à justiça” que iluminará os próximos itens do presente trabalho.

1.2 Obstáculos do Acesso à justiça

Na obra “Acesso à Justiça”, Mauro Cappelletti assevera que a mera posição do Estado em permitir que o cidadão promova ou conteste uma ação não atenderia as necessidades dos indivíduos. Assim, o acesso formal só é materializado quando o Estado reconhece os problemas de aptidão de uma pessoa em reconhecer seus direitos e defendê-los de forma adequada.

Daí, a incapacidade de grande parte da população em instrumentalizar o sistema de justiça deve ser combatida através de medidas garantidoras do efetivo acesso à justiça.

Tal incapacidade em materializar o acesso à justiça decorre de alguns obstáculos que precisam ser transpostos.

Em primeiro lugar, as custas judiciais, pois a função jurisdicional é custosa, na medida em que existem os custos de honorários advocatícios. Além disso, existem situações em que as causas são relativamente pequenas, de forma que o litígio pode até exceder o valor da controvérsia. Por fim, o tempo de duração do processo pressiona as partes a aceitarem acordos inferiores, abdicar direitos etc.

Em segundo lugar, parte dos litigantes não possuem possibilidades de atuar nos processos judiciais, seja pela ausência ou pouca quantidade de recursos financeiros, pela própria inaptidão para conhecer seus direitos e propor ações (vulnerabilidade jurídica).

Ora, a necessidade de informação é primordial e prioritária, entretanto, neste aspecto, registra-se que no Brasil, o débito educacional ainda é altíssimo. Especialmente nos rincões do interior do Amazonas – locais em que sequer há acesso à internet, muitos cidadãos sequer tomam conhecimento das novidades legislativas. Assim, muitos, por total vulnerabilidade jurídica não exigem seus direitos, porque sequer os conhecem.

O abismo do acesso à justiça ainda é alargado em razão do confronto entre litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”. Ao citar um estudo feito por Galanter, Mauro Cappelletti apresenta as seguintes vantagens dos litigantes habituais¹²:

- 1) a maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais causas; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da administração da justiça; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Quanto aos direitos coletivos, observou-se que, se por um lado, trata-se de uma violação que alcança a muitos, a recompensa, o prêmio individual não atrai o interessado a buscar o Judiciário. De mais a mais, as vítimas não possuem condições de se reunir, não há um lugar para discutir e traçar ideias (vulnerabilidade organizacional).

Ao fim, percebe-se que os obstáculos estão entrelaçados de modo que a transposição de cada um deles não se dará de modo individual, mas através de estratégias complexas e inter-relacionadas, as quais foram sugeridas pelo autor e serão examinadas no próximo item.

1.3 Ondas renovatórias do acesso à justiça

Para enfrentar os obstáculos, Cappelletti e Garth¹³ identificaram 03 (três) momentos que buscaram materializar, renovar o acesso à justiça. Daí, fala-se em “Ondas do Acesso à justiça”

¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p. 25.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988, p.31-73.

A primeira onda aborda a preocupação de assistência jurídica aos pobres. No Brasil, percebe-se que a Lei n. 1060/50 já manifestou o interesse do Estado em, de alguma forma, facilitar o acesso à justiça por intermédio da gratuidade da justiça. Por oportuno, a Constituição da República elevou a gratuidade da assistência jurídica à direito fundamental (art. 5º, LXXIV). De igual modo, elegeu a Defensoria Pública como Instituição responsável pela assistência jurídica aos necessitados (art. 134 da CRFB).

Ainda quanto à gratuidade da justiça, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 passou a ser o principal diploma a nortear o instituto. Malgrado, ainda existam alguns artigos em vigor da Lei n. 1.060/50, a inclusão da gratuidade de justiça no novo Código de Processo Civil recebeu elogios por parte da doutrina, conforme se extrai das lições de Franklin Roger e Diogo Esteves¹⁴:

A incorporação da gratuidade ao Novo Código de Processo Civil constitui medida legislativa extremamente positiva; primeiramente, porque acaba com a dualidade das fontes, que gerava conflitos entre a Lei n° 1.060/1950 e o CPC/1973; em segundo lugar, "a sistemática da gratuidade só tem a ganhar com a sua vinculação aos comandos fundamentais estampados no capítulo primeiro do CPC/2015, interessando principalmente o reforço aos princípios da boa-fé, cooperação e contraditório (arts. 5º a 7º, 90, 10º) e, ainda, a obrigatória consideração dos fins sociais e exigências do bem comum na aplicação do ordenamento (art. 8º)"; e, por fim, a produção doutrinária sobre o tema acabou sendo multiplicada, deixando a gratuidade de ocupar posição periférica no estudo do Direito Processual Civil.

Outrossim, embora em outros diplomas normativos (que regulam os processos penal, trabalhista e administrativo), o Novo Código de Processo Civil se tornou a base normativa infraconstitucional primária do direito à gratuidade de justiça, razão pela qual tais normas são aplicáveis aos processos eleitoral, trabalhista e administrativo, de forma supletiva e subsidiária, nos termos do art. 15 do CPC/2015.

Nas pegadas do art. 98 do CPC/15, houve ampliação no rol dos sujeitos que podem ser beneficiados pela concessão da justiça gratuita. Agora, expressamente, as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas.

Não se ignora que a pessoa jurídica já poderia ser beneficiada pela assistência judiciária pela realidade jurisprudencial, conforme se depreende pelo Enunciado n. 481 do Superior Tribunal de Justiça: "Faz jus ao benefício da justiça

¹⁴ Ob. Cit. 149.

gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais"). O entendimento foi legislativamente consagrado no § 3º do art. 99 do CPC

De mais a mais, pessoas naturais, ainda que não residentes no país passam a ser expressamente potenciais sujeitos do direito¹⁵ à justiça gratuita, nos termos do artigo 98, caput, do CPC.

A segunda onda surge na década de 1980. Nesse momento histórico, falou-se na proteção dos direitos coletivos e difusos em juízo, tais como direitos do consumidor, direito ambiental. Por oportuno, obtempere-se que os direitos coletivos possuem categoria jurídica própria, de forma que o próprio processo, procedimentos e técnicas atendam, se voltem à satisfação dos direitos coletivos. Nessa quadra, foi aprovada a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8038/90). Além disso, o ordenamento jurídico apontou legitimados para a proteção e defesa dos direitos metaindividuais, tais como, Ministério Público, associações civis vocacionadas e também a Defensoria Pública.

Em seguida, a terceira onda consiste no Estado reconhecer que o processo tenha "duração razoável" para que o acesso à justiça seja de fato efetivo. Nessa toada, percebe-se que a solução do conflito deve observar a "duração razoável do processo". No entanto, a tal expressão não pode ser vista de maneira linear, temporal, tão somente como celeridade. É imprescindível que a "duração razoável" seja concebida como o tempo, espaço e ambiente viáveis para que as partes chegam à solução efetiva.

Como exemplo, fala-se na antecipação de tutela no então chamado "procedimento comum ordinário" (até o ano de 1994, só se falava em antecipação de tutela nos procedimentos especiais). Ademais, surgiram os juizados especiais cíveis (Lei n. 9099/95), que mais tarde serão seguidos pelos juizados especiais federais, e mais recentemente, os juizados especiais da Fazenda Pública.

¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em aplicação do dispositivo legal, entendeu que o estrangeiro, mesmo sem residência fixa no Brasil, tem direito à gratuidade de justiça (ST), 1ª Turma, REsp 1.225.854/RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. 25/10/2016, DJe 04/11/2016; Informativo 622/ STJ, Corte Especial, Pet 9.815-DE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 29/11/2017, DJe 15/03/2018).

Todavia, a “duração razoável” não é alcançada com a criação de procedimentos. É preciso mudar a mentalidade, a estrutura das instituições do Sistema de Justiça para que o desejo prazeroso pela litigância que reina na sociedade seja ressignificado para uma abordagem conciliatória, sem se tornar utópica. Como se vê, a terceira onda renovatória objetiva agir articuladamente com as demais ondas para enfrentamento de todos os obstáculos e, em especial, aqueles burocráticos, formais, procedimentais e até mesmo judiciais.

Nessa esteira, Maurilio Casas Maia¹⁶ observa que a Defensoria Pública brasileira tem especial vocação à terceira onda, articulando-se com as demais – com especial fundamento no inc. II do art. 4º da LC n. 80/1994, o acesso à Justiça via Defensoria Pública permite a desjudicialização e a desburocratização desse acesso, o que restou comprovado nos acordos extrajudiciais realizados pela Defensoria Pública no “Caso Brumadinho”.

Decerto, na atuação extrajudicial, a Defensoria Pública efetiva sua vocação prevista na Constituição (art. 134), no Código de Processo Civil (art. 3º, § 3º e art. 784, IV), na Lei Complementar n. 80/1994 (art. 4º, II) e no sistema legal coletivo (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, II e § 6º).

Por tais razão, como forma de efetivar tal atuação extrajudicial já destinada à Defensoria Pública é que o presente trabalho destinará capítulo próprio para aprofundamento, apresentando as possibilidades de atuação nos conflitos familistas.

Diante dos estudos desenvolvidos por Cappelletti e Garth, Kim Economides¹⁷ prosseguiu com o estudo das ondas de acesso à Justiça. Para o autor, tal onda consiste na formação humanística dos atores processuais, com esteio no “valor justiça”, de forma que os operadores do direito relacionam sua atuação no sistema jurídico aos ideais éticos e de democracia social.

Segundo Mariana Carvalho de Paula Lima¹⁸, a quarta onda “expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica

¹⁶ CASAS MAIA, Maurilio. **Justiça consensual e Defensoria Pública multiportas**: o Caso Brumadinho, o acesso à Justiça e as necessidades jurídicas in Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais nº 6. p. 143.

¹⁷ ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia versus metodologia? in PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

¹⁸ LIMA, Mariana Carvalho de Paula de. **A 7ª onda de acesso à justiça** : acesso à ordem jurídica justa globalizada. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 105.

importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico", no tocante à interpretação da lei em seu aspecto potencial de transformar as relações sociais e melhorar a condição do ser humano. A 4ª (quarta) onda considera as três primeiras ondas como níveis macro de acesso à justiça, enquanto a quarta onda abordaria uma perspectiva micro.

Quanto à quarta onda, importa noticiar as observações feitas por Diogo Esteves e Franklyn Roger¹⁹. Segundo os autores, malgrado os benefícios do estudo apresentado por Kim Economides, a premissa de tal pesquisa diverge daquelas que fundamentam as ondas apresentadas por Cappelletti e Garth, conforme explicam:

Não obstante o empenho em consubstanciar a existência de uma quarta onda de acesso à justiça, a teoria proposta pelo professor KIM ECONOMIDES parte de premissas metodológicas diversas daquelas originalmente adotadas pelo "Projeto Florença de Acesso à Justiça" (Florence Access-to-Justice Project). Ao elaborar as metáforas das ondas renovatórias, os professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH tiveram a preocupação de identificar obstáculos impostos ao pleno exercício dos direitos e de analisar as medidas utilizadas pelos diversos sistemas jurídicos para, naquele momento histórico, superar essas barreiras. A construção teórica de ECONOMIDES, entretanto, retira o foco do acesso e passa a focar na justiça, realizando a análise crítica das carreiras jurídicas e da estruturação interna *corporis* do sistema de justiça.

Não obstante as ponderações realizadas pelo professor KIM ECONOMIDES sejam extremamente válidas e absolutamente necessárias para a modernização dos sistemas jurídicos e para a capacitação dos profissionais do direito, essa construção teórica não conforma a estruturação de uma "quarta onda" renovatória de acesso à justiça".

Examinadas as críticas à quarta onda, observa-se que a Defensoria Pública tem buscado superar essa crise do sistema de justiça. Há um esforço profundo feita pelos centros de aperfeiçoamento institucional e estímulos aos membros em desenvolverem atividades que promovam transformação social.

D' outra banda, as campanhas nacionais da Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (ANADep) sempre focam em atividades de cidadania, como se extrai do tema do ano de 2022: "Garantir o seu direito é o nosso maior feito".

No aspecto científico, registra-se que o XV Congresso Nacional de Defensoras e Defensores Públicos, os debates enfocaram o tema "Defensoria Pública, Futuro e Democracia: superação de retrocessos e novos desafios".

¹⁹ Ob. Cit. p. 42.

Como se vê, em todas essas searas, a Defensoria Pública tem envidado esforços para que o acesso à justiça alcance uma dimensão social e melhorias da dignidade humana.

Por sua vez, a 5ª (quinta) onda, criada por Eliane Botelho Junqueira²⁰, consiste na internacionalização da proteção de direitos humanos, a qual ganhou força após as grandes guerras mundiais. Tal movimento parte do reconhecimento em que nem sempre o Estado oferece as proteções devidas ao indivíduo, de sorte que este encontra a tutela efetiva da proteção jurídica nos pactos internacionais que formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos e nos sistemas internacionais como a Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional. Sem embargo dos órgãos universais, registra-se a existência dos sistemas regionais (americano, europeu e africano) e ainda inexistência do sistema asiático, o qual padece de organização formal em razão dos regimes diversos e a própria compreensão dos direitos humanos.

Nesse aspecto, há tendência em reconhecer maior atuação da Defensoria Pública no sistema interamericano, pois existe a figura do defensor interamericano, o qual é responsável por acompanhar as vítimas desassistidas. No ordenamento interno, nota-se que há previsão expressa da atribuição do defensor público representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos - art. 4º, VI, da Lei Complementar n. 80/94.

Ed William Carvalho e Jaime Alves vislumbram a 6ª (sexta) onda de acesso à justiça, a qual consiste no enfrentamento das barreiras tecnológicas. Para os autores, a exclusão digital precisa ser enfrentada, de forma que a tecnologia seja utilizada como instrumento a favor da justiça social.

Nessa toada, ganha espaço a educação em direitos, tema merecedor de atenção neste trabalho. Ora, a concretização da conscientização dos direitos é capaz de promover mudança cultural e social acerca da diversidade e autonomia do ser humano. Para tanto, a Defensoria Pública deve contribuir para remoção do obstáculo enfrentado pela escassez de comunicação e tecnologia, com o reconhecimento e exigência do acesso à internet como direito fundamental, além de utilizar de tais ferramentas tecnológicas e de comunicação para se aproximar

²⁰ Conforme apontamento feito por Marcos Vinicius Manso Lopes Gomes. Ob. Cit. p. 203.

da comunidade, difundindo direitos humanos, sempre com uma linguagem acessível. É papel do defensor traduzir o “juridiquês” para a linguagem cotidiana. Decerto, a compreensão clara estimulará o cidadão a buscar a efetivação dos seus direitos.

De mais a mais, importa notar que a situação pandêmica da COVID-19 deixou extremamente caracterizadas as inovações tecnológicas no acesso à justiça, seja pelo atendimento remoto, seja pelo uso de ferramentas para viabilizar o atendimento aos assistidos.

A Defensoria Pública do Estado do Amazonas, por exemplo, durante o período de maior intensidade pandêmica realizou atendimentos e audiências extrajudiciais via aplicativos *telegram* e *google meet*. Todavia, com o arrefecimento dos casos de COVID, tais ferramentas não foram abdicadas, de tal forma que o assistido pode optar em receber informações de acompanhamento processual e participar de atendimentos extrajudiciais.

Como se vê, a 6ª (sexta) onda de acesso à justiça está devidamente caracterizada, sendo que a Defensoria Pública tem desenvolvido iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça.

Por fim, registra-se o vislumbre da 7ª (sétima) onda do acesso à justiça. Tal compreensão desenvolvida pelo “*Global Access to Justice Project*”²¹ reconhece a desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça. A pesquisa ainda está em fase desenvolvimento com previsão de coletas e formação dos relatórios no ano de 2023.

De qualquer forma, atenta à tal realidade, registra-se que a Defensoria Pública do Estado do Amazonas tem envidado esforços para diminuir tais desigualdades. Nesse aspecto, observa-se que em 17 de agosto de 2021, fora publicada Lei Estadual n.º 5.580/21, a qual dispõe sobre reservas de vagas às pessoas negras, indígenas e quilombolas para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal de Membros e Servidores da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

²¹ O Global Access to Justice Project possui o objetivo fundamental de pesquisar e identificar soluções práticas para a problemática do acesso à justiça, formando uma rede internacional de pesquisadores advindos de todas as partes do mundo, e em uma escala global sem precedentes. Demais informações disponíveis em: <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>.

Para fins de registro, cita-se a obra “A 7ª Onda de Acesso à Justiça” escrita por Mariana Carvalho de Paula de Lima.

Segundo a autora, tal onda consiste no acesso à “ordem jurídica justa globalizada” e concretização dos direitos humanos das minorias. A denominação se justifica porque possui as anteriores como suas precursoras e as projeta ao mundo globalizado, em prol de uma atuação “glocal” (que vai do local para o global e vice-versa) voltada a soluções prioritariamente extrajudiciais que viabilizem a simbiose entre o direito doméstico e o direito internacional, principalmente em matéria de proteção multinível dos direitos humanos. Assim, consiste no controle de constitucionalidade e convencionalidade extrajudicial glocal.

O foco nas soluções extrajudiciais pela via dialógica objetiva a remoção de obstáculos interinstitucionais, interestatais e internacionais que reverberam na integração das minorias (inclusividade social e integração constitucionais, consoante Canotilho) no acesso à "ordem jurídica justa globalizada, para aperfeiçoamento da democracia.

Nessa vereda, para efetivar o direito de acesso à "ordem jurídica justa globalizada", a Sétima Onda desenvolvida por Mariana Lima propõe “a democratização da cooperação jurídica internacional, pela abertura de mecanismos de cooperação internacional desburocratizados entre Instituições de Promoção dos Direitos Humanos;”²²

Superadas as linhas esclarecedoras acerca do estudo das Ondas do Acesso à Justiça, passa-se ao exame histórica da assistência jurídica gratuita no Brasil.

1.4 Histórico da assistência jurídica no Brasil

Uma viagem histórica à própria construção do país é necessária para se entender a assistência jurídica no Brasil e a procedência da Defensoria Pública, uma vez que esta foi moldada a partir de anseios e panoramas sociais característicos a cada época, a qual passaremos a retratar.

²² Ob. Cit. 108-109.

Enquanto colônia, o Brasil vivia sob as ordens das Ordens portuguesas, as quais não registraram nenhuma previsão sobre a assistência jurídica. Quanto à gratuidade de justiça, a única regulamentação constava nas Ordenações Filipinas (Título 84, §10 – dispensa de pagamento de custas aos pobres).

No Império, por um tempo, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor (até 1917, com a entrada do Código Civil de 1916). Ademais, o Código de Processo Criminal de 1841 fez referência a questão da hipossuficiência do réu.

Nessa vereda, merece destaque a criação do Instituto dos Advogados Brasileiros (1843), o qual, especialmente quando sob a presidência de Nabuco de Araújo (1866), prezou para que o “Instituto prestasse assistência aos indigentes na seara cível e criminal”.

Como último ponto do Brasil-Império, note-se que ainda, a criação do cargo de “advogado dos pobres” pago pelo erário do Distrito Federal, mas que foi extinta em 1884.

Na transição do Sistema Monárquico para o Sistema Republicano (1891), surgiu a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (Primeira Constituição Republicana). Nela, a assistência judiciária não fora nem mencionada. No entanto, em seu art. 72, há menção à plena defesa, conforme noticia Simone Oliveira²³.

Mas, antes, uma discreta denotação ao conceito de assistência judiciária se nota nos anos compreendidos entre 1889-1930, período em que o país sistematizou-se sob a República Oligárquica, como aponta Thiago Moreira²⁴: “[...] entendida rudimentarmente como a defesa na esfera criminal de pessoas pobres, atribuída aos então *‘curadores geraes’*, que pertenciam aos quadros do Ministério Público”.

Em 05 de Maio de 1897, um decreto local instituiu a assistência judiciária no Distrito Federal (Rio de Janeiro, na época, capital do país) e que, apesar de ser restrito aos limites geográficos desta, doutrinariamente considera-se este o

²³ OLIVEIRA, Simone dos Santos. **Defensoria pública brasileira: sua história**. Revista do Direito Público. Universidade Estadual de Londrina/PR, v. 2, n. 2, p. 69, maio/ago. 2007. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2007v2n2p59> >. Acesso em: 16 ago. 2019.

²⁴ MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça**. Opin. Publica, Campinas, v. 23, n. 3, p. 650, dez. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000300647&lng=pt&nrm=iso>. doi: 10.1590/1807-01912017233647. Acesso em: 18 ago. 2019.

marco inicial da Defensoria Pública, pois somente com a proclamação da República é que são editadas as primeiras normas sobre a assistência judiciária sustentada pelo Estado.

Após a Revolução de 1930, tendo como resultado a Constituição Federal de 1934, o direito de acesso gratuito à Justiça surge assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. Contudo, diante da curta duração desta Constituição, a criação de uma instituição com a almejada função não se concretizou na época, indica Thiago Moreira²⁵.

Em 1935, o Estado de São Paulo criou o primeiro serviço governamental de Assistência Judiciária do Brasil, seguido pelo Rio Grande do Sul e Minas Gerais²⁶.

Na Constituição do Estado Novo (1937-1946), complementa Simone Oliveira²⁷, "provavelmente por ser fruto de um período ditatorial, não havia previsão da assistência judiciária. Tal deficiência foi amenizada pela previsão da assistência judiciária no Código de Processo Civil de 1939".

Em 1946, ainda segundo Oliveira²⁸, o instituto da assistência judiciária volta ao texto constitucional (art. 141, parágrafo 35: O poder público, na forma que a Lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados).

E, em 05 de fevereiro de 1950 se estabelece a Lei Federal nº 1.060/50, a qual dispõe sobre a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Frisa-se que a referida lei elenca as regras para concessão da "Justiça Gratuita", termo cuja definição diverge do conceito de Assistência Judiciária, assunto a ser explanado oportunamente.

A análise cronológica também revela que o antigo Estado do Rio de Janeiro ao editar a Lei Estadual nº 2.188 de 21 de julho de 1954, criou os primeiros cargos de "defensor público", subordinando-os à Procuradoria Geral de Justiça.

Aos 20 de julho de 1958, a Lei Federal nº 3.434 que dispõe sobre o Ministério Público do Distrito Federal (Brasília) e Territórios, implementou os

²⁵ Ob. Cit. Pp. 650.

²⁶ NOSSA HISTÓRIA. **Desde 1897 Garantindo acesso a justiça.** Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/Institucional/historia>>. Acesso em: 16 ago. 2019.

²⁷ Ob. Cit. p. 70.

²⁸ Ob. Cit. p. 70.

serviços de assistência judiciária prestados pelos ocupantes dos cargos iniciais da carreira do Ministério Público Federal (Art. 1º São os órgãos do Ministério Público do Distrito Federal: VII - os Defensores Públicos.) (NOSSA HISTÓRIA, 2019).

Por décadas, a instituição foi denominada como Assistência Judiciária (AJ) e esteve vinculada ao Ministério Público Estadual, este influenciando de certa maneira à sua trajetória, principalmente quando se buscou conquistar princípios institucionais e funções jurídicas que até então eram restritos ao Ministério Público.

Na década de 1960, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), através da Lei nº 5.111, de 08 de dezembro de 1962, passou a ter duplo quadro funcional, sendo um, o próprio MP e, sendo o outro, à Assistência Judiciária, esta vindo posteriormente denominar-se Defensoria Pública.

Na década de 1970, pelo Decreto-Lei nº 286, de 22 de maio de 1970, desfez-se o duplo quadro funcional, passando a Assistência Judiciária à órgão de Estado, destinado a prestar patrocínio jurídico aos necessitados, no entanto, vinculada a Procuradoria Geral de Justiça. Também na década de 70, como resultado da experiência pioneira e vitoriosa do antigo Estado do Rio de Janeiro, o direito à assistência jurídica gratuita foi objeto de vários debates em congressos e simpósios jurídicos, inclusive, com o decisivo apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), concluindo então a comunidade jurídica pela necessidade de ser criada a Instituição Defensoria Pública. Em 12 de maio de 1977, organizou-se a Assistência Judiciária no Estado do RJ com fundamento na Lei Complementar Estadual nº 6 e posteriormente com algumas modificações, passou a vigorar como Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE), quando finalmente esta foi criada. Esta lei, a mais avançada de sua época, além de ser referência para outros Estados tornou-se base para a Lei Complementar Federal nº 80/94 (Lei que rege a Defensoria Pública no plano nacional).

Thiago Moreira²⁹ explana que, nos anos 1980, a Defensoria fluminense foi tomada como modelo pelos Estados que já instituíam de forma organizacional

²⁹ MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça.** 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas,

a assistência jurídica, adaptando-a à estrutura da DPE/RJ. O intercâmbio a partir do tema em comum - assistência jurídica - entre defensores e servidores de diferentes Estados, fundou-se, em 1984, uma entidade de classe nacional - a Federação Nacional dos Defensores Públicos - FENADEP, hoje: Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, o que só fortaleceu a própria entidade, bem como o projeto de institucionalização da Defensoria. Neste ínterim, os Defensores Públicos, já organizados em associações de classe viram a oportunidade de inserir a Defensoria no novo texto constitucional, com os mesmos princípios institucionais, direitos e prerrogativas em termos semelhantes ao modelo traçado para o MP, pois naquele momento, após mais de duas décadas de Regime Militar, se culminava a redemocratização do país com a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988).

Nos embates envolta dos anseios dos Defensores Públicos, finalmente a Constituição atendeu, apesar de que parcialmente, às demandas, prevendo assim a Defensoria organizada em carreira com ingresso inicial por concurso público e conferindo a garantia da inamovibilidade aos seus integrantes (art. 134 da CRFB).

A oposição de outras categorias jurídicas impediu, contudo, a almejada equiparação ao MP e deixou a cargo de cada Estado a implantação das Defensorias Públicas Estaduais (DPE), uma vez que cada um possuía particularidades frente a ideia de implantação de tal instituição e os diferentes graus de autonomia que concederiam a elas, pois a formação desta Instituição também estaria intrinsecamente relacionada a evolução histórica, isto é, em cada Estado o desenvolvimento institucional e implantação da Defensoria Pública estava relacionado a forma de estrutura e funcionamento do sistema de justiça antes de 1988. Vejamos o que Thiago Moreira³⁰ expõe:

Antes de 1988, a assistência jurídica não constituía uma obrigação estatal e um direito de todo e qualquer cidadão em situação de vulnerabilidade econômica, embora houvesse previsão em textos constitucionais anteriores dizendo que o poder público concederia assistência judiciária aos necessitados. Nessa época, ficava a critério de cada Estado definir como e em que medida ofereceria tal assistência na forma de um serviço público. Essa autonomia dos Estados para fixar seu próprio serviço de assistência jurídica decorria

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-19122016-092047/pt-br.php>>.

doi:10.11606/D.8.2016.tde-19122016-092047 p.P. 16

³⁰ Ob. Cit. p.8.

da organização federativa do judiciário brasileiro e da ausência de uma legislação federal definindo para todo o país de que forma e por meio de qual órgão o acesso à justiça aos necessitados deveria ser exercido.

Assim, conclui e sustenta Thiago Moreira³¹ que a criação da Defensoria em determinado Estado estava ligada a estrutura de assistência judiciária pré-1988. Nisto, a adesão e migração dos membros da própria entidade ao novo modelo constitucional de Defensoria Pública foi mais fácil nos Estados onde já havia um órgão destinado especificamente à assistência judiciária, pois tinham incentivos de uma instituição que almejava ser nacional e que trazia novas garantias (constitucionais) para a carreira. Todavia, houve - e ainda há - grande oposição nos locais onde a assistência jurídica era prestada por advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Outrossim, nos Estados onde a função era exercida por procuradores do Estado, houve a postergação de sua instalação. Portanto, o tipo de arranjo adotado por cada Estado antes de 1988 no que diz respeito à condução do modelo de Assistência Judiciária é essencial e faz diferença. Isso significa que havia uma relação de causalidade entre o arranjo de assistência judiciária existente nos estados antes de 1988 e a criação das DPEs. Afirma ainda, Thiago Moreira³² que as "dificuldades para a consolidação da instituição e os interesses corporativos dos seus membros conduziam, frequentemente, a uma realidade institucional distinta daquela inicialmente vislumbrada pela literatura".

Em 12 de janeiro de 1994, nasce a Lei Complementar nº 80, que passa a reger a Defensoria Pública no plano nacional, sendo as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para sua organização nos Estados, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 132/2009. Insta salientar que a Defensoria Pública do Estado do Amazonas, instituída pela Lei Complementar nº 1 de 30 de março de 1.990, foi a primeira da Região Norte e a segunda do Brasil³³.

³¹ Ob. Cit. p. 14.

³² Ob. Cit. p. 649

³³ DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; FUNES, Gilmar Pesquero Fernandes Mohr. **A Defensoria Pública**. In: IV ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E III ENCONTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, v. 4, n. 4 (2008). Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1842>>. Acesso em: 16 ago. 2019.p. 3.

As Defensorias Públicas ganharam força mediante o reconhecimento da autonomia funcional, administrativa, financeira, legislativa e orçamentárias, além da separação em nova seção diversa da advocacia, por intermédio das Emendas Constitucionais n. 45/04 e 80/14. De mais a mais, o seu desenho e papel na ordem jurídica brasileira foi reforçado pelas alterações decorrentes da Lei n. 132/09 na Lei Complementar n. 80/94 – LONDP e no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) ao lhe conferir diversas funções institucionais.

Como se vê, a cronologia histórica da Defensoria Pública, desde a sua origem singular e inédita no Estado do Rio de Janeiro, passa pela influência e/ou oposição de outras entidades fortemente consolidadas como o Ministério Público e a Procuradoria, a luta pelo reconhecimento basilar e essencial à justiça e, até a consideração de fatores isolados e inerentes a cada Unidade da Federação, derivando finalmente sob à luz destes aspectos, em sua criação constitucionalmente garantida.

A história da Defensoria Pública também caracteriza-se por buscar a tutela de direitos humanos mediante o patrocínio das pretensões individuais e coletivas da população desfavorecida.

Diogo Esteves³⁴ ao citar Sérgio Junkes posiciona-se doutrinariamente caracterizando a Defensoria pública como um órgão, ou seja, constitui um centro de atribuições específicas instituído para o desempenho de funções estatais, por intermédio de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertence.

É um órgão central, pois sua atribuição de prestar assistência jurídica integral é exercida em todo o território da base política em cuja estrutura administrativa é contida.

Assim também, Gustavo Corgosinho, aduz, por ter sido reconhecida sua autonomia plena, bem como a relevância de sua finalidade, classifica-a como órgão que apenas integra a estrutura do Poder Executivo, mas não está a ele vinculada, ou seja, é independente da administração pública direta.

³⁴ JUNKES, Sérgio Luiz. Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social. Curitiba: Juruá, 2006. p. 83/84 *apud* ROGER, Franklin. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

No entanto, o Gustavo Corgosinho autor discorda da classificação em virtude da atual posição constitucional. Logo, afirma que não pode ser considerada órgão público, pois esse constitui simples repartições internas da pessoa jurídica a que pertencem e não possuem personalidade autônoma ou vontade própria. Acrescenta, inclusive, que “diversamente da concepção clássica de órgão, a Defensoria Pública não se encontra vinculada ou subordinada a nenhuma estrutura estatal, não podendo nenhum de seus membros receberem ordens ou comando funcionais de qualquer autoridade pública”. Assim, o autor reconhece a Defensoria Pública como Instituição Constitucional autônoma ³⁵

1.5 A Assistência Jurídica na Constituição da República de 1988.

O Acesso à Justiça foi reconhecido como direito fundamental na Constituição da República de 1988, na medida em que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Acontece que tal direito fundamental não pode ser considerado apenas como uma obrigação negativa do Estado (não impedir a propositura de ações, exercício do direito de petição), mas deve ser compreendido também como um esforço positivo (ações prestacionais) para que o Acesso à Justiça seja efetivo.

Nessa toada, registra-se que o artigo 5º, LXXIV estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O novo tratamento conferido ao acesso à justiça é retratado por Susana Henriques da Costa³⁶ nas seguintes linhas:

Após a promulgação da Constituição de 1988, a temática do acesso à justiça avançou pela positivação dos direitos sociais e pelo reconhecimento de que a existência de um mecanismo inafastável, eficiente e justo de solução de controvérsias é um direito fundamental social (art. 5º, CF). Uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais sociais se tornaram estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira⁶ e, com o passar do tempo, permitiram, em maior ou menor grau, demandar de um dever prestacional estatal. O texto constitucional, destarte, ampliou as potencialidades da litigância pela implementação de direitos, na medida em que disponibilizou todo um novo aparato institucional e normativo substancial e procedimental.

³⁵ CORGOSINO, Gustavo. **Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 83

³⁶ Ob. Cit. p. 41.

Como se vê, existe ordem constitucional para que o Estado desenvolva a política pública de assistência jurídica gratuita, não podendo ser compreendido tal serviço como mero ato de caridade ou piedade, como já fora outrora compreendido. Neste sentido, Pedro Gonzalez³⁷ afirma:

Sua posição topográfica no catálogo dos direitos fundamentais confirma essa ideia, conferindo ao acesso à justiça o mesmo regime jurídico-constitucional dos demais direitos fundamentais, inclusive no tocante à sua aplicação direta e imediata (art. 5º, §1º, CF/88), além da proteção contra eventuais reformas constitucionais, por estar previsto como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88).

Vale notar que o acesso à justiça é a materialização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), quando possibilita ao ser humano a consecução dos seus direitos e homenageia a prevalência dos direitos humanos, objetivo brasileiro nas relações internacionais.

Assim, o acesso à justiça é um direito fundamental que decorre da própria dignidade da pessoa humana e sua materialização de forma prioritária e estratégica materializa a ordem constitucional promocional dos direitos humanos.

Esclarecido que a assistência jurídica é um direito fundamental e que demanda ações prestacionais por parte do Estado, resta saber quais os modelos existentes, bem como a escolha brasileira.

1.6 Os modelos de assistência jurídica gratuita

Na doutrina brasileira, são listados os modelos *Pro bono*, *Judicare*, *salariated staff* e o Misto ou híbrido.

No modelo *pro bono*, a prestação de assistência judiciária gratuita é realizada por profissionais liberais (advogados), sem nenhuma espécie de contraprestação por parte do Estado. Neste aspecto, a assistência se expressa mais como se fosse um ato de solidariedade.

Por sua vez, no modelo *judicare*, a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. Popularmente, os

³⁷ ALVES, Cleber Francisco; GONZALEZ, Pedro. **Defensoria Pública no Século XXI**. Rio de Janeiro. *Lumen Juris* Direito, 2017, p. 99

advogados quando atuam nesta situação, são reconhecidos como advogados dativos.

Cumpre deixar registrada a crítica feita por Holden Silva³⁸ sobre o modelo *judicare*:

Não há especialização e visão de todo; a remuneração dos advogados tende a ser baixa; pois as tabelas normalmente são fixadas pelo Estado; não há efetivo acesso aos Tribunais Superiores, à opinião consultiva e às instâncias extrajudiciais e administrativas, ou seja, a assistência não é integral; o controle de qualidade do serviço prestado é inexistente ou dificultosa, sem parâmetros; os gastos tendem a ser maiores.

No *salaried staff model*, a assistência jurídica gratuita é prestada por agentes públicos remunerados pelo Estado. Há uma instituição responsável por isso.

Ainda, sobre o modelo *salaried staff model*, Holden Silva³⁹ discorre sobre duas submodalidades do modelo:

Na primeira delas, o próprio poder público opta pela criação de organismos estatais destinados à prestação direta dos serviços de assistência judiciária (e eventualmente também de assistência jurídica extrajudicial), contratando para tanto advogados, que, neste caso, manterão vínculo funcional com o próprio ente público. Tais organismos estatais normalmente são chamados de Defensorias Públicas. Na segunda submodalidade desse modelo, os serviços podem ser prestados por entidades não estatais, via regra sem fins lucrativos, que recebam subsídios dos cofres públicos para custeio de suas despesas, inclusive para o pagamento dos advogados contratados cujo vínculo empregatício será estabelecido com essas respectivas entidades e não com o Estado.

Ao tratar do modelo de assistência jurídica prestado por uma instituição, Arion Godoy⁴⁰ aponta que:

Em relação às vantagens, há a possibilidade de as pessoas atendidas pela instituição pública se beneficiarem da lógica de litigação habitual, dado inexoravelmente o elevado número de atuações dos agentes públicos, a possibilidade do desenvolvimento de políticas de prevenção de conflitos ou o manejo dos instrumentos mais adequados à solução de controvérsias, o que não necessariamente será a via judicial. Também se aponta a possibilidade de identificação de demandas mais recorrentes, permitindo uma sistematização da atuação ou o manejo de instrumentos coletivos.

³⁸ SILVA, Holden Macedo da. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Brasília: Fortium, 2007. p. 12-13.

³⁹ Ob. Cit. p. 13.

⁴⁰ GODOY, Arion Escorsin. **Da Amazônia ao Chuí: mulheres, acesso à justiça e educação em direitos da defensoria pública**; coord. da coleção Maurílio Casas Maia. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 41-42.

Por fim, no modelo misto ou híbrido, a assistência jurídica integral é prestada por uma combinação entre *judicare* e *salaried staff model*. Daí, o cidadão⁴¹ tem a opção sobre o método de assistência judiciária que recairá a sua escolha.

Superados os modelos existentes, surge a indagação: Qual o modelo escolhido pelo Estado brasileiro? A resposta é encontrada no artigo 5º, LXXIV c/c o artigo 134 da CRFB. Tais dispositivos estabelecem o direito fundamental da assistência jurídica integral gratuita aos necessitados, com tal incumbência à Defensoria Pública, instituição permanente, função essencial à Justiça. Logo, o *salaried staff model* é o modelo brasileiro para concretização da assistência jurídica gratuita.

Na vereda do texto constitucional, a Lei Complementar n. 80/94, com redação dada pela Lei n. 132/09, dispõe que a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública. (artigo 5ª, §4º, da LC n. 80/94).

Em conformidade, Frederico Lima⁴²:

A Defensoria Pública é o reflexo da adoção, pelo Brasil, do *salaried Staff model* de prestação de assistência judiciária gratuita, porquanto consubstancia instituição designada pela constituição com o fim específico de auxiliar juridicamente os carentes de recursos financeiros, sendo aparelhada com uma complexa estrutura organizacional e aprovisionada de agentes públicos cuja missão se traduz na proteção jurídica aos hipossuficientes.

Note-se, ainda, que a assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado deve ser exercida exclusivamente pela Defensoria Pública, conforme assevera Gustavo Corgosino⁴³:

[...]impõe-se que reconhecer que, hodiernamente, não é mais permitido ao Estado, em nenhuma das esferas, criar outro órgão público ao qual seja dada a incumbência de prestar a *assistência judiciária*, e muito menos a *assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados*, fora do âmbito da da Defensoria Pública, posto que a iniciativa violaria os princípios institucionais de *unidade* e *indivisibilidade*, havendo, inclusive, na Lei Orgânica mineira, previsão expressa no sentido de que “o exercício da assistência jurídica aos necessitados é privativo da Defensora Pública” – Art. 5º, §3º, da Lei

⁴¹ Neste texto, a expressão “cidadão” é utilizada como aquele destinatário dos direitos fundamentais. Não se ignora, por oportuno, as lições do professor Ronaldo Brêtas, o qual prefere utilizar as expressões “povo” e “sujeito constitucional”, pois ensina que a nomenclatura “cidadão” deve ser restrita a aquele que possui capacidade para votar e ser votado.

⁴² LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm. 2010; Ob. Cit. p. 58.

⁴³ Ob. Cit. p. 43.

Complementar n. 65/2003 – tratando-se de verdadeiro monopólio em *âmbito estatal*, o que não impede de forma alguma, em nossa opinião, a atuação dos núcleos de assistência das instituições de ensino jurídico e das organizações da sociedade civil.

A estruturação de uma instituição destinada à prestação de serviços jurídicos com corpo de membros voltados para tal missão repercute em uma melhor qualidade. A diferença entre o serviço da assistência jurídica e a instituição encarregada de prestá-la é analisada por Marcos Lopes Gomes⁴⁴:

De acordo com o modelo público, os defensores públicos são agentes remunerados pelo Estado, refutando eventuais modelos corporativistas e demandistas, uma vez que apresentam novos contornos, com uma atuação não somente demandista, como também preventiva e informativa; não somente individual, como também coletiva, multidisciplinar e participativa; não somente pontual, como também democrática e estratégica.

Como se vê, o *salaried staff model* é o modelo previsto pelo Estado⁴⁵, sendo papel da Defensoria Pública⁴⁶, a incumbência da efetivação do direito fundamental à assistência jurídica integral, o que garante acesso à justiça de forma qualificada.

1.7 O perfil constitucional da Defensoria Pública

Diante da organização dos poderes estatais, o constituinte formalizou, também, a criação de um quarto complexo orgânico intitulado “Funções Essenciais à Justiça”, no qual se encontra inserida a Defensoria Pública. Com isso, o Texto Maior desvinculou a Defensoria Pública das demais estruturas de poder, criando um sistema independente de fiscalização e controle das atividades estatais.

⁴⁴ GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Defensoria Pública: Ponto a Ponto: Direitos Humanos e Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 161.

⁴⁵ Embora o modelo escolhido constitucionalmente, não se ignora que diante do número deficiente de defensores públicos e inexistência da instalação da Defensoria Pública em grande parte das unidades jurisdicionais, a realidade é marcada pelos modelos *pro bono* e *judicare*.

⁴⁶ Nos autos da ADI n. 4.163, o Ministro Marco Aurélio de Mello declarou que “a delegação de advogados não-defensores à assistência jurídica a cidadãos de baixa renda entra em conflito direto com dispositivos constitucionais. “Não imagino a mesma delegação (de terceiros) no exercício da defesa do Estado, no papel do Ministério Público, com um advogado fazendo às vezes do agente apontado pela Constituição”. Anotações a partir da obra *Defensoria Pública*, escrita por Amélia Soares da Rocha (Atlas, p. 100-101).

Conforme Diogo Esteves⁴⁷, “em virtude de sua peculiar posição constitucional, a Defensoria Pública não deve ser enquadrada em nenhuma categoria jurídica preexistente no universo do Direito, integrando grupo autônomo e singular, assim como o Ministério Público”.

A Constituição da República afirma que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica e a promoção dos direitos humanos – Art. 134 da CRFB. Daí, é importante compreender a amplitude das expressões constitucionais outorgadas à Defensoria Pública.

Ao ser considerada instituição permanente, essencial à função jurisdicional, a Defensoria Pública alcança a qualidade de cláusula pétreia, na medida em que não pode ser diminuída, nem retirada do sistema de justiça. Aliás, a Defensoria Pública, embora não faça parte da função judiciária é indispensável, essencial para que o Estado exerça a função jurisdicional.

Quanto à orientação jurídica, esta antecede e, muitas vezes, dispensa a atuação em processos judiciais, na medida em que o esclarecimento do direito ou de sua inexistência, retira do cidadão frustrações, possibilita protagonizar os seus direitos em soluções extrajudiciais, ou, quando indispensável, a propositura de processos judiciais mais conscientes. Sem dúvidas, além de tudo isso, a orientação jurídica traz economia de pessoal e financeira ao sistema de justiça e livra as partes de desvios produtivos com a perda de tempo em processos que não produzirão resultados positivos.

Quanto à assistência jurídica e defesa dos necessitados, desprovidos de recursos, cumpre esclarecer que é preciso superar a limitação de outrora que apenas encontrava no hipossuficiente econômico àquele destinatário da proteção defensorial, o que será tratado em tópico específico.

1.8 Vulnerável: O destinatário da Defensoria Pública

⁴⁷ Ob. Cit. p. 340.

Amélia Soares da Rocha⁴⁸ ensina que “a interpretação de necessitado tem sido no sentido de pessoas em condição de vulnerabilidade, que nem sempre significa pessoa economicamente hipossuficiente, embora na maioria das vezes o seja também economicamente, numa cumulatividade de desigualdade”.

Quanto à expressão, Roger Queiroz⁴⁹ registra que vulnerabilidade, tem origem no latim “*vulnerabile*”, o qual possui o significado de pode ser atingido ou ferido; frágil; que tem poucas defesas; diz-se do ponto fraco de uma pessoa, coisa ou questão (figurado). O autor vai além, ao apontar como vulnerável aquele que está suscetível a ser ferido, ofendido ou tocado, um indivíduo frágil ou incapaz.

N’outro giro, percebe-se que vulnerável também é um utilizado para reconhecer grupos de pessoas que possuem maior fragilidade dentro da sociedade, como crianças, idosos, mulheres, pessoas com deficiência, índios, negros, entre outros.

No aspecto normativo nacional, a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, no capítulo II - Termos e Definições, define a vulnerabilidade como o "estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido".

O reconhecimento das vulnerabilidades para além do critério econômico também foi reconhecido na XIV Conferência Judicial Ibero-americana (março/2008. Na ocasião, houve aprovação do documento intitulado “Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade” (100 Regras de Brasília)⁵⁰. Do texto, extraem-se as Regras 3 e 4 acerca da vulnerabilidade:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por

⁴⁸ ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria pública**: Fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013. p.80.

⁴⁹ QUEIROZ, Roger de Moreira. **Defensoria Pública e vulnerabilidades**: para além da hipossuficiência econômica. Belo Horizonte/São Paulo: D’Placido. 2021, p. 44.

⁵⁰ REGRAS de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em: <https://forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 16 nov 2021.

circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. (4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico

O reconhecimento de outras vulnerabilidades, além da econômica é salutar. Ora, a realidade contemporânea não contempla apenas a hipossuficiência econômica. Isso fica acentuado com a realidade virtual das mais variadas relações (consumeristas, educacionais, familiares) que passaram a ter maior incidência e relevância pelas vias digitais.

Lúcio Kowarick⁵¹ refere-se aos vulneráveis como a “vasta parcela daqueles que estão à margem, desligados ou desenraizados dos processos essenciais da sociedade, trata-se daquilo que se convencionou denominar os excluídos, noção ampla e escorregadia que se tornou uso corrente e que necessita ser trabalhada empírica e teoricamente”

Decerto, na atualidade, existem as vulnerabilidades podem se manifestar em diversos aspectos. A doutrina já reconheceu, além da vulnerabilidade econômica, a vulnerabilidade jurídica, organizacional e social.

Ana Mônica Anselmo de Amorim⁵² sintetiza as modalidades de vulnerabilidade.

A Vulnerabilidade Processual⁵³/Jurídica: A vulnerabilidade processual pode ser facilmente vislumbrada na necessária intervenção do órgão defensorial no processo, para que realize a defesa processual, garantido primados como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, a exemplo de sua atuação como Curador Especial (artigo 72 do Código de Processo Civil) e na

⁵¹ KOWARICK, Lúcio. **Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil**: Estados Unidos, França e Brasil. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 18, Nº 51, fev./2003, p. 61-85.

⁵² AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Público-alvo da Defensoria e parâmetros de elegibilidade**: quem são os vulneráveis? Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 15 nov 2021.

⁵³ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. São Paulo: Método, 2012, p. 184. Segundo a autora, vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.

defesa daqueles que não constituíram advogados nos processos criminais, independente de suas condições financeiras.

A Vulnerabilidade social junte-se às situações em que o assistido, por sua própria condição física, etária, étnica, religiosa, racial, necessita de uma maior assistência, e um olhar diferenciado da Defensoria Pública. São pessoas que diante destas características ou escolhas, compõem grupos minoritários, e socialmente segregados. Indígenas, crianças e adolescentes, idosos pessoas com deficiência, negros, pardos, quilombolas, pessoas LGBTQIA+, exemplificativamente, compõem um amplo leque de indivíduos, que praticamente desde o berço lutam pela garantia de seus direitos.

A vulnerabilidade circunstancial/Organizacional está relacionada aos cidadãos que por razão de uma circunstância fática ou social, necessitam de uma maior assistência da Defensoria Pública. Esta circunstância pode ser definitiva ou transitória, como exemplo as pessoas enfermas, presas, moradores em situação de rua, e inclusive, vive-se uma situação de vulnerabilidade circunstancial, uma vulnerabilidade pandêmica, que demanda uma maior atuação Defensorial, que neste momento, não se pode furtar uma assistência a todos e todas que busquem o auxílio do defensor público.

De tantas manifestações da vulnerabilidade, é preciso reconhecer a vulnerabilidade geográfica. Nesse aspecto, a experiência deste autor no exercício do sistema de justiça no Estado do Amazonas não pode ficar esquecida. Nos rincões da floresta, não há transporte fluvial ordinário, de modo que grande parte da população depende de canoas, inexistem cartórios, pois estes ficam nas sedes dos municípios, distantes horas, dias das comunidades e vilas. Independente da situação organizacional, econômica e jurídica, percebe-se que grande parte da população brasileira, em especial aquela localizada na Amazônia padece de vulnerabilidade geográfica para ter acesso à justiça.

O aspecto da vulnerabilidade geográfica foi lembrado por Roger Moreira de Queiroz⁵⁴. Segundo o autor, este fator objetivo pode ser verificado quando a parte enfrenta obstáculos que inviabilizam a sua presença física e/ou de seus

⁵⁴ QUEIROZ, Roger de Moreira. Defensoria Pública e vulnerabilidades: para além da hipossuficiência econômica. Belo Horizonte/São Paulo. D'Placido, 2021, p. 53.

procuradores por se encontrar em localidade distante da sede do juízo e a sua ausência lhe acarrete prejuízo processual.

A vulnerabilidade prisional é aquela decorrente do estado de encarceramento. Nesse aspecto, a vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade já foi reconhecida nas Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade (§§ 22 e 23) [9], nos casos "Dessy" e "Romero Cacharane" da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e no caso "Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguay", julgado em 2 de setembro de 2004 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na doutrina nacional, Rodrigo Roig⁵⁵ anota que “a situação de encarceramento retira das pessoas presas ou internadas seus direitos fundamentais, como também as torna carecedoras de maior tutela, discriminação positiva e segurança por parte do Estado, considerando o estado de absoluta vulnerabilidade em que se encontram”.

Nesse cenário, a responsabilidade estatal pela proteção dos presos, grupo humano vulnerável, impõe o dever de atuação da Defensoria Pública, independente da situação financeira, mormente pelo senso comum existente em uma sociedade na qual impera o senso comum de vingança, fomentado pela mídia e opinião popular, as quais pressionam os agentes do sistema político e de justiça a romper os direitos humanos dos encarcerados, os quais uma vez violados, prejudicam toda a sociedade, não só pelos presos serem integrantes da comunidade, mas pelas consequências ao meio extramuros com o fortalecimento de facções para protege-los dentro e fora dos presídios e criação a um verdadeiro “estado paralelo”

Assim, os grupos de consumidores, idosos, negros, mulheres vítimas de violência, presos, que, em muitos casos em que, embora com recursos financeiros, são tão vulneráveis por conta de se encontrarem em uma circunstância adversa, além de não possuírem estrutura para estrategicamente atuar.

A colenda jurisprudência brasileira já assentou a superação da noção de vulnerabilidade. No julgamento da ADI n.3943, o Supremo Tribunal Federal suplantou qualquer ideia de limitação da legitimidade coletiva da Defensoria

⁵⁵ Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal** : teoria crítica.4. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 31

Pública aos hipossuficientes econômicos. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade da atuação da Defensoria Pública em favor de necessitados jurídicos, não necessariamente de carentes de recursos financeiros (EREsp. 1.192.577).

Nessa pegada, e atento à dinâmica das novas realidades, este autor também considera a existência contemporânea da vulnerabilidade digital, a qualidade deve ser merecedora de proteção defensorial.

A pandemia COVID-19 repercutiu fortemente nisso, ao impor que muitos que não desenvolviam qualquer atividade via internet, ou atuavam em situações raras, passaram a “mergulhar” nas relações digitais e passaram a ser vítimas de muitas estratégias das redes sociais, algoritmos e outras tecnologias das telas. Assim, a Defensoria Pública deve reconhecer e prever estrategicamente instrumentos para amenizar a vulnerabilidade digital, especialmente aos grupos mais vulneráveis. A atuação da Defensoria Pública em favor de vulneráveis digitais já foi noticiada por Edilson Gonçalves Filho⁵⁶:

A vulnerabilidade digital, também denominada tecnológica, evidenciou-se durante a pandemia causada pela disseminação da Covid-19. No Brasil, o governo federal, ao estabelecer benefício assistencial destinado às pessoas que tiveram sua renda comprometida no período e se enquadrem nos demais critérios econômicos estabelecidos, vinculou o recebimento à necessidade do beneficiário possuir aparelho celular e endereço de e-mail, baixar aplicativo do programa e receber mensagem via SMS (serviço de mensagens curtas) para acioná-lo, o que gerou graves empecilhos de acesso ao direito por parte de grupos vulneráveis e levou a Defensoria Pública a ajuizar Ação Civil Pública visando superar tais exigências.

Aqui, importante citar a atuação da Defensoria Pública do Estado do Amazonas⁵⁷ no tocante aos cuidados com a exposição de crianças nas redes sociais, bem como os perigos da intoxicação digital. Por intermédio da Portaria n.º 1241/2021-GDPG/DPE/AM, a Defensoria Pública instituiu o Projeto Defensoria Pública Digital e criou o Centro de Estudos das Vulnerabilidades Digitais – CEVD, trabalho coordenado pelo Defensor Público Marcelo Pinheiro.

⁵⁶ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 11 nov 2021.

⁵⁷ Com foco em conflitos impactados pelas novas tecnologias, DPE-AM lança projeto Defensoria Digital. Disponível em: <https://www.defensoria.am.def.br/post/com-foco-em-conflitos-impactados-pelas-novas-tecnologias-dpe-am-lan%C3%A7a-projeto-defensoria-digital>. Acesso em: 30 ago 2022.

Como se vê, a assistência jurídica deve ser prestada pela Defensoria Pública ao necessitado, entendido todo aquele que estiver em situação de vulnerabilidade, ou seja aquele que se encontre com insuficiência de recursos, seja essa carência econômica, jurídica, organizacional, social, geográfica ou digital, pois a noção de vulnerabilidade não está restrita ao aspecto econômica, mas deve ser compreendida de forma ampla, ao ponto de proteger qualquer ser humano que se encontre de alguma forma limitado e frágil.

Esclarecido o papel constitucional da Defensoria Pública e alcance daqueles tutelados por elas, os vulneráveis, é imperioso examinar a importância da autonomia funcional e organizacional da Instituição para efetivação do seu papel constitucional.

Ainda sobre o desenho constitucional da Defensoria Pública, é imperioso examinar a importância da autonomia funcional e organizacional da Instituição para efetivação do seu papel constitucional.

1.9 Autonomia administrativa e organizacional: O querer do constituinte e razões de reconhecimento à Defensoria Pública

A autonomia organizacional implica que no autogoverno institucional, dissociado da Função administrativa⁵⁸. Assim, a Instituição promoverá a própria gestão, tão somente em observância à própria Constituição e as Leis.

De acordo com Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva⁵⁹, a autonomia administrativa permite à Defensoria Pública praticar, de maneira independente e livre da influência dos demais Poderes Estatais, atos próprios de gestão, tais como adquirir bens e contratar serviços, estabelecer a lotação e a distribuição de seus membros da carreira e seus servidores”.

Para Gustavo Corgosino⁶⁰, a autonomia administrativa pode ser resumida na capacidade atribuída a determinado órgão para assumir

⁵⁸ Expressão extraída das lições de Montesquieu. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, de modo equivocado, tem-se difundido as expressões “Separação dos Poderes”, “Poder Legislativo”, “Poder Executivo” e “Poder Judiciário”. Entrementes, não há que falar na existência de “Poderes”, uma vez que o Poder é uno. Atento a isso, neste texto, são utilizadas as expressões “função legislativa”, “função administrativa” e “função judiciária”. Sobre o assunto, sugere-se a leitura da obra Processo Constitucional Brasileiro escrita por Ronaldo Brêtas, Editora Del Rey. p. 18.

⁵⁹ Ob. Cit. p. 58.

⁶⁰ Ob. Cit. p. 65.

integralmente a condução e a gestão dos seus próprios interesses e negócios, subordinando-se apenas e tão somente ao seu regime jurídico-administrativo”.

À Defensoria Pública, malgrado apenas de forma expressa a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, desde o Constituinte originário foi reconhecida a autonomia organizacional.

Ora, a topografia originária da Constituição já colocou a Defensoria Pública no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, portanto em posição distinta de qualquer dos Poderes, em sinal eloquente que a tal Instituição já era detentora de autonomia.

Da mesma opinião, Jorge Bheron Rocha⁶¹ argumenta:

[...]se, de um lado, não se logrou incluir expressamente na Constituição a autonomia da Instituição e o tratamento jurídico estatutário semelhante ao do Ministério Público e da Magistratura, por outro, a natureza jurídica e a envergadura da Defensoria Pública ficaram implicitamente fixados nas várias referências do texto constitucional, nomeadamente sua localização no texto e o tratamento remuneratório descrito no art. 135. De fato, a inclusão da Defensoria Pública no capítulo das Funções Essenciais à Justiça, topologicamente fora dos capítulos destinados aos três Poderes tradicionais, significa a completa desvinculação em relação àqueles, sinônimo de autonomia administrativa.

Observação importante sobre o querer consciente do constituinte em reconhecer a autonomia à Defensoria Pública é extraída do fato de apenas os juízes, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública terem reconhecido à prerrogativa da inamovibilidade. Assim, percebe-se que era interesse do Poder Constituinte originário reconhecer autonomia às 3 (três) carreiras nacionalizadas e interiorizadas do Sistema de Justiça⁶², na medida em que qualquer atentar contra a inamovibilidade, por via reflexa, viola a própria autonomia e vice-versa.

De qualquer forma, a Emenda Constitucional n. 045/2004 lançou fim a qualquer dúvida, ao incluir na redação do artigo 134 da Constituição da República, o seguinte parágrafo:

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária

⁶¹ ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública autônoma é escolha consciente e coerente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. Disponível em: <<http://www.adpec.org.br/defensoria-publica-autonoma-e-escolha-consciente-e-coerente-da-assembleia-nacional-constituente-de-1987-1988/>>. Acesso em 04 Ago: 2019.

⁶² Entendimento compartilhado por Maurílio Casas Maia em várias oportunidades em que se estabelecia a autonomia orçamentária e interiorização da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, no ano de 2013.

dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Atento ao Constituinte reformador, o legislador infraconstitucional tratou de proceder as adequações necessárias na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LONDP) – Lei Complementar n. 80/94. Assim, a edição da Lei n. 132/09 deu nova redação ao texto da LONDP, que no tocante à autonomia administrativa e organizacional, extrai-se o seguinte:

Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente:

- I – abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares;
- II – organizar os serviços auxiliares;
- III – praticar atos próprios de gestão;
- IV – compor os seus órgãos de administração superior e de atuação;
- V – elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos;
- VI – praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo da Carreira, e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios;
- VII – exercer outras competências decorrentes de sua autonomia.

Ante o ordenamento constitucional e legal exposto, dúvidas inexistem acerca da autonomia organizacional e administrativa da Defensoria Pública.

Registra-se, por oportuno, que a autonomia não é mera opção constitucional ou privilegio, mas indispensável para que a Defensoria Pública possa exercer o *múnus* constitucional, uma vez que por atuar em grande parte contra o próprio Estado-Executivo, um custo político é gerado o, que pode gerar incompreensões e desmandos por parte da função administrativa⁶³.

Sobre a importância da autonomia para o enfrentamento dos obstáculos do Acesso à Justiça, enfatiza Amélia Soares da Rocha:

Sem independência, a defesa do pobre é meramente formal e, mais grave, legitimadora da condição de desigualdade, que ainda é inconveniente, a muito espaços de poder, posto que a verdadeira defesa, como há muito advertia Nabuco, tem reflexos nos alicerces de nossa pátria, e a alteração dessa realidade não interessa a todos. A questão é muito simples e objetiva: A igualdade, na pratica, causa

⁶³ A necessidade de autonomia administrativa, financeira e organizacional da Defensoria Pública foi reconhecida pelo então relator constituinte Bernardo CABRAL (AM), o qual advertiu que “a autonomia conferirá a essas instituições uma importante desvinculação do Poder Executivo, com o qual não guardam qualquer relação de afinidade institucional, além de propiciar um fortalecimento da instituição e da conseqüente atuação institucional”. Sobre o tema, ver: A singularidade da Defensoria Pública para a autonomia insitucional pós-88: Uma promessa Constituinte e um débito histórico (quase) quitado, de autoria de Maurílio Casas Maia. In: Autonomia & Defensoria Pública. Salvador: Editora Juspodivm. 2018 p. 57-78.

muito incômodo e só poderá ser alcançada se a instituição tiver real independência e força no enfrentamento dos clássicos obstáculos ao acesso à justiça. (ROCHA, 2013, p. 95-96).

Ainda que prevista no ordenamento constitucional e por todos os fundamentos justificáveis, a autonomia defensorial foi objeto de debate no Supremo Tribunal. No primeiro semestre do ano de 2012, 04 (quatro) julgamentos foram realizados, ocasiões em que, de forma unânime, O STF se manifestou pela autonomia.

No julgamento da ADI n. 3569, foi declarada inconstitucional qualquer norma que vinculasse a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco a uma Secretaria de Estado, uma vez que tal situação, tiraria a liberdade de agir contra o próprio Poder Público.

No julgamento da ADI n. 4.163, foi declarado inconstitucional a obrigatoriedade de convênio entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo.

As ADIs n. 3965 (Minas Gerais) e 4056 (Maranhão) foram examinadas conjuntamente. O julgamento decidiu que é indevida qualquer subordinação da Defensoria Pública ao Governador do Estado.

Segundo a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, relatora da ADI n. 3965, a autonomia decorre do fato de ser a Defensoria Pública “um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, não podendo, por isso, subordinar-se a órgão específico do Poder Executivo”⁶⁴

Como se vê, a autonomia prevista no ordenamento jurídico é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e fundamental para o cumprimento constitucional da missão da Defensoria Pública.

1.10 A Emenda Constitucional n. 80/2014

A Defensoria Pública, prevista constitucionalmente pela primeira vez no texto de 1988, é a Instituição do sistema de justiça mais próxima da comunidade, uma vez que ao precisar se socorrer do Judiciário ou até mesmo, para receber orientação jurídica, o cidadão recorre à Defensoria Pública.

⁶⁴ Item 8, página 13, da íntegra do voto lançado na ADI em comento.

Malgrado a previsão da Defensoria Pública na redação originária, o constituinte reconheceu a insuficiência da Lei Maior, tanto que previu reformas constitucionais. Atento a isso, o constituinte reformador já produziu mais de uma centena de emendas no texto originário promulgado em 05 de outubro de 1988.

Diante de possibilidade de reforma constitucional, aliada a realidade social, a experiência cotidiana e as próprias necessidades para melhor desempenho da função constitucional exigiram que a Defensoria Pública se redesenhasse ao longo do tempo. Há muito, a Defensor Público deixou de ser o “advogado dos pobres”. Além da Constituição da República, a Lei Orgânica da Defensoria Pública – LONDP (Lei Complementar n. 80/94) estabeleceu diversas funções institucionais (art. 4º) à Defensoria Pública que superam a representação em juízo das partes, impondo atuação em nome próprio no interesse dos vulneráveis. Por sua vez, a Lei Complementar n. 132/2009 reformou a Lei Orgânica da Defensoria Pública – LONDP. Na oportunidade, atribuiu legitimidade coletiva de forma mais ampla.

Todavia, malgrado a existência do ordenamento infraconstitucional, a atuação da Defensoria Pública era constrangidas por outros atores do sistema de justiça e pelos administradores públicos, na medida que surgia mais uma instituição para fiscalizar a efetividade dos direitos fundamentais, bem como da Constituição.

Para livrar de qualquer alegação de inconstitucionalidade, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 80/2014, que trouxe um novo desenho constitucional para a Defensoria Pública.

Em primeiro lugar, o constituinte reformador criou Seção própria para a Defensoria Pública. Antes, Advocacia e Defensoria Pública compartilhavam a Seção III do Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça). Agora, não há mais qualquer confusão, pois a separação topográfica, com em espaço próprio para a Defensoria Pública (Seção IV) deixa evidente a sua autonomia em relação à Advocacia.

A separação da Advocacia e da Defensoria Pública em seções apartadas, é analisada nas lições de Patrícia Kettermann⁶⁵:

[...] demonstra cabalmente que a Defensoria Pública não é outra coisa que não a Defensoria Pública, ou seja, não é advocacia nem advocacia

⁶⁵ KETTERMANN, Patrícia. Defensoria Pública, p. 66-67.

pública, razão pela qual a capacidade postulatória dos seus agentes políticos decorre exclusivamente da posse no cargo, tendo em vista que o regramento aplicável é o previsto na LC 80/94. (..) O exemplo mais atual e importante é o Novo Código de Processo Civil, que traz Seção própria para a Defensoria Pública e supera o anterior tratamento confuso, mencionando os Defensores Públicos e os advogados, em todos os dispositivos pertinentes, como entes diferentes que são.

A separação da advocacia da Defensoria Pública já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, decidiu que a exigência de inscrição dos defensores públicos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é inconstitucional. A decisão foi tomada, por maioria de votos, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1240999, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.074), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4636.

Segundo o relator Ministro Alexandre de Moraes, a previsão legal de que a capacidade postulatória do defensor decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público torna irrelevante sua inscrição nos quadros da OAB, sob o prisma jurídico-processual.

O ministro Alexandre de Moraes concluiu que as regras de seleção e exercício do cargo são complementares e têm finalidades distintas, uma vez que separam o status de candidato do de defensor, que, inclusive, é terminantemente proibido de exercer a advocacia privada. Ele acrescentou, ainda, que o defensor público se submete, exclusivamente ao Estatuto da Defensoria Pública, ficando “sujeito a correções dos órgãos superiores competentes no que tange à sua conduta administrativa”.

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes, relator da ADI 4636, concluiu que a lei de regência da carreira de defensor público não viola a Constituição Federal. Ao votar pela improcedência da ação, ele ressaltou que a Defensoria Pública é uma instituição autônoma e com regime próprio, cuja função é atender os que comprovem insuficiência de recursos, o que engloba pessoas físicas e jurídicas.

Ao final, a tese de repercussão geral fixada no julgamento foi a seguinte: “É inconstitucional a exigência de inscrição do defensor público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil” (RE n. 1240999). Na ADI n. 4636, o dispositivo foi interpretado de forma a impedir que a capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública seja condicionada à inscrição na OAB, o que deixa claro que as figuras do advogado e defensor público são constitucionalmente distintas.

Em seguida, a Emenda Constitucional n. 80/94 apontou a Defensoria Pública “expressão e instrumento do regime democrático” (art. 134). Ser expressão do regime democrático implica que a Defensoria Pública utilize todas os instrumentos possíveis para fortalecimento e manutenção da democracia.

Assim, muitas vezes, a Instituição deverá atuar de forma contramajoritária, sempre para assegurar as liberdades individuais, os direitos de participação e contra qualquer forma de discriminação. Neste aspecto, servem de referências as atuações defensoriais aos migrantes, encarcerados, idosos, mulheres em situação de violência doméstica, entre outros grupos vulneráveis. Um exemplo da atuação da Defensoria Pública na proteção do regime democrático se deu com propositura da ação civil pública que buscou proibir o governo federal de celebrar o golpe militar de 1964, bem como vedar a União de efetuar qualquer gasto com tal escopo (Processo n. 1007756-96.2019.4.01.3400 – 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal).

Nessa esteira, Caio Paiva⁶⁶ registra que a norma constitucional não pode ser tratada de maneira ilustrativa. Daí, o autor recomenda que a Defensoria Pública assuma três responsabilidades inadiáveis:

[...] (a) primeiro, trazer a democracia para dentro da instituição, viabilizando a participação popular efetiva nos processos deliberativos, no que estará se projetando como *expressão* da democracia; (b) segundo, participar ativamente dos processos decisórios e na definição de políticas públicas pelos três poderes da República, no que estará se projetando como *instrumento* do regime democrático, como porta-voz da população necessitada; e (c) terceiro, atuar estrategicamente junto à população necessitada como uma verdadeira “escola para a democracia”, auxiliando para que a hipossuficiência econômica não elimine as possibilidades de uma autonomia política.

Em seguida, a alteração constitucional incumbiu à Defensoria Pública o dever de promoção dos direitos humanos. Tal promoção, prevalência e efetivação dos direitos humanos é atuação inegociável da Defensoria Pública, pois constitui sua natureza e objetivo – art. 1º, 3º-A, III, da Lei Complementar n. 80/94. Decerto, a atuação na concretização de direitos sociais, atuação em prol de comunidades vulneráveis organizacionalmente e a educação em direitos são instrumentos fundamentais para a efetivação dos direitos humanos.

⁶⁶ PAIVA, Caio. FENSTERSEIFER. Tiago. **Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: CEI, 2019. p. 51.

A atuação extrajudicial da Defensoria Pública passou a ser constitucionalmente prevista. Há algum tempo, como tratado no item relacionado ao acesso à justiça, os atores envolvidos que a depender da causa, os meios extrajudiciais podem ser muito mais adequados para a solução dos conflitos. A atuação extrajudicial é tema desta tese e terá capítulo próprio para exame, razão pela qual deixa-se de aprofundar o tema neste momento.

Uma grande inovação da emenda constitucional n. 80/94 está relacionada à legitimidade coletiva. Desde as alterações da Lei n.132/09, a Defensoria Pública já tinha reconhecida tal legitimidade. Todavia, para afastar argumentos de inconstitucionalidade, a atribuição coletiva passou a ser prevista constitucionalmente. Destarte, afastou-se o preconceito individualista lançado à Instituição. Ora, a atuação coletiva é a grande estratégia para superar necessidades comuns. Diante do grande diálogo existente entre a Defensoria Pública e as comunidades necessitadas, nada mais justo que atribuir à legitimidade coletiva.

A legitimidade coletiva da Defensoria Pública foi considerada constitucional, de forma unânime, pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI n. 3943, os argumentos apresentados pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP foram rejeitados. Em recente decisão, mais uma vez, o STF, por unanimidade dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 733433 e afirmou que "A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas."

Por sua vez, no EREsp 1192577, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Defensoria Pública tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se discute abusividade de aumento de plano de saúde de idosos. Na oportunidade, o Tribunal da Cidadania deu a mais ampla interpretação da expressão "necessitados" (artigo 134, caput, da Constituição), ratificando o entendimento firmado no REsp 1.264.116 (o conceito de necessitado deve incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis).

Assim, como os outros órgãos legitimados possuem sua missão, não se pode ficar cego para uma realidade: Existem grupos, coletividades e movimentos

sociais que possuem naturalmente maior envolvimento com a Defensoria Pública, isso pelo comportamento, em geral, contramajoritário da Defensoria Pública – especialmente quando envolvidas as minorias e os necessitados jurídicos e organizacionais. Nestes casos, esclareça-se, a atuação do Estado-Defensor vai muito além de encontrar uma resposta jurídica, alcançando assim respostas sociais para que a sociedade alcance a qualidade de livre, justa e solidária.

A legitimidade coletiva da Defensoria Pública evidencia a democracia no processo coletivo, pois permite o maior número que o maior de beneficiários sejam alcançados pela promessa constitucional de acessos à justiça. Trata-se de conferir legitimidade coletiva à Defensoria Pública devidamente adequada à chamada “segunda onda renovatória de acesso à Justiça”⁶⁷

Como se vê, é indubitável: a Defensoria Pública está entre os legitimados para a atuação coletiva, mormente porque a Instituição, pela sua postura e convívio na comunidade, é aquela mais vocacionada a proteger os necessitados vulneráveis.

O texto constitucional passou a expressar os princípios da a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Quanto à unidade, a Defensoria Pública, tal qual o “Poder Judiciário” e do Ministério Público, é uma instituição una, que recebe um fracionamento tão somente de atribuições para acompanhar a forma federativa do Estado brasileiro. Nesse sentido, o artigo 2º da Lei Complementar n. 80/94 – LONDP, dispõe que a A Defensoria Pública abrange: I - a Defensoria Pública da União; II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III - as Defensorias Públicas dos Estados.

Dessa forma, malgrado cada Defensoria Pública tenha a sua organização hierárquico-administrativa, a sua relação com as funções executivas e legislativas de cada unidade da federação respectiva e também seus próprios orçamentos, a unidade de cada Defensoria não as desobriga de

⁶⁷ MAIA, Maurilio Casas. **A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais**: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: Costa-Corrêa, André L.; Seixas, Bernardo Silva de; Souza, Roberta Kelly Silva; Silvio, Solange Almeida Holanda. (Org.). Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas. 1 ed. Birigui-SP: Boreal, 2015, v. 1, p. 182-204.

atuarem ativamente diante de ataques sofridos pela instituição-irmã, em apreço à unidade.

Além disso, o princípio da unidade indica que as Defensorias Públicas devem cumprir de forma organizada e consonante os objetivos institucionais - art. 3º-A da LC 80/94. Como decorrência do exercício da unidade, a Defensoria Pública tem alcançado forte espaço nas discussões nacionais, em razão das atuações nacionais, tais como as atividades do Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), campanhas nacionais da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e programas conjuntos, como por exemplo, o projeto Defensoria Sem Fronteiras. Tudo isso materializa o princípio da unidade.

Por derradeiro, em relação à unidade, o art. 134, § 1º, da Constituição da República determina que lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados (...). Logo, as normas gerais prescritas para as Defensorias dos Estados devem observar uma singularidade normativa⁶⁸.

N'outro giro, a indivisibilidade informa que a Defensoria Pública é uma porque seus membros não estão vinculados aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros em conformidade com as normas que disciplinam as substituições. Esse princípio permite que seus membros se substituam uns aos outros, a fim de que a prestação da assistência jurídica aconteça de forma eficiente, sem solução de continuidade, de forma a não deixar os necessitados à míngua. Vale dizer, a relação entre assistido e Defensoria Pública é institucional, de forma que, caso necessário, para substituição em caso de impossibilidade de um membro, remeter outro membro para que as funções sejam exercidas.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco⁶⁹, “ser una e indivisível a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser

⁶⁸ PAIVA, Caio. **Para compreender o princípio da unidade da Defensoria Pública**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/tribuna-defensoria-compreender-principio-unidade-defensoria-publica>. Acesso em 01 set 2022.

⁶⁹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 212.

indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração significativa nos processos em que oficiam”.

Por sua vez, a independência funcional significa que o defensor público atua, sem que exista ingerência de qualquer espécie na formação de sua opinião, seja externa ou internamente. O membro da Defensoria Pública é livre para agir nos limites da lei, exclusivamente de acordo com sua consciência, inexistindo qualquer controle, que não o disciplinar, da própria instituição.

Todavia, é importante frisar que a independência funcional deve ser exercida em consonância com os interesses e direitos do assistido a serem protegidos⁷⁰ e para fortalecimento dos objetivos institucionais. Decerto, a independência funcional não pode ser uma “carta em branco” para que membros, sob o manto da prerrogativa atuem contra a natureza democrática e objetivos defensoriais.

Outra novidade é foi a iniciativa legislativa. Neste ponto, a doutrina diverge quanto o alcance da legitimidade legislativa. Franklyn Roger e Diogo Esteves compreendem⁷¹ que o Presidente da República continua a ter iniciativa para organização geral da Defensoria Pública, enquanto que normas específicas a iniciativa seria concorrente entre o Presidente da República e de cada Defensor Público-Geral (da União para alteração da LC n. 80/94 e dos Estados para alteração das Leis Complementares estaduais).

Frederico de Lima⁷² discorda, pois o chefe do executivo estadual não teria legitimidade concorrente para os temas específicos. Dessa forma, o chefe do executivo estaria limitado tão somente a propor regras gerais.

Em parecer lançado nos autos da ADI n. 5.644 e 5.217, o Procurador-Geral da República opinou que:

[...] o art. 61, § 19, d, da CR, embora reserve ao Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União e normas gerais para organização da Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal, não exclui a iniciativa dos Defensores Públicos-Gerais para leis que disponham

⁷⁰ Nesse sentido, o Conselho Nacional de Corregedores Gerais das Defensorias Públicas Estaduais, do Distrito Federal e da União – CNGC aprovou o Enunciado CNGC nº 01/2014: A independência funcional assegurada a qualquer membro da Defensoria Pública deve ser arguida em favor dos interesses dos Assistidos e não somente da pessoa do Defensor Público. A assistência jurídica aos hipossuficientes, nos termos da lei, não deve ser somente gratuita, mas integral e em todos os graus de jurisdição.

⁷¹ Ob. Cit. p. 103-107

⁷² LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4 ed. Salvador: Juspodivm. 2015, p.96.

sobre organização, atribuição e estatuto correspondente, observado o regramento geral definido pela lei nacional de normas gerais da Defensoria Pública (Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994). Não há, portanto, contradição entre os arts. 61, S 1º, II, d, da CR, com a iniciativa privativa das Defensorias Públicas estaduais para leis que disponham sobre matérias institucionais (CF, art. 134, § 2º e 5º), à semelhança do Ministério Público. A iniciativa presidencial exclusiva reserva-se para a lei nacional de normas gerais de organização da Defensoria Pública dos Estados e do Distrito Federal, incumbindo aos Defensores Públicos-Gerais a iniciativa das leis que minudenciarão a organização, as atribuições e o estatuto das Defensorias Públicas dos Estados.

Por derradeiro, Daniel Sarmento⁷³ afirma que “a EC 80 teria revogado tacitamente o art. 61, § 1º, II, d, da CF, de modo que a legitimidade para apresentar projeto de lei sobre a organização nacional da Defensoria Pública - tanto para as normas gerais, aplicáveis a todas as Defensorias, quanto para as normas específicas da Defensoria Pública da União - seria privativa do Defensor Público-Geral Federal, e não concorrente com o Presidente da República, o que pode ser perfeitamente adaptado para o contexto das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, embora Sarmento tenha se referido somente à DPU.

A reforma constitucional também alcançou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na medida em que este passou a vigorar acrescido do art. 98, o qual dispõe que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. Inclusive, a norma constitucional prevê que no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo (§1º), o que revela o reconhecimento pelo Congresso Nacional da fundamental importância da Defensoria Pública para superação da exclusão social.

Como se vê a Defensoria Pública após a Emenda Constitucional n. 80 alcançou novo redesenho de atribuições, que a transformam em Instituição ainda mais essencial para a efetivação da cidadania.

⁷³ SARMENTO, Daniel. **Parecer:** Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União, 2015, p. 38-41. No mesmo sentido, cf. WANDECK FILHO, Flávio Aurélio. A emenda constitucional nº 80/2014 e a iniciativa de lei da Defensoria Pública. In: Concurso de Teses - XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, ANADEP, 2017;

1.11 O *custos vulnerabilis*

A expressão “*custos vulnerabilis*” surge a partir das lições de Maurilio Casas Maia trabalho publicado na Revista Consulex⁷⁴. Naquela oportunidade, o autor utilizou o termo “*custos vulnerabilis*” para designar a missão constitucional da Defensoria Pública em favor dos vulneráveis:

A Defensoria Pública, enquanto carreira nacional e interiorizada, nasceu na Constituição de 1988, daí a explicação para sua incipiência em alguns Estados da Federação. Constitucionalmente, recebeu da Constituição Cidadã a atribuição de tutela dos necessitados e desprovidos de recursos – ou seja, daqueles mais suscetíveis de mazelas, os “vulneráveis sociais”. Isto justifica o porquê de a Instituição merecer a condição constitucional de guarda dos vulneráveis ou de *custos vulnerabilis*.

Com o escopo de cumprir a missão constitucional da defesa dos vulneráveis, a Defensoria Pública não pode ficar limitada a assistência jurídica individual, pois embora esta seja fundamental e necessária, é imperioso que a Instituição atue na defesa de direitos, ainda que não atue diretamente como representante da parte. Tal inspiração surge na lição de Luigi Ferrajoli, o qual afirma que o defensor público deve atuar também de forma complementar e subsidiária⁷⁵:

A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um *defensor público*, isto é, um magistrado destinado a funcionar como *Ministério Público de Defesa*, antagonista e paralelo ao *Ministério Público de Acusação*. A instituição dessa “magistratura” ou “tribuna da defesa” como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por Filangieri, por Bentham, e depois por Carrara e por Lucchini, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpabilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação. E claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, e que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, caráter inquisitório. Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo como órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este... sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa.

⁷⁴ CASAS MAIA, Maurílio. _____. **Custos Vulnerabilis Constitucional: O Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14.** *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 417, p. 55-57, 1º jun. 2014.

⁷⁵ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e Razão.** 3 ed, p. 467.

Inspirada na lição de Luigi Ferrajoli, é possível reconhecer a atuação institucional da Defensoria Pública em nome próprio – e não em representação da parte –, com lastro nos seus interesses constitucional e legal (CRFB/88, art. 134 c/c LC n. 80/1994, art. 4o, XI).

Nessa toada, Maurilio Casas Maia⁷⁶, baseado na obra de Luigi Ferrajoli afirmou que a atuação interveniente deve ser compreendida como atribuição constitucional da Defensoria Pública:

Para além do atuar como assistente jurídico da parte no processo, hoje se reflete sobre novas atribuições defensoriais implicitamente previstas na Constituição. Nesse contexto, *verbi gratia*, o defensor público poderá ser instado a atuar enquanto *custos vulnerabilis*, não sendo aí defensor da parte, mas, sim, um interveniente processual, um tutor, um guardião da interpretação do ordenamento jurídico *pro homine*, pró-vulneráveis necessitados, tudo em busca contra-hegemônica do *favor debilis* para os necessitados e minorias excluídas [...]. Insta consignar que nada de novo existe na Defensoria-interveniente, ao lado da parte e seu advogado privado – talvez seja apenas algo pouco percebido, esquecido e muito sutil. O Ministério Público, por exemplo, tradicionalmente apresenta seus pareceres no processo civil, independente de as partes serem auxiliadas por excelentes advogados privados, mas tudo é feito com lastro na respectiva atribuição constitucional. Do mesmo modo, por certo, deve ocorrer com o *custos vulnerabilis*. Mais uma vez se busca amparo em Ferrajoli (2014, p. 537), ao tratar da Magistratura postulante defensiva.

Maurilio Casas Maia assim enumerou as bases da tese *custos vulnerabilis*⁷⁷:

“As ideias basilares da doutrina sobre o *Custos Vulnerabilis* podem ser apontadas:(1) A expressão possui ao menos, duplo sentido, a ser aferido contextualmente, podendo se apresentar em sentido amplo como missão constitucional, da qual deriva a legitimidade defensorial, ou ainda de intervenção” institucional; (2) Base teórica garantista a partir dos estudos de Luigi Ferrajoli”; (3) Reconhecimento da atuação constitucional da Defensoria Pública para a remoção de obstáculos de acesso à Justiça em todas as ondas renovatórias visualizadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e as demais ondas posteriores como a quarta onda renovatória de Kim Economides, com impacto na amplitude do conceito de “necessitados”: (4) Possibilidade de a Defensoria Pública atuar em posições processuais dinâmicas, até mesmo ocupando diversos polos processuais (LC 80/1994, art. 4º-A, 1), de modo concomitante ou sucessivo, ainda que em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou no Processo Penal, (5) O reconhecimento de que o “Estado Defensor” possui seu próprio interesse institucional e constitucional a zelar, como forma de interesse

⁷⁶ CASAS MAIA, Maurilio. **Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 57.

⁷⁷ MAIA, Maurilio Casas. **Defensoria Pública enquanto Custos Vulnerabilis: tese e avanço jurisprudencial em 2020**. Revista dos Tribunais. vol. 1025. ano 110. p. 355-364. São Paulo: Ed. RT, março 2021.

público!^o, primário ou secundário, especialmente em prol dos vulneráveis quando assumirá O quadrante dos interesses públicos primários; (6) O *Custos Vulnerabilis* detém especial responsabilidade com o reequilíbrio das relações jurídicas e potencialização do contraditório inclusive na formação de precedentes, buscando uma “interpretação *pro homine*” do ordenamento jurídico; (7) A interpretação histórica é relevante ao reconhecimento da função interventiva da Defensoria Pública brasileira, porquanto seus membros surgem como órgão da Procuradoria Geral de Justiça do antigo Rio de Janeiro (Lei Estadual 2.188. de 21.07.1954), em cargo isolado ladeando os antigos promotores públicos, com paridade de garantias, mas diferenciação funcional; (8) Com o avanço dos estudos, foi ainda revelada uma distinção funcional-finalística das intervenções *Custos Vulnerabilis* e *Amicus Communitatis*⁷⁸ e *Amicus Curiae*.

Quanto a atuação interveniente, esta pode ocorrer tanto nas ações individuais, quanto nas ações coletivas. Aliás, a atuação coletiva não está limitada à insuficiência de recursos econômicos, eis que as necessidades podem se manifestar das mais variadas faces. Ora, violações aos direitos humanos ocorrem tanto em grupos economicamente vulneráveis, organizacionais, jurídicos, educacionais:

[...] a conclusão constitucionalmente aceitável é a de que a intervenção defensorial em processos *coletivos* – versando sobre *necessidades e necessitados sociais* –, não esteja conectada somente ao critério meramente econômico, mas sim a qualquer espécie de coletividade carente de direitos (“necessitados”) – ressalte-se que a interpretação ora construída, além de ampliar a garantia fundamental de defesa pública coletiva, tem por base a noção de máxima eficácia da 2ª onda de acesso à Justiça, ou seja, do Processo Coletivo [...]

[...] Enfim, embora de modo objetivo e exemplificativo, registra-se aqui a existência de *necessitados constitucionais ou necessitados jurídicos*, os quais merecem especial proteção por parte do Estado, incluindo aí Defensoria Pública – entidade com **interesse institucional-constitucional** para atuar na defesa de tais grupos em qualquer modalidade de atuação (como representante técnico-processual, legitimado extraordinário ou enquanto **terceiro-interventor**, conforme o caso – vide à frente).

[...] Por fim, registrou-se que a intervenção do defensor público, enquanto representante do Estado Defensor, vai muito além da substituição do advogado privado, sendo possível – além da já conhecida legitimidade coletiva –, a **intervenção institucional** com lastro em seu interesse institucional, uma intervenção de terceiro com base constitucional, pela qual a Defensoria Pública age em nome próprio e em favor do seu interesse previsto na Constituição (v.g., democratização, pluralismo, tutela dos direitos humanos e defesa dos necessitados). Ou seja, a intervenção constitucional defensorial é movida pelo resguardo do **interesse institucional** do próprio Estado Defensor, constitucionalmente e legalmente previsto, não se falando aqui em substituir o atuar do advogado privado.⁷⁸

⁷⁸ CASAS MAIA, Maurilio. **A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais**: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas*. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 190-201.

Por oportuno, como já alinhavado por ocasião do estudo da vulnerabilidade, na categoria de interveniente processual ou de legitimado extraordinário –, ao tutelar *direitos humanos de indivíduos ou seguimentos sociais vulneráveis*, o Estado Defensor não deve subordinar a promoção dos direitos humanos (art. 134, CRFB) ao critério meramente econômico.

A tese favorável à atuação interveniente da Defensoria Pública também é defendida por Camilo Zufelato⁷⁹. Segundo o autor, além da legitimidade ativa que a lei atribuiu à Defensoria Pública, a instituição também deverá intervir *ad coadjuvandum* nos processos coletivos cuja temática seja afeta a grupo de sujeitos hipossuficientes, como exercício do efetivo princípio do contraditório e da ampla defesa, visando à igualdade material por meio da paridade de armas:

Porém, como tradicionalmente a noção de legitimidade se pauta na ideia de parte, e considerando-se que os parâmetros tradicionais desses conceitos não são facilmente importados ao processo coletivo, faz-se necessário pensar em outras formas de intervenção da Defensoria Pública, além da tradicional legitimidade ativa. É bem verdade que a Lei n.º 7.347/85 permite o litisconsórcio entre os legitimados – art. 5º, parágrafo 2º –, mas é preciso ir além e admitir essa intervenção independentemente da figura de cunho individualístico que é o litisconsórcio.

O fato é que a efetiva participação de certos entes nas demandas coletivas é indispensável para a legitimação política da decisão jurisdicional, de modo que admitir novas formas de intervenção, além do litisconsórcio, parece-nos muito salutar na busca de potencialização de participação na demanda.

Por tais razões, e especialmente pela relevância dada pela Constituição à Defensoria Pública na defesa dos necessitados, é indispensável potencializar os canais de participação da instituição no processo coletivo, admitindo a sua intervenção *ad coadjuvandum* ao autor ou réu quando o interesse defendido for preponderantemente relacionado com a tutela de grupos de vulneráveis, nos casos em que a instituição não figurar nos polos processuais. Tal hipótese de intervenção parece-nos a meio caminho entre a ideia de *amicus curiae* próprio do processo coletivo – embora possua legitimidade ativa – e a previsão de atuação do Ministério Público como custos legis. A atuação da Defensoria Pública nos termos propostos se justifica, além da exigência de fortalecimento dos canais de participação no e pelo processo, também pela complexidade ínsita aos conflitos coletivos, marcados pela alta conflituosidade, o que poderia gerar subrepresentação dos interesses dos hipossuficientes, o que torna importante a presença de representantes adequados – não necessariamente partes, frisa-se – que defendam da forma mais eficiente possível os interesses do grupo, legitimando assim a decisão jurisdicional.

⁷⁹ ZUFELATO, Camilo. **A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes**: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvandum*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/306340109_A_participacao_da_Defensoria_Publica_nos_processos_coletivos_de_hipossuficientes_da_legitimidade_ativa_a_intervencao_ad_coadjuvandum. Acesso em. 14 nov 2021.

Mais tarde, Edilson Santana Gonçalves Filho⁸⁰ explorou o termo quanto à possibilidade jurídica da intervenção defensorial, especialmente em temas coletivos.

No caso, a discussão decorria de questões possessórias envolvendo cerca de 300 (trezentas) famílias indígenas oriundas de diversas etnias que estavam instaladas há tempos em determinada área urbana da cidade de Manaus.

A intervenção do *Custos Vulnerabilis* também já ocorreu em processos criminais. Bheron Rocha (Defensoria Pública do Estado do Ceará)⁸¹ utilizou o instituto no Supremo Tribunal Federal, malgrado não tenha sido admitido pela Corte na condição de *Custos Vulnerabilis*, mas em Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a atuação foi admitida, conforme se extrai do voto do Relator Desembargador Francisco Carneiro Lima:

De início, admito a intervenção da Defensoria Pública do Estado do Ceará na condição de "guardião dos vulneráveis", independentemente de haver ou não advogado particular constituído, por entender que essa manifestação defensorial é um mecanismo para abrandar a vulnerabilidade processual daqueles mirados ou atingidos pelo Poder Punitivo Estatal, compensando a falta legislativa com a igualdade processual e paridade de armas, potencializando beneficentemente o exercício do mister constitucional da Defensoria Pública, à luz do art. 134 da Constituição Federal, com a máxima efetividade. Registre-se, por pertinente, que o papel de x é institucional, objetivando a proteção dos interesses dos necessitados em geral, não se confundindo com a representação da parte (ainda que feita pela própria Defensoria Pública mediante atividade de representação) e sempre respeitando a atividade de representação do advogado constituído no processo.

(TJCE - (HC n. 0622563-67.2018.8.06.0000, Rel. Francisco Carneiro Lima, 1ª Câmara Criminal, j. 31/7/2018; registro: 31/07/2018)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça – nos autos do Habeas Corpus n. 568.693 - admitiu pela primeira vez a Defensoria Pública da União com *custos vulnerabilis* em processo penal. Na oportunidade, o STJ fundamentou a admissão em razão da formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos

⁸⁰ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos: Teoria e Prática.** Salvador, Juspodivm. 2016.

⁸¹ STF - HC n. 143.641. Na ocasião, também houve requerimento da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

No Tribunal de Justiça do Amazonas, houve o primeiro acolhimento da Defensoria Pública na qualidade de interveniente no processo criminal se deu em uma revisão criminal:

PROCESSO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL. REVISÃO CRIMINAL. DEFENSORIA PÚBLICA. ESSENCIALIDADE CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO PROCESSUAL. CUSTOS VULNERABILIS. POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. MISSÃO INSTITUCIONAL. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ABRANDAMENTO. INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL E PARIDADE ENTRE ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO ESTATAL E DEFESA. AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM FAVOR DE CATEGORIAS VULNERÁVEIS.

1. A Defensoria Pública é função essencial à Justiça (art. 134, CF), cabendo-lhe ser expressão e instrumento do regime democrático na defesa dos direitos humanos e das necessidades da população necessitada.
2. A intervenção de *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública é decorrência da vocação constitucional da Defensoria Pública para com as categorias vulneráveis e é harmônica com o histórico de nascimento da carreira no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) no século passado no Rio de Janeiro, sendo esse o modelo público de assistência jurídica adotado na Constituição de 1988.
3. A intervenção da Defensoria Pública visa ao seu interesse constitucional, em especial à amplificação do contraditório em favor dos vulneráveis necessitados face à ordem jurídica, viabilizando ampla participação democrática na formação de precedentes, inclusive penais.
4. Em Revisão Criminal, por simetria e isonomia, a manifestação defensorial deve corresponder ao mesmo patamar hierárquico do Ministério Público, enquanto titular da Acusação Pública. Por essa razão, a intimação para intervenção ocorrerá na pessoa do chefe da defesa pública, o Defensor Público Geral, no caso concreto.

(TJ-AM, Revisão Criminal n. 4001877-26.2017.8.04.0000, Rel. Des. Ernesto Anselmo, p. 39-46, j. 8/3/2018, g.n.)

A intervenção enquanto *custos vulnerabilis* pode perfeitamente ocorrer em processos individuais também na área familiar. Nesta seara, inclusive, já houve acolhimento da possibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:

Nos autos da apelação cível N. 0207307-69.2019.8.04.0001, houve o reconhecimento da possibilidade da atuação interventiva:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. VULNERABILIDADE PROCESSUAL E CUSTOS VULNERABILIS. SENTENÇA ULTRA PETITA CONTRA VULNERÁVEL ECONÔMICO-GEOGRÁFICO REVEL. DIREITOS EXISTENCIAIS E DA PERSONALIDADE. INDISPONIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTE STJ. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ESTADO-DEFENSOR. DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS

VULNERABILIS. LEGITIMIDADE INTERVENTIVA E RECURSAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A vulnerabilidade processual é instrumento de igualdade material, surgindo como mecanismo de justa causa e fator legitimador de tratamento processual diferenciado em especial quanto à visualização de justa causa e discrimen para adequação procedimental em prol do vulnerável, como leciona a pioneira tese de Fernanda Tartuce (2012), influenciando a doutrina e jurisprudência; - Constatada a vulnerabilidade processual, geográfica e econômica, justifica-se a legitimidade interventiva e o interesse recursal da Defensoria Pública enquanto *Custos Vulnerabilis*; - O nome de casado insere-se no campo dos direitos da personalidade, não podendo ser suprimido sem anuência da parte prejudicada, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de modo que, a sentença, ao tratar desta matéria, alheia à relação processual, mostra-se ultra petita; - A atuação do Estado-Defensor como guardião das famílias e pessoas vulneráveis, expressa a garantia constitucional de intervenção mínima do Estado sobre a esfera privada, mostrando-se, portanto, legítima a intervenção da Defensoria Pública, Função Essencial à Justiça (art. 134, CRFB/88); - Recurso Conhecido e Provido.

Mais tarde, a atuação interveniente da Defensoria Pública (*custos vulnerabilis*), passou a ser acolhida na doutrina nacional.

Cassio Scarpinella Bueno⁸² registrou que “com base nessa missão institucional, é correto aplaudir e desenvolver o entendimento de que a Defensoria Pública deve atuar, em processos jurisdicionais individuais e coletivos, na qualidade de *custos vulnerabilis* para promover a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhes são confiados, desde o modelo constitucional, similarmente ao Ministério Público quanto ao exercício da função de custos legis”.

Nos tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça⁸³ já afirmou que admite-se a intervenção da Defensoria Pública da União no feito como *custos vulnerabilis* nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos.

Salienta-se preliminarmente que, no caso, foi facultada à Defensoria Pública da União a sua atuação nos autos como *amicus curiae*. Contudo, a DPU postulou a sua intervenção como *custos vulnerabilis*, ou seja, na condição de "guardião dos vulneráveis", o que lhe possibilitaria interpor todo e qualquer recurso. O art. 1.038, I, do Novo Código de Processo Civil, estabelece que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante

⁸² BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.226.

⁸³ STJ – Informativo de Jurisprudência n. 657 – Edcl no REsp 1712.163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, por unanimidade, julgado em 25/09/2019.

dispuser o regimento interno. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF/88, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. Segundo a doutrina, *custos vulnerabilis* representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal), atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político. A doutrina pondera ainda, "que a Defensoria Pública, com fundamento no art. 134 da CF/88, e no seu intento de assegurar a promoção dos direitos humanos e a defesa [...] de forma integral, deve, sempre que o interesse jurídico justificar a oitiva do seu posicionamento institucional, atuar nos feitos que discutem direitos e/ou interesses, tanto individuais quanto coletivos, para que sua opinião institucional seja considerada, construindo assim uma decisão jurídica mais democrática". Assim, tendo em conta que a tese proposta no recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a Defensoria Pública da União está legitimada para atuar como *custos vulnerabilis*.

Decerto, o termo "*custos vulnerabilis*" já possui argumento teórico, prático e tem recebido acolhimento doutrinário e jurisprudencial.

Superadas tais linhas, uma questão precisa ser esclarecida. A intervenção do "*custos vulnerabilis*" não seria tão somente um novo nome ao "*amicus curiae*"? A resposta é negativa. As atuações possuem fundamentos próprios, conforme se esclarece das linhas de Bheron Rocha⁸⁴:

Diferencia-se o atuar como *Custos Vulnerabilis* daquele efetivado como *amicus curiae*, porque neste a Defensoria Pública atua como amigo da corte, possui restrição recursal aos embargos de declaração e necessita comprovar a repercussão social da controvérsia, enquanto que, naquela, trata-se de atuação em prol do vulnerável, sendo também cabível interpor todo e qualquer recurso (até porque, muitas vezes, a própria instituição poderia ter ajuizado a demanda em nome próprio, como nos casos de ações civis públicas ou *habeas corpus*) e, ainda, porque a demanda pode ter cunho exclusivamente individual, relacionado à dignidade humana e aos direitos fundamentais da pessoa.

⁸⁴ ROCHA, Jorge Bheron. **A Defensoria como Custos Vulnerabilis e a advocacia privada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>. Acesso em: 15 nov 2021.

Importante pontuar neste aspecto que desde as primeiras linhas acerca do “*custos vulnerabilis*”, Maurílio Casas Maia⁸⁵ já distinguia tal instituto do *amicus curiae*, dadas as próprias limitações deste. Ao tratar da insuficiência constitucional da Defensoria Pública enquanto *Amicus Curiae* no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, o autor ressalta que a função de *Amicus Curiae* possui limitações incompatíveis com a integralidade da assistência jurídica (LXXIV, art. 5º, CRFB) preconizada constitucionalmente, tais como a limitação de recorribilidade.

Dessa forma, em alguns casos, seria possível até mesmo a ocorrência concomitante das 02 (duas) figuras. Assim, o autor ilustra a situação em que grupos organizados — porém hipossuficientes econômicos — poderão atuar por meio de defensor público enquanto representante postulatório, do mesmo modo que os grupos autossuficientes financeiramente poderão atuar por meio de representante postulatório (advogado). Nessas hipóteses, o *Amicus Curiae* seria adequado e isonômico em face da menor vulnerabilidade em relação aos grupos socialmente desorganizados — mas em tais situações o defensor público atuaria como representante postulatório e não em legitimidade institucional.

Aprofundando o diálogo, Maurílio Casas Maia ainda registra que em situações nas quais houver diversidade de interesses comunitários e o intuito harmonizador dos vulneráveis em colisão pelo *Custos vulnerabilis* não couberem em uma manifestação defensorial única de *Amicus Curiae*, havendo insuficiência constitucional na figura de amigo da corte diante da eventual pluralidade de interesses destinados à proteção defensorial, a qual deve ser superada pelo “*custos vulnerabilis*” - inc. V do art. 4º-A da LC 80/1994⁸⁶,

Até então, percebe-se que o termo “*custos vulnerabilis*” sempre foi observado para a missão constitucional da Institucional e do tratamento interveniente da Defensoria Pública em processos judiciais, situação em que há plena concordância deste autor.

Sucedede que a expressão “*custos vulnerabilis*” que sobreveio inicialmente para, didaticamente, facilitar-se a diferenciação da missão institucional-

⁸⁵ CASAS MAIA, Maurílio. **Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor**: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem & progresso. Revista dos Tribunais. vol. 986. ano 106. p. 27-61. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

⁸⁶ Idem, p. 52.

constitucional da Defensoria Pública (defesa dos necessitados) da atuação do Ministério Público (defesa da ordem jurídica), ganha um novo significado.

A doutrina já admite a possibilidade da atuação extrajudicial *do custos vulnerabilis*. Extrai-se da lição de Mariana Lima⁸⁷ que a atuação como custos vulnerabilis viabiliza a "busca por soluções "institucionais e extrainstitucionais", desvelando a procura judicial suprimida, em especial com o uso da "sociologia das ausências". Assim, a missão da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* pode ocorrer por provocação judicial (facultativa ou obrigatórias) ou por impulso da própria Defensoria (de ofício), no âmbito de processo judicial, administrativo ou em qualquer dimensão extrajudicial; ainda, e por provocação das demais instituições de justiça, órgãos de Estado, sociedade civil organizada (movimentos sociais, movimento artístico-cultural emancipatório etc.).

O *custos vulnerabilis* como ator extrajudicial contribui para a remoção em uma só atuação de obstáculos econômicos, organizacionais e burocráticos (atuação "multiondas"), como ocorre na celebração extrajudicial de uma termo de ajustamento de conduta que beneficia coletividade carente economicamente, em situações coletivas já foi assim tratado em trabalho desenvolvido pelos defensores públicos Alfredo Oliveira, Rafael Barbosa e Maurílio Casas Maia⁸⁸ no enfrentamento de questões possessórias multitudinárias:

Convém ressaltar o potencial extrajudicial da atuação *custos vulnerabilis* nas possessórias multitudinárias como decorrência lógica do art. 134 da Constituição e do inc. II do art. 4º da LC n. 80/1994, combinado ainda com o CPC/2015 (art. 3º, § 3º). Ou seja, a intervenção da Defensoria Pública nas possessórias multitudinárias possui extensão extrajudicial que alcança, no âmbito da assistência jurídica integral e gratuita, a justiça multiportas e os métodos de soluções consensuais. Assim, o membro da Defensoria Pública *custos vulnerabilis* — intervenção no interesse institucional -, poderá atuar como negociador, mediador ou conciliador coletivo ou multitudinário, nos termos da Lei e da Constituição, com potencial para exercer sua função muito além dos debates possessórios.

Como se vê, já existe sustentação doutrinária para a atuação extrajudicial do *custos vulnerabilis*.

⁸⁷ LIMA, Mariana Carvalho de Paula de. **A 7ª onda de acesso à justiça**: acesso à ordem jurídica justa globalizada - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 143.

⁸⁸ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. ; BARBOSA, Rafael V. M. ; CASAS MAIA, Maurílio. **Justiça e Defensoria Pública Multiportas**: o *Custos Vulnerabilis* como instrumento das soluções consensuais de conflitos nos litígios multitudinários e coletivos. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. AMORIM, Maria Carolina Cancellata de.. (Org.). Acesso à justiça e efetividade do processo. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 1, p. 71.

Em matéria de direitos humanos, negar a atuação da Defensoria Pública e deixar de oportunizar aos assistidos, prioritariamente, os meios adequados de solução extrajudicial, implica negar a própria democracia participativa, principalmente aos vulnerabilizados e frustrar a promessa constitucional de acesso à justiça.

Nesta pesquisa, o ineditismo se dará na análise da possibilidade dessa atuação extrajudicial ocorrer no direito familista de forma prioritária pela Defensoria Pública, como necessidade indispensável para que então, possa-se falar em efetivação do acesso à justiça na seara familista, o que será examinado em capítulo próprio.

Assim, será comprovado neste trabalho que a contribuição jurídica aos vulneráveis, sobretudo de forma a evitar e solucionar os conflitos familiares pode ocorrer de forma antecipada ao próprio processo judicial. De um lado, a intervenção em conflitos familiares com a utilização de meios adequados e extrajudiciais. De outro, de forma coletiva e antecipada ao próprio conflito, quando a Defensoria Pública atua na promoção e educação em direitos, diante de uma população tão carente de noções mínimas acerca do direito que tanto toca em suas vidas, o Direito das Famílias.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA

A atuação defensorial na seara familista somente será bem-sucedida se houver, por parte dos seus membros, a compreensão das realidades próprias dos núcleos familiares que chegam à Defensoria Pública. Para tanto, sendo a família, um núcleo social, é imperioso que sejam compreendidas as transformações ocorridas no direito de família, para que possa assim, em respeito à autonomia, propor soluções jurídicas adequadas.

No capítulo presente, passa-se ao exame das transformações ocorridas no direito de família.

O comportamento humano é marcado ao longo do tempo por mudanças. Como consequência de tais mudanças, as relações sociais são constantemente alteradas, resignificadas, o que repercute em modificação das estruturas que o homem integra.

De todas elas, a família é o núcleo social que mais sofre alterações, uma vez que consiste a tutela avançada da personalidade. Ao longo do tempo, a família foi compreendida como uma associação religiosa, natural, biológica, até o ponto presente, a qual tem como valor jurídico marcante a afetividade.

Na presente tese, a atuação da Defensoria Pública somente será qualificada diante dos conflitos existentes na família contemporânea quando compreendidas as intensas transformações ocorridas no passado.

Em razão disso, o trabalho passa a investigar as transformações ocorridas nas relações familiares e no próprio direito de família.

2.1 Da família monista à pluralista.

A família tem apresentado diversos arranjos, a depender do tempo e do espaço. Nessa toada, serão apresentados como os arranjos familiares ocorreram no Brasil, bem como a legislação existente até a presente quadra histórica.

De partida, registra-se que a família atual tem suas raízes no modelo em que o homem exercia o poder absoluto, conforme afirma Conrado Paulino da Rosa:

Verifica-se, nessa esteira, que a origem da família contemporânea foi baseada em um poder do gênero masculino, justificada pela religiosidade e ancestralidade, onde a vontade das mulheres não era respeitada nem para seus afetos - vez que não havia escolha do par – nem tampouco de seus desejos, como pode constatar nos casos de dificuldades na geração de prole onde ela era entregue a demais parentes do varão.

Tal qual um semovente ou um bem móvel, o tratamento conferido na antiguidade da mulher era de mera transferência de propriedade onde, de forma incontestada, nem mesmo a lembrança do culto de seus antepassados lhe era permitido.⁸⁹

No Brasil-Colônia, a regulamentação acerca da família adveio da legislação portuguesa. Assim, as Ordenações Afonsinas(1446), as Ordenações Manuelinas (1512) e as Ordenações Filipinas (1603) regulamentaram as relações familiares. Quanto ao comportamento social, Reinaldo Lindolfo Lohn e Vanderlei Machado registram que a sujeição do gênero feminino era retratada nas gravuras. Segundo os autores⁹⁰:

[...] em muitos casos, as mulheres são vistas como o frágil, o comportamento e, principalmente, como objetos passíveis no curso dos grandes eventos narrados. Aos homens cabem as grandes decisões e a definição dos rumos da sociedade.

Durante o Império, o Brasil privilegiou a Igreja Católica, de forma que os casamentos que não observavam os preceitos da religião oficial eram vistos como concubinato. Por sinal, segundo o decreto de 3/11/1827, o casamento era indissolúvel e totalmente regulamentado pela igreja católica, a qual possuía atribuição exclusiva, ainda que isso gerasse discordância de muitos.

Em decorrência da influência da Igreja Católica, o casamento era indissolúvel, malgrado existissem algumas exceções (adultério, injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por mais de 2 (dois) anos contínuos ou por mútuo consentimento).

No entanto, ainda no fim do século XIX, vozes se levantaram para tentar incluir o divórcio no ordenamento jurídico. Inicialmente, o deputado Erico Marinho fez a primeira proposta de divórcio, a qual foi negada por 3 (três) vezes – 1893, 1896 e 1899. Em seguida, o Senador Marinho Garcez (1900) e o

⁸⁹ DA ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 8 ed. Salvador. *Juspodivm*. 2021, p.35

⁹⁰ LOHN, Reinaldo Lindolfo; MACHADO, Vanderlei. Gênero e Imagem: relações de gênero através das imagens dos livros didáticos de história. *Revista Gênero*, Niterói, v.4, n.2, p. 119-134, 2. Sem. 4, p;122.

Senador Alcindo Guanabara (1910) tiveram seus projetos de transformação do casamento em contrato rejeitados.

Ocorre que no projeto do Código Civil (aprovado em 1916), Clóvis Beviláqua incluiu o direito ao desquite. Por oportuno, registra-se que, nas palavras de Bottega (2010), o termo “desquite” não era conhecido em nenhuma legislação do mundo e tão somente encerrava a sociedade conjugal, mas não o casamento, conforme se extrai:

O desquite, segundo Beviláqua (1960 apud ARAÚJO, 2010) tinha como objetivo pôr fim à vida em comum, separar os cônjuges, restituí-lhes a liberdade, permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; no entanto, o vínculo do matrimônio era mantido.

Em outras palavras, com o desquite havia a separação de corpos e o fim da sociedade conjugal. Cessavam-se os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e que os cônjuges contraíssem novo casamento, o que, segundo autores, favoreceriam o surgimento de famílias clandestinas, desamparadas de qualquer provimento estatal.

A influência da Igreja Católica e do Direito Canônico na legislação brasileira, responsável pelas resistências à legitimação do divórcio no país. O casamento permanecia indissolúvel por razões morais, sociais e religiosas e a invalidade deste só ocorria com a morte de um dos cônjuges⁹¹.

Note-se que a indissolubilidade do casamento continuava intacta que as Constituições seguintes expressavam que o casamento era indissolúvel, conforme verifica-se nos seguintes dispositivos das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado (BRASIL, 1934).

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. (BRASIL, 1937).

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. (BRASIL, 1946).

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. (BRASIL, 1967).

Ocorre que diante de muitos anseios da população, o divórcio foi instituído no Brasil pela Emenda Constitucional n. 09/1977 (28/06/1977), norma que foi regulamentada pela Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Embora

⁹¹ SANTOS, Aline Barradas Carneiro; CARNEIRO, Sérgio Barradas; MENDONÇA. Ticiania Barradas Carneiro e. Direito das Famílias na Contemporaneidade. Questões controvertidas. Salvador. Juspodivm. p. 42

permitido, registra-se que o divórcio estava condicionado ao período de 3 (três) anos após a separação judicial ou 5 (cinco) anos após a separação de fato.

2.2 O fim do monopólio do casamento e a União Estável – Do concubinato ao reconhecimento e proteção constitucional.

Juridicamente, o casamento era o único arranjo familiar considerado no ordenamento brasileiro. Como se percebe nas leituras dos dispositivos das constituições anteriores a família era somente materializada no casamento. Todavia, o conceito reducionista e unitário da família não impediu a existência de outras relações afetivas, ainda que marginalizadas pelo direito. Sobre o tema, esclarece Rodrigo da Cunha Pereira⁹²:

A união conjugal livre entre pessoas sempre existiu e sempre existirá, enquanto houver desejo sobre a face da Terra. Entende-se aqui por união livre aquela que não se prende às formalidades exigidas pelo Estado, ou seja, uniões não oficializadas pelo casamento³ civil e com certa durabilidade e estabilidade. Essas uniões, registra a história, às vezes acontecem como relações paralelas às relações oficiais, seja em relação ao casamento ou simultaneamente a outra união estável. Muitas vezes a história destas relações, por muito tempo denominadas concubinato, é contada como história de libertinagem, ligando-se o nome concubina à prostituta, à mulher devassa ou à que se deita com vários homens, ou mesmo à amante, a outra. Em razão disso, a expressão passou a veicular um sentido pejorativo para muito além do seu significado técnico jurídico.

Nesse embate entre legislação e sociedade, discretamente, o direito brasileiro que negava a existência das relações afetivas fora do casamento, passou a aceita-las, embora o percurso tenha sido lento e gradual.

Na história brasileira, as relações afetivas que não ocorriam no casamento foram tratadas como “concubinato”, arranjos que eram considerados ilegítimos, pois ocorriam sem respaldo legislativo. Daí, o acolhimento jurídico teve como grande marco a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através dos enunciados n. 380 e 382:

Enunciado n. 380 - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (12/05/1964).

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Forense. Edição do Kindle, p.172.

Enunciado n. 382 - A vida em comum sob o mesmo teto « *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato (08/05/1964).

Embora os enunciados já apontassem um avanço, na medida em que reconheciam a existência das relações fora do casamento, observa-se que os eventuais conflitos seriam discutidos na juízo cível, pois eram tratados como sociedade de fato, tal qual outras relações comerciais informais, como por exemplo.

No âmbito legislativo, as relações informais começaram a ser toleradas na Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), diploma que permitiu a adoção do nome do concubino⁹³.

Em 1976, a Consolidação da Leis Previdenciárias (Decreto n. 77077/76) qualificou como dependente do segurado, além da esposa, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos.

Como se percebe, as uniões afetivas informais foram toleradas no direito brasileiro, seja pela jurisprudência, seja pela legislação, mas em campos fora da família, como no direito registral e no direito previdenciário.

No entanto, a Constituição da República de 1988 foi um marco de reconhecimento e dignidade para as relações afetivas afora do casamento, na medida em que, reconheceu a união estável como entidade familiar e destinou proteção especial, conforme se depreende do artigo 226, §3º, da CRFB.

Aliás, cumpre observar que a Constituição de 1988 foi além do rompimento do modelo unitário do casamento e do reconhecimento da união estável, mas acolheu também a família monoparental (entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – Art. 226, §4º).

Como se vê, o ordenamento atual reconhece a família de forma plural, independente do arranjo que ela se manifesta, de modo que a união estável é uma entidade familiar constitucionalmente protegida, sem qualquer hierarquia em relação aos outros arranjos familiares.

⁹³ Lei n. 6.015/73 – Ar5. 57, § 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

2.3 Do reconhecimento das famílias atípicas.

Em decorrência da visão acolhedora e democrática da Constituição de 1988, observa-se que o casamento, a união estável e o modelo monoparental não compõem um rol exaustivo dos arranjos familiares.

Ora, em uma sociedade aberta, plural somado ao princípio da intervenção mínima (objeto de tópico próprio desta tese), o Estado deve evitar se envolver na autonomia dos indevidos nas relações privadas.

Nessa toada, a doutrina tem apresentado vários arranjos familiares além daqueles previstos na Constituição.

A família anaparental consiste na convivência de pessoas (parentes ou não) dentro de uma mesma estruturação com identidade de propósito. Sobre tal modelo familiar, esclarece Rodrigo da Cunha Pereira⁹⁴:

É a família formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência. É uma espécie do gênero família parental. A importância desse conceito e caracterização, assim como as demais famílias, está no sentido de proteção jurídica, especialmente para efeitos de caracterização do bem de família e sua impenhorabilidade. A decisão abaixo reforça esse conceito: (...) Nessa senda, a chamada família anaparental sem a presença de um ascendente, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status (...) (STJ, REsp 1217415-RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª T., publ. 28/06/2012).

Quanto à família anaparental, Maria Berenice Dias⁹⁵ informa que a diferença de gerações não pode ser o único parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Segundo a autora, não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora de proteção jurídica.

2.4 A família homoafetiva – O papel da intervenção judicial no acolhimento de direitos

Nessa toada, importa registrar o histórico julgamento conjunto da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Ação Declaratória de Preceito

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Forense. Edição do Kindle, p.23.

⁹⁵ Ob. Cit. p. 450

Fundamental n. 132 no qual foi reconhecida a união homoafetiva, como entidade familiar.

Antes disso, necessário ponderar que a intervenção judicial não foi uma situação inédita no direito das famílias. Os enunciados 380 e 382 (já citados nesta tese) foram marcos para reconhecimento das relações familiares, embora fossem trados no direito das obrigações.

Quanto às uniões homoafetivas, importa notar que tais relacionamentos sempre existiram na humanidade. Todavia, considerando o preconceito presente na sociedade, a legislação refutou amparar as relações entre pessoas do mesmo sexo. Nesse diapasão, explica Rodrigo da Cunha Pereira:

O mecanismo político e intelectual em que se sustenta o preconceito em uma sociedade estrutura-se em razões de dominação de um ser sobre o outro. No Brasil, até 1888, a pessoa branca era oficialmente superior à negra (racismo); até 1934, mulheres não podiam votar e até hoje há ainda quem acredite na superioridade do masculino sobre o feminino (sexismo). Por acreditar na superioridade da hetero sobre a homossexualidade, o ordenamento jurídico brasileiro imprimia o selo da ilegitimidade e não concedia os mesmos direitos civis àqueles que se relacionavam com pessoas do mesmo sexo, como se isto desmerecesse a heterossexualidade. Esta ideologia sexista e homofóbica não se sustenta somente por razões da dominação. Nela, estão inseridas também razões e elementos do inconsciente e do desejo [...]

[...] A não aceitação das diferenças e não admissão das variadas formas e expressões do desejo sexual têm suas motivações na própria sexualidade. Quem está em paz com a sua sexualidade, como já se disse, não se incomoda com a sexualidade alheia, por mais diferente que ela seja. Por que excluir as diferenças? Por que considerar as relações homoafetivas como uma categoria inferior? Por que a preferência sexual diferente da maioria atemoriza tanto? Certamente, a homofobia está ligada ao medo do próprio desejo. Amor e ódio, horror e desejo, direito e torto não são polaridades excludentes, mas dois lados interdependentes e complementares.⁹⁶.

Ocorre que a Constituição de 1988 não apenas alargou a noção de família, mas pelo seu espírito democrático afastou qualquer ideia de exclusão, razão pela qual a cidadania e seu direito a constituir família não podem ser afastados por causa da preferência sexual.

A par disso, malgrado o Legislativo não tenha se detido a analisar os anseios da sociedade a partir de uma visão laica, deixando o paradigma da

⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Forense. Edição do Kindle, p. 33-34.

heteronormatividade e do preconceito, o Judiciário agiu⁹⁷, conforme se extrai da ementa do julgamento conjunto da ADI n. 4277 e ADPF n. 132.

Na oportunidade, o STF deixou claro que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica, até porque o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal veda o preconceito.

Também ressaltou que o caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. A família, como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Assim, o núcleo familiar é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais, tanto que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º).

Por tal razão e, para evitar interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, o STF utilizou a técnica de “interpretação conforme à Constituição”, para excluir do dispositivo em causasse

⁹⁷ EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Como se vê, atendendo a clamor social de justiça e equilíbrio, apesar das resistências e preconceitos, o Supremo Tribunal Federal deu efetividade às normas e aos princípios constitucionais e dispensou tratamento especial ao tema, tudo com o objetivo de não mais excluí-lo, na medida em que a dignidade, a privacidade e a afetividade e orientação de cada ser humano, especialmente no campo sexual, devem ser respeitadas. Portanto, a livre opção sexual é direito de todos e não pode ser motivo para impedir o cidadão de constituir família.

2.5 Do patriarcalismo (família tradicional) à igualdade de gêneros

O arranjo patriarcal ocupou por tempos o padrão habitual da sociedade. Compreende-se patriarcal, tradicional porque as famílias se organizavam de maneira estática, fixa nos papéis de cada, predeterminados pela rotina, pela força do hábito, pelo controle social ou pela arbitrariedade do legislador. Ao homem, chefe e responsável pela provisão (patrimônio). Por sua vez, a mulher responsável pelas atividades do lar e cuidado dos filhos (matrimônio). Sobre o modelo patriarcal, Américo Martins aduz⁹⁸:

É importante ressaltar que se entende por família tradicional a família patriarcal, que é formada por grupos numerosos, incluindo, às vezes, várias dezenas de pessoas vivendo e trabalhando sob uma autoridade comum.

(...)

Não temos dúvida que à família tradicional era atribuído um valor funcional maior que à família moderna, haja vista muitas funções antes a cargo da família tradicional terem sido absorvidas pelo Estado moderno.

Ocorre que as mudanças na sociedade, a industrialização e o capital acabaram obrigando que a mulher fosse ao mercado de trabalho. Em consequência, os grupos familiares diminuem e os pais começam a se flexibilizar, pois a mulher que ficava em casa em mundo privado, passa a ter uma

⁹⁸ MARTINS da Silva, Américo Luis. DIREITO DE FAMÍLIA E COSTUMES ALTERNATIVOS - VOLUME 1: ESTUDO JURÍDICO, ANTROPOLÓGICO E SOCIAL DA FAMÍLIA . Américo Luis Martins da Silva. Edição do Kindle

agenda de trabalho externa, recebe o salário (perdendo a dependência econômica do marido e convivendo com o mundo público. Nessa toada, a família passa por uma evolução, a qual compreende-se por família moderna:

Dessa forma, conclui-se, forçosamente, ser a família moderna mais instável do que a tradicional, principalmente em virtude de lhe ser atribuído menor valor funcional. A respeito da família moderna, sociólogo feminista, pacifista, anti-colonialista, mestre de pesquisa do Centro Nacional de Pesquisa Social da França, copresidente do Comitê Internacional de Pesquisa sobre os Papéis dos Sexos e da Associação Internacional de Sociologia ANDRÉE MICHEL (1908-1975) esclarece que o advento da grande indústria e suas consequências (a ruína da pequena propriedade camponesa ou artesanal privada, a aparição do salário, o desaparecimento do controle da comunidade aldeã em proveito do anonimato nas grandes concentrações urbanas) fez ruir o modelo da família tradicional. A família perdeu sua função patrimonial e a estrutura patriarcal que lhe é peculiar⁹⁹.

Superado o pequeno contexto evolutivo, é mister analisar a situação jurídica da mulher na família no ordenamento jurídico brasileiro.

De partida, conforme noticia Camila Venturelli ¹⁰⁰, os institutos tradicionais – entre eles o Direito das Famílias – foram construídos sob uma perspectiva predominantemente masculina, e já nascerem tendenciosos, garantindo ao homem privilégios que as mulheres não teriam.

Assim, o Código Civil de 1916, mas com o espírito cultural do século XIX, rebaixava a mulher casada ao *status* de relativamente incapaz (art. 6º, II), tal qual eram os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos, os pródigos e os silvícolas, obrigava a usar o sobrenome do marido, ao tempo em que, durante o casamento, o homem era o chefe e representante da família (arr. 233 e 380), o que deixa flagrante a superioridade masculina conferida pelo legislador.

O rompimento da hegemonia masculina foi lento. O primeiro momento legislativo foi a Lei n. 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, o qual devolveu a capacidade civil plena à mulher casada, retirou a necessidade de autorização do marido para trabalhar, embora ainda a tratasse como colaboradora do marido e possuía direitos e deveres em situação desfavorável quando comparada ao marido.

⁹⁹ MARTINS da Silva, Américo Luis. DIREITO DE FAMÍLIA E COSTUMES ALTERNATIVOS - VOLUME 1: ESTUDO JURÍDICO, ANTROPOLÓGICO E SOCIAL DA FAMÍLIA . Américo Luis Martins da Silva. Edição do Kindle

¹⁰⁰ VENTUREL, Camila de Camargo Silva. **Força e fragilidade da mulher no direito**, p.260.

Em seguida, a Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) foi significativa, na medida em que rompeu o tabu secular da indissolubilidade. Além disso, substituiu o “desquite” pela “separação judicial”, tornou facultativa a adoção do sobrenome do cônjuge, bem como estabeleceu um novo regime de bens supletivo (comunhão parcial de bens).

Todos esses avanços, embora importantes, ainda mantinham a chefia familiar em poder do homem. Daí, a Constituição da República de 1988 foi um marco, pois estabeleceu a igualdade entre homem e mulher¹⁰¹, superando, ao menos no plano jurídico, o modelo patriarcal.

Atento à diretriz constitucional de igualdade entre cônjuges, o Código Civil¹⁰² repisou a igualdade entre homem e mulher na chefia familiar, tornou facultativo o uso do sobrenome por qualquer cônjuge, e acabou com a discriminação de direitos e deveres entre cônjuges, tratando de tal tema no mesmo dispositivo (art. 1565).

Como se percebe, o movimento do patriarcado até à igualdade entre homem e mulher no direito de família foi lento e paulatino, tendo a Constituição da República de 1988, um marco histórico para superação das desigualdades.

2.6 O Direito à convivência

Ao longo dos anos, a criança sequer tinha consideração de autonomia. Nas antigas sociedades (grega ou romana), a criança e o adolescente sequer eram considerados suscetíveis de proteção jurídica, pois eram meros objetos de propriedade estatal ou paternal, caracterizados por um estado de imperfeição que se perdia somente com o passar do tempo, e unicamente suavizado por um dever ético-religioso de piedade.

O conceito de infância e a própria proteção das crianças só começou a ganhar corpo a partir do século XIX. Até então eram consideradas como pequenos adultos sobre os quais os pais poderiam exercer poder praticamente ilimitado. Eram encaradas como uma espécie de propriedade parental,

¹⁰¹ CRFB – Art. 226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁰² Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

entendimento derivado da concepção absolutista de pátrio poder proveniente do Direito Romano.

Em Roma, o Pater podia castigar corporalmente seus filhos sem qualquer limitação, modificar seu status social, dar esposa ao filho, dar sua filha em casamento (recebendo dote), divorciar seus filhos, transferi-los a outra família, dá-los em adoção, e até mesmo vendê-los. As crianças eram menos que pessoas e se aproximavam muito da categoria de objetos, de coisas.

Como se percebe, a evolução histórica de superação e reconhecimento de direito das crianças coincide com a necessidade de reconhecimento de outros grupos vulneráveis (mulheres, estrangeiros, negros, prisioneiros, deficientes, pessoas de etnias minoritárias).

Nos últimos 200 (duzentos) anos, um fato marcante foi o caso “Mary Ellen Wilson” (EUA, 1874). Ellen era uma criança (9 anos de idade) que era violentada pela mãe e não tinha qualquer convívio com o mundo externo, comunitário. Um certo dia, os vizinhos perceberam que a criança tinha o corpo muito fraco (pequeno até para uma criança de 5 anos de idade) e apresentava diversos hematomas (“trajada com roupas rasgadas e sujas e tinha uma grande cicatriz que ia do seu olho esquerdo ao queixo, fruto de um golpe de tesoura desferido por sua mãe adotiva”). Ao noticiarem os fatos, as autoridades públicas, embora existente uma norma de negligência dos pais, disseram que não poderiam atuar, pois prevaleceria a autoridade da mãe.

Foi aí que surgiu a seguinte tese desenvolvida Henny Bergh, líder do movimento de proteção dos animais e fundador da “Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade contra Animais” (ASPCA): Mary Ellen é certamente um pequeno animal e se as crianças são parte do reino animal podem ser protegidas sob a égide das mesmas leis que protegem os animais contra a crueldade”.

E assim aconteceu: A mãe foi condenada pelos maus-tratos e a criança foi acolhida pela Sheltering Arms, uma entidade protetiva, e posteriormente adotada.

No Século XX, o quadro se aperfeiçoou, pois surgiu um olhar para a criança e o adolescente como uma pessoa no sentido pleno do termo, permitindo-lhe atingir direitos e liberdades de que são beneficiários como condição geral, mesmo no período de tempo durante o qual estão em processo de formação.

Na segunda metade do século XX, crianças e adolescentes deixam de ser vistos como meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem (ou seu representante legal), sem qualquer capacidade para influenciarem a condução da sua vida, e passaram a ser vistos como sujeitos de direitos (pessoas dotadas de uma progressiva autonomia) no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Sim, crianças possuem “cidadania social”.

No nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989) são instrumentos que estabelecem a criança como sujeito destinatário de direitos e proteção física e mental, cuidado especial, devendo, ainda, ser amparado por uma legislação apropriada.

Atenta ao movimento mundial de proteção, a Constituição da República (art. 227) impôs o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito 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.

No plano infraconstitucional, fora aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), um dos diplomas legais mais avançados do mundo em matéria de proteção infantil.

Superada a evolução e reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos merecedores de cuidado e atenção, passa-se ao exame de um dos direitos fundamentais expressos na Constituição: o direito à convivência familiar.

O art. 227 da Constituição da República estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem, inclusive o direito à convivência familiar¹⁰³.

Na mesma toada, o art. 19 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Como se vê, ao contrário do que muitos afirmam e se comportam nos conflitos familiares, a orientação normativa para discussão da convivência familiar parte do direito da criança (e não dos pais), esta merecedora da convivência com ambos os pais, independente da conjugalidade destes.

A razão de ser da convivência familiar ser tratada como direito fundamental está relacionada à consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, os quais precisam de valores éticos, morais e cívicos para complementarem a sua jornada à maturidade exigida pela vida adulta. Decerto, laços familiares possibilitam que crianças e adolescentes sejam amparados emocionalmente e, assim sejam livres para trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade.

Malgrado não seja o escopo deste estudo, não custa registrar que a convivência comunitária decorre do reconhecimento que criança e adolescentes são sujeitos sociais. Destarte, a vida em comunidade propiciará à pessoa em desenvolvimento envolver-se com os valores sociais e políticos que irão reger a sua vida cidadã (aliás o direito de sufrágio por meio do voto inicia aos 16 anos de idade).

Esclarecido que a convivência familiar é direito fundamental (e regra geral), passa ao exame da solução jurídica para manutenção deste direito quando os pais não convivem juntos.

¹⁰³ Na mesma toada, o Art. 4º da Lei n. 8.069/90: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

2.7 Da Função Parental

Antes de adentrar ao instituto da guarda, é preciso compreender que esta decorre do poder familiar, institutos muito próximos, porém distintos.

O poder familiar substitui o antigo pátrio poder, expressão inspirada no modelo patriarcal centrada no autoritarismo e exercício monocrático do pai.

Com a igualdade prevista na Constituição de 1988, o conjunto de atribuições entre pais e filhos passou a ser denominado poder familiar, o qual é assim definido por Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁴:

É um conjunto de deveres e direitos que se traduz no dever de criar, educar, cuidar, dar assistência material e psíquica, enfim, proporcionar saúde física e mental ao filho para que ele tenha autonomia e possa ser sujeito da própria vida. Essa nova visão das relações de parentesco abandona aquela ideia apresentada pelo Direito Romano que firmava o homem como o chefe natural tanto da mulher como da família.

Outro ponto importante acerca do poder familiar é sua ideia, o seu ponto de partida. A ideia de superioridade e poder ilimitado dos pais sobre os filhos fica afastada, pois as atribuições decorrentes do poder familiar levam em conta o interesse dos filhos. Assim, pai e mãe possuem um poder-dever (poder em relação a terceiros e dever em relação aos filhos).

Quanto às atribuições decorrentes do poder familiar, o artigo 1.634 do Código Civil arrola, entre outros, o dever de criação, educação, representação e assistência judicial e extrajudicial enquanto durar a menoridade. Entrementes, as obrigações não estão limitadas a questões patrimoniais, provisão ou bens.

A partir da dignidade da pessoa humana, crianças e adolescentes devem ser destinatários de cuidado, carinho, atenção emocional, presença e convivência. Somente supridas tais necessidades, o poder familiar será efetivo e os pais concretizarão a parentalidade à luz da promessa constitucional de dignidade.

Como se vê, a substituição do “pátrio poder” por “poder familiar” é significativa, pois denota a alteração de sujeitos e atribuições, tendo como paradigma a criança e o adolescente (os filhos).

¹⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Forense. Edição do Kindle, p. 377.

Ainda em relação ao “poder familiar”, importante registrar que parte da doutrina já entende a necessidade de superar tal expressão. Paulo Lobo¹⁰⁵ afirma que a noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro, “uma força legitimada e sujeição dos destinatários”.

O autor também informa que legislações estrangeiras utilizam a expressão “autoridade parental”¹⁰⁶:

As legislações estrangeiras mais recentes optaram por “autoridade parental”. A França a utilizou desde a lei de 4 de junho de 1970, que introduziu profundas mudanças no Direito de Família, ampliadas pela lei de 4 de março de 2002, que reformou o regime da autoridade parental, principalmente na perspectiva do melhor interesse do filho. O Direito de Família americano tende a preferi-lo, como anota Harry D. Krause (1986, p. 191). Priorizando os deveres, a legislação portuguesa foi alterada para adotar a denominação “responsabilidade parental”, denominação também adotada pelo Código Civil argentino de 2014; destaque-se o giro conceitual e terminológico, mas deixa na penumbra o complexo de direitos recíprocos entre pais e filhos, além dos deveres, que a autoridade parental preserva, além da utilização do termo “responsabilidade”, cuja conotação jurídica de largo uso diz respeito à imputação pela prevenção ou reparação de dano.

Nessa esteira, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁷ sugere a nomenclatura “autoridade parental” e assim justifica:

A expressão autoridade parental, diferente do pátrio poder e do poder familiar, incorpora muito mais o espírito e princípios constitucionais (Arts. 226, § 7º e 227, CR) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em que os filhos receberam um lugar de sujeitos de direitos. A expressão poder familiar foi introduzida pelo CCB de 2002 em substituição à expressão pátrio poder, utilizada pelo CCB de 1916[...].

Poder familiar não é a expressão mais apropriada. A palavra poder não expressa a verdadeira intenção de atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas sim o sentido de posse. Familiar remeteria também à ideia de que os avós e irmãos estariam revestidos dessa função. A expressão mais adequada para a família atual, que é fundada na igualdade de gêneros e é democrática, seria autoridade parental, a qual exterioriza a ideia de compromisso de ambos os pais com as necessidades dos filhos, de cuidar, proteger, educar, dar assistência e colocar limites.

Conrado Paulino da Rosa¹⁰⁸, por sua vez, além de discordar da expressão “poder familiar”, também não se satisfaz com a nomenclatura “autoridade parental”:

Atentos à realidade do direito de família contemporâneo e comungando do entendimento de que nem a expressão “poder familiar”, muito menos “autoridade parental” representam a melhor

¹⁰⁵ Ob. Cit. p. 287.

¹⁰⁶ Ob. Cit. p.288

¹⁰⁷ Ob. Cit. p. 377-378.

¹⁰⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada Coativa: A efetivação dos direitos das crianças e adolescentes**. 4 ed. São Paulo. Juspodivm. 2022. p. 47.

designação para o instituto, trazemos a ideia de ser denominada "função parental.

Por derradeiro, registra-se que os artigos 2º e 3º da Lei n. 13.318/10 (Lei da Alienação Parental) utilizam a expressão “autoridade parental”, o que denota a aceitação do legislador pela nomenclatura.

Como se vê, os cuidados em relação aos filhos e poderes-deveres decorrem do poder familiar, encargo público consequente da parentalidade, razão pela qual, com vistas evitar equívocos, foi feito o exame, antes do estudo da guarda, o qual será analisado a seguir.

2.8 Da Guarda

De partida, imperioso registrar que a expressão “guarda” no direito brasileiro é utilizada para institutos próximos, porém distintos. No Código Civil (artigos 1.583 e seguintes), o legislador apontou a guarda (sem dizer de forma expressa) como forme de repartição, organização do poder familiar entre pais. D’outra banda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 33 e seguintes) aponta que a guarda como uma das modalidades da criança em família substituta.

Esclarecida a necessária distinção, o trabalho passa ao exame da guarda prevista no Código Civil.

2.8.1 As modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico: A dicotomia entre guarda unilateral e guarda compartilhada.

A guarda é o instituto que ordena, reparte a maneira de responsabilização dos pais no exercício do poder familiar. Antes de tudo, é preciso deixar claro, a fixação da guarda não afasta, nem diminui o exercício do poder familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁹ define guarda nos seguintes termos:

A guarda é atributo do poder familiar, mas não se restringe a ele. Sua existência não está vinculada ou desvinculada da conjugalidade existente entre os pais. Sendo a guarda componente da estrutura da autoridade parental, e, não se operando modificação no exercício do poder familiar na ausência de convivência conjugal entre os pais, tais

¹⁰⁹ Ob. Cit. p. 398.

obrigações não são inerentes apenas ao detentor da função guardião. Ou seja, independentemente do divórcio, a função parental e a guarda jurídica persistem para ambos os pais.

Rolf Madaleno¹¹⁰ também alerta sobre a necessária distinção entre poder familiar e guarda:

A transferência da guarda não afeta o poder familiar dos pais, a não ser em relação ao direito de terem a companhia dos filhos nos casos de rompimento do vínculo conjugal, tal qual expressa o art. 1.632 do CC, visto que, pelo fato de a guarda não ser um atributo exclusivo do poder familiar, pode também ser concedida àquele que não dispõe do poder parental, como na tutela e como nas famílias reconstituídas, em que o novo companheiro do ascendente guardião exerce a guarda indireta dos filhos do seu consorte.

Todavia, como a guarda não interfere no exercício do poder familiar e considerando que a convivência familiar é um direito fundamental da criança, melhor seria que hoje tal instituto não existisse, até mesmo para amenizar os inúmeros conflitos que ainda são levados ao Sistema de Justiça pela crença que a disputa da guarda é um instrumento de vitória sobre o outro e que a fixação de eventual guarda unilateral impede que o outro pai esteja impedido de conviver e exercer o poder familiar. Nessa vereda, a doutrina já sinaliza sobre a extinção da guarda. Segue a explicação de Rodrigo da Cunha Pereira¹¹¹:

No Direito de Família, a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa o poder dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educá-los e criá-los. Até 2003, enquanto vigia o CCB/1916, maioria era aos 21 anos. Como a expressão guarda carrega consigo um significante de objeto, ela tende a desaparecer e ficar somente a expressão convivência familiar.

A crítica ao uso do termo “guarda” no direito das famílias também é feita por Conrado Paulino da Rosa¹¹². Na oportunidade, o autor adverte que o uso da expressão guarda relação com objetos, coisas etc. Assim, não deveria ser utilizado para sujeitos de direitos:

O termo guarda", entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo de obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante. Essa situação de guarda da coisa fica bem evidente quando dela tratamos no direito obrigacional. Entretanto, quando se trata de definir a "guarda" de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que aqui, por

¹¹⁰ MADALENO, Rolf. MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada física e jurídica**. 4ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2022, p. 57.

¹¹¹ Ob. Cit. p. 396.

¹¹² Ob. Cit. p. 76.

óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstâncias que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar.

Gustavo Tepedino¹¹³ assevera que o Código Civil privilegiou o poder parental em detrimento da guarda. Assim, reforça-se a afirmação de que a guarda implica pequenos aspectos do poder familiar, se comparados ambos os institutos, principalmente a missão desvelada por este último. É que o instituto da guarda recebe referência legislativa incidental, na seara da separação e do divórcio, sem disciplinar em que consiste seu conteúdo.

No que tange à autoridade parental, por seu turno, esta recebe tratamento específico ao tratar da filiação, consagrando-lhe o Código Civil seção específica.

Destarte, a guarda estaria mais atrelada aos aspectos psicológicos, comportamentais, de personalidade e temperamento do pai e/ou mãe após a separação conjugal.

Como se vê, a discussão sobre guarda tão presentes nos conflitos familiares existe pela própria incompreensão e desconhecimento de sua irrelevância. Ora, se a guarda não interfere no poder familiar e não o exime o pai não guardião do poder-dever de cuidado, criação e educação e não o torna um simples fiscal e “visitador”, certo é que a grande parcela dos conflitos seriam encerrados, quando o norte fosse dado para a regulamentação e compartilhamento da convivência familiar, tendo como base o melhor interesse da criança. Por isso, em tópico próprio, este trabalho aponta a educação em direitos como instrumento de solução dos conflitos familiares.

A confusão conceitual vista pelas partes é percebida até mesmo na doutrina que não se preocupa em diferenciar, apenas se preocupando em classificar as modalidades de guarda. Neste aspecto, importa registrar o alerta de Ana Carolina Brochado Teixeira¹¹⁴:

Constata-se a confusão conceitual e de alcance existente entre guarda e poder familiar, o que motiva a investigação da real diferença entre eles. O art.

¹¹³ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional.** Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Disciplina_guarda_autoridade_parental_ordem_civil_constitucional_fls_33-49.pdf Acesso em: 30 mai. 2022.

¹¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental.** In COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mario Luiz. 3ª ed. Forense: São Paulo. 2017, p. 25.

33 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros. Portanto, implica a guarda nos cuidados cotidianos com o filho.

Feita a distinção entre “poder familiar” e “guarda”, compreendido que esta não interfere naquele, passe ao exame das modalidades de guarda previstas no Código Civil.

O artigo 1.583 dispõe 02 (duas) modalidades de guarda: unilateral e compartilhada. De início, note-se que os outros modelos de guarda (alternada, aninhamento) não possuem base legal, ainda que muito citadas entre os envolvidos nos conflitos familistas.

Na doutrina, parte compreende que o rol é taxativo, não existindo outro modelo, Lado outro, a quem compreenda que o juiz poderá regular de maneira diferente da estabelecida, forte no artigo 1.586 do Código Civil.

Nos termos legais, a guarda unilateral é aquela a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (Art. 1.583, §1º, do CC). Por sua vez, o pai ou a mãe que não detém poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589 do CC).

Ocorre que redação é, no mínimo, perigosa. Ora, em item anterior já fora feita a distinção entre poder familiar e guarda, oportunidade em que ficou claro esta não interfere no poder familiar. Além disso, entre suas características, o poder familiar é irrenunciável. Dito isso, como admitir que a guarda unilateral imponha a um dos pais o dever de cuidar, educar, enquanto que o outro, em situação confortável, apenas visita e fiscaliza? Em apreço ao princípio da paternidade responsável, a resposta só pode ser negativa, a guarda unilateral não pode ser um estímulo a parentalidade¹¹⁵ irresponsável.

Ana Brochado¹¹⁶ apresenta questionamentos semelhantes:

Diante disso, necessário se fazem alguns questionamentos: estaria o genitor não-guardião exonerado desse zelo? Estaria ele adstrito somente às "macrodecisões" na vida dos filhos? Embora a titularidade do poder familiar fosse mantida no "pós-separação", seria seu exercício atribuído *in totum* ao guardião? Qual a extensão do direito fundamental à convivência familiar? Teria a guarda compartilhada o poder de atribuir a ambos os genitores a possibilidade de prestarem,

¹¹⁵ O uso da expressão “parentalidade responsável” é mais amplo e democrático que “paternidade responsável”, uma vez que tanto ao pai quanto à mãe são confiados os deveres de cuidado aos filhos.

¹¹⁶ Ob. Cit. p. 25.

conjuntamente, assistência material, moral e educacional, além de estabelecerem uma divisão equânime do direito de ter os filhos em sua companhia?

Merece ainda crítica a possibilidade da fixação em guarda unilateral por manifestação de desejo de um dos pais. Ora, se o desejo de não-compartilhamento é daquele que deseja a guarda para si, estar-se-á diante da violação ao direito fundamental à convivência familiar da criança. Lado outro, se o desejo de não-compartilhamento é daquele que não ficará com a guarda, o problema também é grave, pois a situação se deparará com uma “renúncia parcial” do poder familiar (ora, a guarda é um dos atributos do poder familiar, esta parcela do encargo poderia ser abdicada?).

A crítica está em consonância com Augusto Drummond Lepage e Francisco Eduardo Loureiro¹¹⁷:

Talvez a maior imperfeição do dispositivo seja o regime de exceções ao compartilhamento. Prevê que “salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Se o compartilhamento envolve atribuições de responsabilidades pela criação, educação e formação do filho menor, inerentes ao exercício do poder familiar, é óbvio que não podem ser estas renunciadas ou dispensadas a critério de qualquer um dos pais. Do mesmo modo que impensável a renúncia ao exercício do poder familiar, que constitui ato ilícito, apenável hoje pela indenização por abandono afetivo, consoante entendimento consolidado pela doutrina e jurisprudência, inadmissível também que manifestem os pais perante o juiz o desejo do não compartilhamento.

Ademais, a guarda unilateral deve ser exceção, uma vez que esta sobrecarrega um dos pais, e diga-se, em especial à mãe, pois esta, historicamente, era quem supria as necessidades de cuidado, afeto e carinho, enquanto o pai se limitava à provisão e suprimentos patrimoniais – como visto no item 2.5 (do Patriarcado à igualdade substancial), violando à igualdade entre gêneros.

Desse modo, a guarda unilateral só deve ser fixada quando restar devidamente comprovado sob o crivo do devido processo legal que o outro pai estar inapto a conviver com o filho. Aliás, se o caso for grave, o pedido de guarda unilateral deve ser acompanhado com a ação de suspensão ou destituição do poder familiar. Em outras palavras, não é o metro dissabor, ressentimento ou

¹¹⁷ LELPAGE, Augusto Drummond; LOUREIRO, Francisco Eduardo Loureiro. **A guarda compartilhada aplicada à luz do princípio da solidariedade e do dever de cuidado**: visão crítica dos artigos 1.583 e 1.584 do código civil. (no prelo).

análise subjetiva de um dos pais que autorizará a guarda unilateral, sob o risco de tal fixação ser utilizada como um instrumento de “vitória” em um conflito em que a criança não tem qualquer relação.

Feitas as considerações e apontamentos sobre a necessidade de revisitação da guarda unilateral à luz da convivência familiar, passa-se ao exame da guarda compartilhada.

2.8.2 A guarda compartilhada: Da origem, avanços e a regra do ordenamento jurídico.

Malgrado a guarda compartilhada tenha sido incluída de forma expressa ao ordenamento legislativo em tempo recente (Lei nº. 11.698 de 13 de junho de 2008), esclareça-se que tal instituto nada mais é que ressonância da revolução social ocorrida no último século, sobretudo a partir da década de 1970.

As ideias iniciais no plano legislativo podem ser percebidas na Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio). Em seu artigo 9º, ficou estabelecido que no caso de separação consensual, os pais acordavam com quem ficaria a guarda dos filhos. Tal dispositivo, inaugurou um novo modelo, uma vez que até então a guarda era exercida tão somente de forma unitária (artigo 325 e seguintes do Código Civil).

No Brasil, a década de 1960 foi um período em que mudanças significativas ocorreram, quanto à mulher na sociedade e na família. Com o ingresso feminino no mercado de trabalho, e conseqüente, ainda que mínima autonomia financeira, houve a necessidade de reconfiguração familiar e os papéis deixaram de ser estáticos. Se de um lado, a mulher passou a integrar o mercado de trabalho, o homem passa a ter que exercer atividades domésticas e suprir com afeto, presença e cuidado.

Tal mudança social foi percebida e acolhida pela Constituição (art 226, §5º), quando tratou da igualdade substancial na chefia familiar (melhor analisado em tópico específico deste trabalho). De mais a mais, o texto constitucional impôs a ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos (art. 229).

As alterações sociais, assim foram ilustradas por Suzana Marques¹¹⁸:

Não se pode perder de vista que as mulheres, em maioria, estão inseridas no mercado de trabalho e, em vários lares, contribuem para

¹¹⁸ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

o sustento material da família. Conseqüentemente, a guarda compartilhada seria uma evolução natural desta nova realidade social, que atende aos interesses da criança e também dos pais. De fato, passando a mulher a ocupar o espaço público ou social, ao contrário do que ocorria no passado, é necessário que o espaço doméstico ou privado também seja preenchido pelo homem ou pai, mesmo que não haja separação, com a união conjugal ou estável tendo seu curso normal. Ora, se nesta situação a guarda compartilhada já se impõe, com maior razão deverá ser a forma observada em relação aos filhos, quando o relacionamento dos pais chegar ao final.

Na sociedade atual, já não há mais aquela rígida divisão de tarefas previamente estabelecidas, mulheres voltadas aos afazeres domésticos e homens inclinados ao sustento da casa, portanto, a guarda dos filhos tende a ser compartilhada, agora expressamente permitida em nosso ordenamento jurídico. O quadro familiar segundo o qual a mãe ficava com o filho, havendo separação ou não, e o pai ficava responsável em prover o sustento material e fiscalizar sua educação, está cada vez mais distante da realidade jurídica e social brasileira, além de contribuir com um afastamento gradual do filho em relação ao genitor que não detém a guarda, nos casos de separação.

Portanto, repensar a guarda e efetivar o compartilhamento dos filhos é uma consequência natural da evolução social e necessária para dar efetividade ao mandamento constitucional imposto aos pais, superar a sobrecarga historicamente às mães e dar dignidade às crianças, como ressalta Giselle Groeninga¹¹⁹:

[...] a guarda compartilhada veio como uma tentativa de solucionar o problema endêmico da ausência dos pais no cotidiano das famílias e a carga desproporcional de responsabilidade atribuída às mães, que o modelo da guarda unilateral trouxe como consequência.

Se por um lado, a guarda compartilhada fortalece a responsabilização para ambos os pais, releva salientar que tal modelo ganhou força em países em que a separação do casal extinguiu o poder familiar (autoridade parental).

Todavia, no Brasil, como já dito alhures, a conjugalidade do casal, o poder familiar e a guarda são institutos diversos e independentes. Logo, a guarda unilateral deve ser excepcional e a guarda compartilhada ser a regra, pois esta funciona como instrumento de efetivação dos deveres parentais e direito de convivência das crianças.

Por tal razão, a Lei n. 11.698/2008, embora tenha incluído a guarda compartilhada no ordenamento jurídico (art. 1.583 do CC), não repercutiu na

¹¹⁹ GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada** - A efetividade do Poder Familiar: in: COLTRO, Antonio Carlos Mathias DELGADO, Mário Luiz (coord). *Guarda Compartilhada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 157.

prática, pois dependia do acordo entre pais e não logrou êxito em sensibilizar aos pais acerca do compartilhamento da convivência dos filhos.

Assim, o grande marco da guarda compartilhada foi a Lei n. 13.058/14. A partir de então, a guarda compartilhada passa a ser a regra do sistema e deve ser aplicada, ainda que inexistia acordo entre os pais – art. 1.584, §2º, do CC.

Cumprido notar que ainda antes da alteração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça já tinha entendido pela possibilidade da fixação da guarda compartilhada, ainda que presente dissidência entre os pais. Nesse sentido¹²⁰:

[...] a inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

Aqui, interessa esclarecer que a guarda compartilhada pode e deve ser aplicada ainda no caso de litígio entre os pais. Ora, se a convivência fosse compartilhada somente quando pais estivessem em acordo, o direito não exerceria qualquer coerção, nem contribuiria para o desenvolvimento integral da criança.

O argumento de que a guarda compartilhada alavanca o conflito não prospera. Na verdade, o conflito já existe e fixação da convivência plural poderia evitar que ele aumentasse.

Nessa esteira, Cristiano Chaves¹²¹ assevera que o palco mais iluminado para o exercício conjunto da guarda é, exatamente, litígio, quando (e o cotidiano nas Varas de Família revela tal conclusão como inexorável) o genitor que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro instrumento de chantagem, dificultando, de diferentes modos, o contato entre o pai não guardião e o filho.

Como se percebe, o ordenamento jurídico alcançou o *status* adequado aos ditames constitucionais de igualdade e parentalidade responsável. Entretanto, a implementação da guarda compartilhada depende de mudança

¹²⁰ REsp 1.251.000-MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 23 de agosto de 2011

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades polêmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 152.

cultural, o que necessita dos mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos familiares, em especial a educação em direitos (temas a serem examinados em capítulo próprio nesta tese).

2.8.3 A dupla residência da criança na guarda compartilhada

Ao introduzir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico, o legislador a definiu como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” – art. 1.583, do §1º, do CC.

O conceito apresentado pelo legislador merece críticas. Ora, a responsabilização conjunta e exercício dos deveres de pais independe da conjugalidade. Tais atribuições decorrem do parentalidade. Decerto, não é a guarda (como dito antes) que vai interferir ou alterar o poder familiar dos filhos comuns.

A confusão entre guarda, poder familiar e responsabilização dos pais ocorre porque o legislador ao extrair a guarda compartilhada de outros países, não atentou que nesses ordenamentos, a separação do casal afeta o poder familiar. Assim, a guarda compartilhada consiste em responsabilização conjunta para manter o poder familiar.

Ana Brochado¹²² observa o modelo de guardar compartilhada da Itália e assevera o seguinte:

Portanto, na Itália, onde não existia a manutenção do poder familiar com o término da conjugalidade, o instituto da guarda compartilhada fez todo sentido, já que, neste ordenamento, a guarda atrai o poder familiar, ou seja, o genitor guardião é o detentor da potestã. O exercício conjunto da autoridade parental é de todo desejável, pois se traduz no verdadeiro processo educacional do filho, meio de construção do afeto - embora tal fator não possa ser exigível pelo Direito - e, sem dúvida, responsabilidade que compete aos pais, conjuntamente, por força do princípio da solidariedade, previsto no ordenamento italiano.

Daí, o conceito de guarda compartilhada no Brasil não pode defini-la como responsabilização conjunta e exercícios de deveres dos pais, pois este decorre do poder familiar. Portanto, esta tese sugere a alteração do conceito de guarda compartilhada previsto no art. 1583, §1º, do CC para: Em primeiro lugar,

¹²² Ob. Cit. p. 31.

extinguir a nomenclatura “guarda” do Código Civil, quando tal expressão se relacionar ao exercício das atribuições entre pais e filhos, como forma de promover e reconhecer à dignidade da criança como sujeito de direitos. Em segundo lugar, interessante seria o legislador atribuir maior relevância à “convivência”, pois esta denota o real sentido e escopo da guarda compartilhada, bem como atende às necessidades da criança. Neste sentido, depreende-se que o legislador já compreende a relevância do direito à convivência familiar, uma vez que “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (art. 1.583, §2º, do CC).

Ora, se a Constituição estabeleceu igualdade, direito à convivência familiar à criança e o legislador já compreendeu a necessidade de convívio equilibrado entre pais, a fixação de domicílio da criança na casa de um dos pais caminha na contramão de tudo aquilo que tem sido construído.

A prática revela que a fixação de “guarda compartilhada e fixação de domicílio na casa de um dos pais” (diga-se, geralmente a mãe), acaba por frustrar todo o avanço jurídico, bem como não atende às necessidades da criança, sem falar no reforço da desigualdade e sobrecarga entre pais no exercício das atribuições.

É corriqueira a fixação da guarda compartilhada com fixação de domicílio da mãe e o pai se limitando a ver (visitar) a criança quinzenalmente, mensalmente, sem qualquer convívio aprofundado. Na verdade, a guarda compartilhada, se aplicada dessa maneira, serve apenas de utopia e fraude ao exercício do poder familiar, sobrecarregando aquele que tem a criança em seu domicílio e irresponsabilizando aquele que sazonalmente ver o filho. Conrado Paulino da Rosa¹²³ lança crítica ao modelo. Na ocasião, o autor ressalta que tal situação prejudica a todos:

Esse ultrapassado modelo gerava, por certo, a formação de "pais recreativos ou de fast food que, considerando o restrito tempo de convívio com o filho, muitas vezes faziam a criação de um mundo encantado em que todos perdiam: a) o não guardião que precisaria ter uma programação cultural e recreativa intensa, forçado a usar os poucos dias para fazer toda a programação que não consegue realizar com o filho nos demais dias do mês; b) perdia o guardião que, ao filho retornar para a casa depois de tantas atividades, por vezes gerava a sensação de que o genitor legal é o visitante, quando "faz coisas legais", e o titular da guarda realiza as funções "chatas" de cobrança

¹²³ Ob. Cit. P. 89.

dos temas de casa, higiene, horário para dormir e necessidade de comer salada; e, por último, c) perde o filho, dividido entre dois mundos por escolha de seus progenitores sendo diversas vezes usado como "cabo de guerra" entre ambos.

Essa prática não é uma exclusividade brasileira. A Ministra Nancy Andrichi¹²⁴ noticia a realidade ocorrida nos Estados Unidos da América:

A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado *Sunday dads* – pais de domingo. Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda – usualmente o pai – tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação. Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo. Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda.

Para superar o uso equivocado da guarda compartilhada e efetivar os direitos da criança em sua integralidade, o reconhecimento da dupla residência é medida salutar.

Nessa toada, estudiosos da psicologia e sociologia tem difundido posicionamentos favoráveis à aplicação da residência alternada, no contexto da guarda compartilhada, como forma de organização familiar pós divórcio que atende ao superior interesse da criança.

Maria Berenice Dias afirma ser “indispensável certa flexibilização da convivência, para atender ao interesse do próprio filho (por exemplo, para participar de celebrações festivas da família do outro genitor) o que não pode depender da recusa injustificada de quem tem estabelecida a seu favor a base da moradia.

¹²⁴ REsp 1.428.596 (Data de julgamento: 25/06/2014).

Deste modo, a autora considera ser “imperioso reconhecer que, na guarda compartilhada, independente do período de convívio com cada um dos pais, o filho tem dupla residência, dispondo, portanto, de duplo domicílio”¹²⁵

Edward Kruk¹²⁶, investigador canadense especializado na área de políticas públicas para crianças e famílias, e Professor da Escola de Ciências Sociais da University of British Columbia (Vancouver, Canadá), destaca 16 (dezesseis) argumentos a favor das responsabilidades parentais partilhadas. Confira:

- 1) a igualdade parental preserva o relacionamento da criança com os dois pais, na medida em que antes e depois do divórcio, a criança necessita que ambos sejam psicológico e emocionalmente responsivos, ou seja, envolvidos na sua vida, sendo certo que o afastamento de um dos pais pode ameaçar a sua própria segurança física e emocional;
- 2) a coparentalidade preserva o relacionamento dos pais em relação ao filho, tendo estudos demonstrado que o ajustamento às consequências do divórcio é melhorado quando se está diante da partilha das responsabilidades parentais;
- 3) diminui o conflito parental e previne a violência na família;
- 4) respeita as preferências das crianças e sua visão acerca de suas necessidades e o seu melhor interesse;
- 5) respeita as preferências dos pais e sua opinião em relação às necessidades dos seus filhos;
- 6) reflete a forma de cuidado dos pais em relação à criança antes do divórcio;
- 7) aumenta a qualidade da relação paterno-filial;
- 8) diminui o foco dos pais em “matematizar o tempo” e reduz litígio;
- 9) promove o incentivo para negociação interparental, para a mediação, e para o desenvolvimento de um planeamento acerca do exercício das responsabilidades parentais;
- 10) proporciona uma clara e consistente diretriz para a tomada de decisão judicial acerca da guarda da criança;
- 11) reduz os riscos e incidentes de alienação parental⁶⁸;
- 12) permite uma melhor aplicação das ordens relacionadas às responsabilidades parentais, tendo em vista que os pais são mais propensos a aceitar uma ordem judicial que preveja partilha das responsabilidades parentais;
- 13) aborda os imperativos da justiça social em relação à proteção dos direitos das crianças;
- 14) aborda os imperativos da justiça social em relação à autoridade parental, à autonomia, à igualdade, bem como a direitos e responsabilidades;

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada dos pais e duplo domicílio dos filhos**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1263/Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domic%C3%ADlio+do+s+filhos.#:~:text=Guarda%20compartilhada%20dos%20pais%20e%20duplo%20domic%C3%ADlio%20dos%20filhos.,Autor%3A%20Maria%20Berenice&text=N%C3%A3o%20importa%20a%20discord%C3%A2ncia%20de,1.584%2C%20%20C2%A7%202020>. Acesso em: 15 jun 2020.

¹²⁶ KRUK, Edward, **Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody**, in *The American Journal of Family Therapy*, Vol 40 (2012), p. 33-55 apud FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça. A DUPLA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA PÓS-DIVÓRCIO: Uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro (p. 53-55). Editora D'Plácido.

- 15) o modelo de guarda exclusiva/exercício unilateral das responsabilidades parentais não encontra suporte empírico;
- 16) a presunção legal da igualdade de responsabilidades parentais tem suporte empírico.

Rodrigo da Cunha Pereira¹²⁷ também advoga a necessidade da fixação de duplo domicílio:

Ao contrário do discurso psicologizante estabelecido no meio jurídico, e que reforça a supremacia materna, o fato de a criança ter dois lares pode ajudá-la a entender que a separação dos pais não tem nada a ver com ela. As crianças são perfeitamente adaptáveis a essa situação, a uma nova rotina de duas casas, e sabem perceber as diferenças de comportamento de cada um dos pais, e isso afasta o medo de exclusão que poderia sentir por um deles. Se se pensar, verdadeiramente, em uma boa criação e educação, os pais compartilharão o cotidiano dos filhos e os farão perceber e sentir que dois lares são melhores do que um.

Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira¹²⁸ vai mais além. A autora critica a fixação de domicílio nos seguintes termos:

Ora, o objetivo da alteração promovida pela Lei n.º 13.058/14 foi, precisamente, o de incentivar a igualdade parental e proporcionar aos filhos o maior contacto possível com ambos progenitores, ao estabelecer a guarda compartilhada física, dando a possibilidade à criança de residir com os dois pais. Não faria sentido, portanto, alterar-se a lei no sentido de estabelecer uma divisão equilibrada do tempo de convívio do filho entre o seu pai e a sua mãe e, na prática, as decisões judiciais estabelecerem uma residência habitual para a criança e um regime de convivência com o outro progenitor. Essa prática, salvo melhor juízo, em quase nada se distingue da fixação da guarda unilateral, regime que, em tese, ambos os pais possuem o poder familiar conjunto, contudo, a criança reside com o guardião, cabendo ao outro um regime de visitas.

O que ocorre é uma enorme e injustificada resistência pelos operadores do direito em aceitar a dupla residência da criança, sob a alegação de que a mesma precisa de ter um lar de referência para obseu melhor desenvolvimento. Circunstância que, entretanto, não dispõe de comprovação científica, além de a confundirem com o instituto da guarda alternada.

Conforme se demonstrou no primeiro capítulo desta dissertação, os estudos realizados em diversos países ocidentais acerca da prática da residência alternada, em que ambos os pais partilhavam amplamente as responsabilidades parentais, envolvendo-se em condições de igualdade no dia-a-dia da criança, demonstram diversos benefícios para o desenvolvimento do menor. Evidenciam, ainda, que a guarda compartilhada estaria associada a resultados sociais, emocionais e psicológicos iguais ou melhores para as crianças, quando comparados com o estabelecimento de uma residência fixa, em geral materna, e, mais importante ainda, com vínculos mais fortes e duradouros com seus pais.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Forense, p. 402-403.

¹²⁸ Ob. Cit. p. 131-132.

Obtemperem-se, por oportuno, que a possibilidade e incentivo que deve existir à dupla residência não extingue integralmente a fixação de domicílio, mas isso só deve ocorrer nos casos em que pais residirem em cidades diversas. Neste caso, a convivência compartilhada será efetivada através de uso de meios tecnológicos, viagens periódicas, sem prejuízo de considerar como cidade de moradia aquela que atender o melhor interesses dos filhos (art. 1.583, §3º, do CC).

Desse modo, percebe-se que os avanços na convivência familiar estão cada vez mais democráticos, quebrando tabus históricos e possibilitando um crescimento saudável e plural a criança.

Entretanto, a aplicabilidade da convivência compartilhada de forma efetiva e equilibrada depende da educação em direitos, conciliação e mediação, instrumentos que se bem explorados pela Defensoria Pública, possibilitarão a emancipação das famílias vulneráveis, razão pela qual serão objeto de capítulo próprio nesta tese.

3 A AUTONOMIA COMO PREMISSA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.

A autonomia é a principal característica do ser humano, pois como ser social, sua personalidade somente é reconhecida quando este pode regular suas próprias escolhas nas questões pessoais. A autonomia se manifesta no direito inalienável a que todos possam se sentir únicos, livres para ser o que escolheram, pois isso é a pedra fundamental da existência humana.

Assim, compreende-se que a autonomia é o ponto de partida para o direito das famílias contemporâneo, pois esta é a primeira instituição social que o ser humano integra. Para tanto, exige-se o entendimento da construção do seu próprio significado e distinção necessárias com outros institutos que hodiernamente ainda são confundidos como liberdade e autonomia da vontade, o que ocorrerá nas linhas seguintes.

3.1 Liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada

Por muito tempo confundiu-se “liberdade” e “autonomia”. Ora, no período em que a igualdade formal era suficiente, autonomia e liberdade eram consideradas como sinônimos, na medida em que o indivíduo tinha ampla disposição para estabelecer seus negócios patrimoniais. Nessa época, o sujeito era livre e igual, submetido tão somente a sua própria vontade. Todavia, a difusão dessa ideia servia para atender o interesse da própria burguesia, como explica Leonardo Moreira Alves¹²⁹:

Quanto à igualdade, visualiza-se que ela acaba sendo exercida sob uma conotação preponderantemente formal (igualdade perante a lei), eis que notória a superioridade da burguesia em relação a todas as outras classes sociais. É justamente essa igualdade formal – ao lado da autonomia da vontade – que vai justificar, posteriormente, a adoção do princípio do *pacta sunt servanda* no âmbito do Direito Contratual, conforme será apreciado no curso desta pesquisa.

Ocorre que o egoísmo, a liberdade desenfreada dava espaço para o uso desse poder para alcançar propósitos malévolos e até mesmo colocar em risco a sua vida ou conduzir a miséria.

¹²⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora. 2010, p.17.

Nessa vereda, percebeu-se que a noção de liberdade precisava ser aperfeiçoada. Assim, a compreensão do que seja liberdade passou a ser esclarecida como o poder de se auto-regular promovendo condutas que recepcionam as normas do ordenamento vigente. Decerto, a liberdade não pode ser dissociada das inúmeras limitações, deveres, obrigações, imposições. Nas palavras de Simmel citado por Renata Pompeu¹³⁰ “[...] a liberdade não pode ser pensada, enfaticamente como algo absoluto. Antes de tudo não podemos pensá-la como ausência de constrangimentos, mas apenas, como permuta de contingências.”

Nessa toada, começou-se a discutir os limites da autonomia, de forma a questionar se o exercício desta contrariaria ou não a ordem pública e os bons costumes.

Maria Celina Bodin de Moraes¹³¹ assim relata o contexto em que liberdade e autonomia passam a ter contornos diferentes:

A situação começou a se modificar justamente a partir da necessidade de regulamentar as situações extrapatrimoniais. Embora SAVIGNY ainda tivesse insistido em afirmar que o homem, sujeito de direitos, era, antes do mais, "proprietário" de seu próprio corpo, é fato que essa concepção não carregou grandes seguidores, nem atingiu objetivos relevantes. A *vexata questio* permanecia sendo saber quais os poderes que a pessoa detinha para dispor de si, de seu destino, de seu próprio corpo, ou até onde a autonomia dos privados podia avançar sem ferir a ordem pública, a moral e os bons costumes – designações do que, então, se consideravam os princípios fundantes de qualquer ordenamento jurídico.

Com a superação das barreiras entre direito público e direito privado, a noção de vontade individual passou a ceder e dar espaço a limites externos, baseado no interesse de terceiros e na coletividade. Assim, a própria ideia de limitar o cidadão em “respeito à ordem pública” passa a ser conferida como uma acomodação do Estado para respeitar direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição. Assim, se de um lado, o Estado deve respeitar escolhas existenciais, o indivíduo deve atuar sempre atento ao contexto social. Tal ponderação não se trata de um conflito entre liberdade e solidariedade, mas

¹³⁰ Ob. Cit, p. 77.

¹³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais – 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 104.

sopesamento necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana, como explica Maria Celina Bodin de Moraes¹³²:

Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto ou com ele sopesado o dever de solidariedade social, no sentido que se exporá a seguir, mas já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus*-concepção mítica e ilusória-, por outro lado, tampouco devem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para que sejam exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos "fundamentalmente organizados para viverem uns em meio a outros.

Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. Tal é, justamente, uma das medidas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita, em cada caso, entre liberdade e solidariedade termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.

Como se vê, enquanto liberdade e a autonomia da vontade tinham como base o individualismo exacerbado (egocentrismo), a igualdade formal, patrimonialismo, a não-intervenção do Estado no âmbito particular, principalmente na economia, passando a ser o fundamento único de constituição das relações jurídicas privadas, a autonomia privada condiciona o indivíduo a valores sociais ou de respeito a terceiros.

Por oportuno, registra-se que o nascedouro e relevo da autonomia privada está justamente nas relações existências. Daí, Perlingieri¹³³ ao mencionar a teoria dos atos jurídicos e negócios, alerta que "a autonomia não restringe a tais negócios e, sobretudo, deve-se levar em consideração que as expressões de liberdade em matéria não-patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional."

Todavia, a burguesia tratou de consagrar nos códigos apenas aqueles valores que lhe fossem convenientes, consonantes com seus interesses,

¹³² Ob. Cit. p. 107-108.

¹³³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.18.

refletissem os ideais do Liberalismo Econômico (estudos decorrentes de Adam Smith), como, por exemplo, a dinamização das relações produtivas, a valorização do patrimônio como um fim em si mesmo, o individualismo exacerbado, a liberdade, a igualdade formal etc.

Nessa vereda, a nova classe social detentora do poder político retirou todos os entraves típicos do período do Estado Absolutista que prejudicavam o desenvolvimento de uma efetiva livre iniciativa, estipulando normas que limitassem a intervenção estatal, principalmente no campo econômico, ao lado de normas que garantissem a empresa burguesa.

Por outro lado, a diferenciação e reconhecimento da autonomia privada presentes nas relações negociais não ocorreu da mesma forma nas relações extrapatrimoniais. As forças do Estado incidiram nas relações existenciais, como observa Paulo Lôbo¹³⁴:

O Estado Liberal, hegemônico no século XIX no mundo ocidental, caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não-intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Concretizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, e a igualdade ateu-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estava à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis.

Assim, o intervencionismo estatal levou à instituição do casamento, convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A sociedade instituiu o casamento como regra de conduta, como forma de limitar o homem.

Ora, em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio.

Destarte, conforme observa Maria Berenice Dias¹³⁵, a família não era encarada como uma célula da sociedade, mas sim como uma célula do Estado. Realmente, ela era um instituto não das pessoas ou da sociedade, mas sim do Estado, não podendo ser criada, desenvolvida ou mesmo extinta pela simples

¹³⁴ Ob. Cit. p, 30

¹³⁵ Ob. Cit. p. 43.

vontade dos indivíduos, necessitando, para tanto, da chancela estatal, exercida por meio do formal instituto do matrimônio, de forma hierarquizado e patriarcal.

3.2 A violação à autonomia e o Código Civil de 1916

O ambiente familiar representa na vida do ser humano o reduto mais próximo da sua personalidade. Ainda que não esteja dentro da individualidade de cada um, a história da existência humana recebe muita influência da família e sua autodeterminação é construída externamente a partir deste espaço íntimo. Por tal razão, a família exige uma esfera de proteção.

Todavia, a história brasileira nem sempre considerou a família como merecedora da proteção estatal. Na verdade, desde o período colonial até data recente, a família sempre sofreu interferência estatal, até falarmos em liberdade, como princípio do Direito das Famílias.

Em concordância com a realidade da época, Rodrigo da Cunha Pereira retrata o *Estado-protetor-repressor*,¹³⁶ atribuindo sentido negativo à expressão, pois muitas dessas intervenções previstas no Código Civil de 1916 eram absolutamente indesejadas, a exemplo da imposição da culpa na separação judicial (artigos 317, 320, 324 e 326), da limitação etária como causa de aplicação do regime de separação obrigatória de bens (artigo 258, parágrafo único, inciso II), do dever matrimonial de coabitação (artigo 231, inciso II) etc.

Verifica-se que o desrespeito estatal à autonomia das partes no âmbito do Direito de Família era quase absoluto, na medida e quem o Código Civil proibía o divórcio e admitia apenas o casamento como única forma de formação familiar.

A família institucional, casamentaria, hierarquizada e apenas heterossexual serviram como instrumentos de controle e negativa de direitos. Por muito tempo, qualquer outra relação afora o casamento, era tida como anormal e distante da legalidade.

¹³⁶ Ob. Cit. p.181-187

Ainda que afetivos, os relacionamentos informais recebiam repulsa por parte do Estado, assim como os direitos decorrentes da relação familiar eram negados.

3.3 A Constituição de 1988 e o resgate da autonomia

A Constituição da República de 1988 inaugurou um novo tempo, uma vez que se apresentou como acolhedora e garantidora de Direitos.

Se, até o Estado jurídico anterior à Constituição de 1988, relações diversas do casamento eram vista de forma pejorativa, a Constituição Federal se absteve de conceituar família, e ainda, apenas determinou como destinatária de especial proteção especial, nos termos do artigo 227 da Lei Maior.

De mais a mais, a Constituição da República reconheceu outros arranjos como manifestações familiares, a saber: A união estável (art. 226, §3º) e a família monoparental (art. 226, §4º), o que mais a frente será melhor examinado.

N'outro giro, a redação originária do texto constitucional, previu a possibilidade da dissolubilidade familiar, embora exigisse cláusula temporal para o divórcio no artigo 226, §6º, da CRFB.

Aliás, cumpre notar que a autonomia também é achada na própria idade da igualdade. Ora, ao equiparar as entidades familiares, o Constituinte originário homenageou o princípio da isonomia, mas também o da igualdade, uma vez que conferiu liberdade para aqueles que quisessem a proteção familiar não tivesse que submeter ao casamento. A autonomia também é iluminada com a extinção do pátrio poder, ao tempo em que a igualdade entre cônjuges fortalece o direito de se reconhecerem como iguais e livres na conjugalidade.

Como decorrência da autonomia, as normas passaram a ser dispositivas. Vale dizer, o Estado preocupou-se em estabelecer normas básicas para as relações familiares, entretanto, tais formas podem ser alteradas pelos sujeitos.

Em respeito à autonomia, como será discutido no item relacionado à intervenção mínima, as normas do direito de famílias deixaram de ser normas cogentes, obrigatórias, de forma que podem ser adequadas à realidade dos sujeitos envolvidos.

Prova disso, é que os indivíduos podem escolher o arranjo familiar em que desejam construir família, podem estabelecer o critério pelo qual originarão a filiação (art. 1593 do CC), e até mesmo, podem criar um regime de bens próprio (art. 1.639 do CC).

Registre-se, por oportuno, que ainda existem normas cogentes no direito das famílias, notadamente, quando há necessidade de limitação para proteção de algum vulnerável, como pode ser percebido na irrenunciabilidade dos alimentos entre filhos incapazes e pais etc.

Como se vê, a Constituição da República de 1988 trouxe um novo paradigma para as famílias brasileiras: A constitucionalização da autonomia permitiu que as pessoas escolhessem a forma de amar, permitiu desamar, livres de qualquer hierarquia.

Dessa forma, percebe-se que a partir da autonomia reconhecida é a premissa necessária dos princípios norteadores do direito de família, os quais passam a ser analisados a seguir.

3.3.1 Autoresponsabilidade (solidarismo)

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, inc. I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. As relações familiares estão incluídas neste dever de solidariedade.

Decerto, cada membro da família deve responder pelo outro, no sentido de preocupar-se com a outra pessoa que compartilha o mesmo núcleo familiar. Por sinal, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

Doutro giro, a solidariedade expressa o dever de autorresponsabilidade, na medida em que não é responsabilidade apenas dos poderes públicos, mas como enfatiza Paulo Lôbo¹³⁷, mas da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, a existência social de cada um dos outros membros da sociedade. Dessa maneira, o desenvolvimento das relações familiares depende do adimplemento dos deveres inegociáveis de solidariedade, que

¹³⁷ Ob. Cit. p. 56.

necessariamente implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.

Como manifestação do solidarismo, é possível admitir a fixação de alimentos, ainda que encerrado o poder familiar (função parental), quando o alimentante cursa ensino superior, e até, mesmo para cônjuges ao fim do relacionamento – art. 1694 c/c art. 1704, parágrafo único, do Código Civil; da adoção como ato de solidariedade, não de um dever (art. 1.618); a função parental, que cada vez deve ser compreendida menos como “poder” e sim como um encargo/serviço a ser prestado no interesse dos filhos etc.

3.3.2 Intervenção mínima

Antigamente, a família não recebia qualquer interferência do Estado. Inicialmente, a família era uma sociedade religiosa, no qual os membros não eram associados por questões sanguíneas, mas por adorarem o mesmo deus. A família, assim, era uma sociedade religiosa, não uma sociedade natural.

As sociedades gregas e romanas revelam que a família era um espaço da vida privada em que a gestão dos eventuais conflitos pertencia ao chefe da entidade familiar.

Nessa esteira, ao gerador, reconhecia-se algo divino, tanto que o culto aos antepassados reunia a família em volta do altar. De fato, a religiosidade era o elo entre as pessoas. Em razão disso, a figura do “pater” ganhava força e suas determinações eram incontestes.

D’outra banda, a mulher era mera reprodutora, sendo mera transferência de propriedade. Naquela época, a mulher sequer possuía o direito de prestar culto aos antepassados.

Sobre tal período, Conrado da Rosa afirma: “Assim, o espaço privado não sofria influências externas, de modo que o pater possuía um poder de vida e morte sobre seus subordinados. Cabia à família, através do *pater familias*, resolver e administrar todas as questões que dissessem respeito aos parentes, a escravos e servos e à economia. À *polis*, por sua vez, era atribuído o poder político, que se encontrava a ela atrelado”¹³⁸.

¹³⁸ DA ROSA, Paulino. **Conrado Curso de Direito de Família contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 29.

Acontece que a queda do Império Romano do ocidente em 476 d.C., impõem uma era de transformação radical ao paradigma familiar. A introdução do catolicismo fortalece a sacramentalização e a patrimonialização das relações familiares. Essas características, somadas à matrimonialização, vão influenciar a família, de forma que a interferência religiosa e estatal passam a dominar os núcleos familiares.

Assim, a família da idade moderna é retratada como aquela em que o *Pater* deixou de ter ascendência, pois o Estado passou a intervir para regradar e determinar a possível solução de controvérsias e conflitos. Como se vê, a família sai da clausura e fica exposta ao Estado.

O Século XIX foi o grande ápice. O Estado social decide intervir na família e passa a ser “o grande pai” (patriarcado do Estado), na medida em que assume o papel de protetor da infância, educador e regulador de comportamentos.

Nas terras brasileiras, a inflação legislativa desde a colônia, com as Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1512 ou 1513) e Ordenações Filipinas (1603), passando pelo Império - Decreto n. 03/1827 (o monopólico do casamento católico) e Lei n. 1.144/1861 (Efeitos civis aos casamentos diversos dos católicos) - e o período da República, com o Decreto n. 119-A/1890 (O Estado Laico) e o Decreto 181 – Casamento civil, o único válido e o Decreto n. 521/1890 (O casamento civil deve preceder o casamento religioso) revela que a sanha estatal em se imiscuir nas relações privadas sempre esteve presente.

Da colônia até o Código Civil de 1916, há um histórico de interferência no direito brasileiro, o qual só foi minorado com o paradigma inaugurado através da Constituição da República de 1988, uma vez que passa a considerar a família como “base da sociedade” e digna de “proteção especial”.

Contudo, tal insistente regulamentação se frustrou. Isso porque, a família é a principal ressonância das mudanças do ser humano e espelho da sociedade. Nos últimos 50 anos, sobretudo com a revolução feminina, com a integração ao mercado de trabalho, desenvolvimento das técnicas contraceptivas e mudança de hábitos sócias, a família foi o espaço de maior e mais célere alteração. E nisso, o Estado legislador não conseguiu acompanhar, tampouco regulamentar ou ter imposição em áreas tão complexas (amor, afeto, convivência), razão pela

qual, o Direito, paulatinamente, passou a reconhecer situações da vida real, para que a ameaça de deslegitimação não fosse mais eloquente.

Um dos grandes exemplos do reconhecimento estatal da necessidade de dialogar com a sociedade e passar a regulamentar, ao invés de impor foi a permissão legislativa do divórcio (Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977), o qual enfrentou diversas críticas pela “bancada da família” e setores conservadores da época.

Todavia, esta parte da tese, a partir de uma análise crítica, verificará que alguns institutos presentes no ordenamento jurídico ainda limitam a autonomia dos indivíduos.

A interferência estatal, embora minorada em apreço à autonomia, ainda persiste em algumas situações no ordenamento jurídico do Direito das Famílias.

Como se percebe, a liberdade familiar enfrentou um longo período de interferência estatal, fato que nos faz compreender o ordenamento jurídico presente e a relevância pelo princípio em comento.

Superado o pequeno histórico, passemos a analisar a relevância da Constituição da República de 1988 no Direito das Famílias.

Repise-se que não há interesse em se descuidar que a ideia de autonomia não permita atuação do Estado, pois como visto em item próprio, a autonomia não pode ser confundida com liberdade, egoísmo.

Todavia, as situações a seguir analisadas denotam que o Estado ainda interfere em várias situações existências sem o devido fundamento, o que merece reflexão.

3.3.2.1 A pluralidade familiar. O fim do monopólio do casamento como única forma originária de família.

A Constituição de 1988 extinguiu o caráter unitário da família. A forma ditatorial de reconhecer apenas ao casamento a proteção familiar foi deixada de lado. O texto constitucional reconheceu à união estável como entidade familiar e determinou a sua facilitação em casamento.

Além disso, reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – art. 224, §6º, da CRFB.

Como se vê, há um rol de 3 (três) arranjos familiares na Lei Maior. No entanto, surge a pergunta: Tal rol é exaustivo? É possível reconhecer outros arranjos familiares além daqueles previstos na Constituição?

O rol é apenas exemplificativo. Em respeito à pluralidade familiar e à autonomia seria desarrazoado firmar limitação neste aspecto. Aliás, lembremos que o preambulo da Lei fundamental afirma que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ao enfrentar a questão, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald asseveram que a única conclusão é no sentido da não-taxatividade do rol contemplado no artigo 226 da Lei das Leis, sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares não previstos ali, até mesmo por absoluta impossibilidade”¹³⁹

O pluralismo das entidades familiares afasta preconceito e abriga as diversas formas de manifestações familiares. Decerto, efetiva-se a dignidade da pessoa humana, vetor inspirador de toda e qualquer interpretação, bem como destino de toda norma. Por tal razão, adverte Maria Berenice Dias¹⁴⁰:

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial e simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado ,é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.

Portanto, a Constituição da República apresentou de forma exemplificativa outros arranjos familiares, o que extingue o caráter unitário do casamento, como único modelo de entidade familiar.

Nesse diapasão, a doutrina sustenta a existência da família, como por exemplo a família mosaico, sendo aquelas resultantes da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões”¹⁴¹

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 76.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 12 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017. p. 57.

¹⁴¹ DA ROSA, Paulino Conrado. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 152.

e a família virtual¹⁴² (“Ifamily”), consequência da superação da distância física, a partir do uso das tecnologias e redes sociais para criar e/ou manter a afetividade.

3.3.2.2 A autonomia no Código Civil e a alteração do regime de bens – Art. 1639, §2º, do Código Civil.

Atento ao paradigma democrático da Constituição da República, o Código Civil vedou intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado na esfera de comunhão íntima dos cidadãos (art. 1513 do CC). Além disso, dispôs que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (art. 1.565. § 2º, do CC),

Seguindo o caráter libertário, o Código Civil de 2002 também inovou ao permitir a alteração do regime de bens, uma vez que a codificação anterior vedava. Nos termos do artigo 1639, §2º, do Código Civil, é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

O Código de Processo Civil/2015 também tratou da alteração do regime de bens. O artigo 734 expõe os mesmos requisitos previstos no Diploma material. Confira:

Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

Assim, é possível enumerar os seguintes requisitos para a alteração do regime: (i) pedido de ambos os cônjuges; (ii) pedido motivado; (iii) comprovação que não há prejuízo para terceiros) e (iv) autorização judicial.

No tocante à motivação do pedido, cumpre observar que, em apreço à vida privada, o Superior Tribunal de Justiça tem construído jurisprudência no sentido em que os cônjuges não são obrigados a apresentar justificativas

¹⁴² *Ob. Cit.* p. 190.

exaustivas ou provas exageradas dos motivos da alteração do regime de bens¹⁴³.

Como também manifestação da autonomia, esclareça-se que a alteração do regime terá os efeitos temporais conforme o desejo do casal, sempre resguardado os direitos de terceiros.

Neste sentido, a jurisprudência já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS COM PRODUÇÃO DE EFEITOS "EX TUNC". SENTENÇA QUE ACOLHEU O PEDIDO EXORDIAL PARA MODIFICAR O REGIME DE BENS, CONSIGNANDO, ENTRETANTO, QUE OS EFEITOS SE OPERARIAM A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. IRRESIGNAÇÃO. PEDIDO DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. ACOLHIMENTO DO PLEITO PARA QUE A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS PRODUZA EFEITOS RETROATIVOS À DATA DO CASAMENTO COM RELAÇÃO AOS CÔNJUGES, MAS, COM RELAÇÃO A TERCEIROS, APENAS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO.

"Na ausência de impedimento legal, é possível retroagir os efeitos da mudança do regime. Como o que não é proibido é permitido, é necessário admitir a possibilidade de a alteração atingir bens adquiridos antes do pedido de alteração, assim como os havidos antes mesmo do casamento. Ou seja, a mudança pode atingir bens comuns ou particulares, bens já existentes ou bens futuros. A retificação pode ter efeitos ex tunc ou ex nunc, a depender da vontade dos cônjuges. Aliás, o próprio texto legislativo conduz à possibilidade de eficácia retroativa ao ressalvar os direitos de terceiros, ressalva essa que só tem cabimento pela possibilidade de retroação. Adotado o regime da comunhão universal, a retroatividade é decorrência lógica. Impossível pensar em comunhão sem implicar comunicação de todos os bens posteriores e anteriores à modificação" (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 254-255). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-SC - AC: 03105306820168240039 Lages 0310530-68.2016.8.24.0039, Relator: André Carvalho, Data de Julgamento: 30/11/2017, Primeira Câmara de Direito Civil)

¹⁴³ A apresentação da relação pormenorizada do acervo patrimonial do casal não é requisito essencial para deferimento do pedido de alteração do regime de bens. A fraude e má-fé não podem ser presumidas. Ao contrário, existe uma presunção de boa-fé que beneficia os consortes. Isso porque, na sociedade conjugal contemporânea, estruturada de acordo com os ditames assentados na Constituição de 1988, devem ser observados - seja por particulares, seja pela coletividade, seja pelo Estado - os limites impostos para garantia da dignidade da pessoa humana, dos quais decorrem a proteção da vida privada e da intimidade, sob o risco de, em situações como a que ora se examina, tolher indevidamente a liberdade dos cônjuges no que concerne à faculdade de escolha da melhor forma de condução da vida em comum. STJ. 3ª Turma. REsp 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/05/2021 (Info 695). Anteriormente, o STJ já tinha afirmado que o juiz não deve exigir formalidades ou motivações desnecessárias do casal quanto ao motivo da alteração em apreço à autonomia – Resp. 1.119.462/MG, 26.02.2013

Quanto ao direito intertemporal, a doutrina alberga a possibilidade de alteração do regime inclusive para os casais que celebraram o casamento na vigência do Código Civil de 1916. Por oportuno, o Enunciado n. Enunciado n. 260 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

Na jurisprudência, encontramos decisão do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

CIVIL. CASAMENTO. CÓDIGO CIVIL DE 1916. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ALTERAÇÃO DE REGIME. COMUNHÃO UNIVERSAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. I. Ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil **não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916**, conforme a previsão do art. 1.639, § 2º, do Código de 2002, respeitados os direitos de terceiros. II. Recurso especial não conhecido. **Grifei** STJ - REsp: 812012 RS 2006/0013624-0, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 02/12/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20090202
 -DJe 02/02/2009)

Decerto, a possibilidade da alteração de regime de bens, assim como a escolha dos efeitos temporais homenageia a autonomia da família.

3.3.2.3 A Emenda Constitucional n. 66/2010 – O divórcio imediato.

Inspirado na repetida frase de fundamento religioso “O que Deus uniu, não separe o homem”, o ordenamento jurídico pátrio vedava o divórcio.

Por muito tempo, a dissolução do casamento foi um tabu no sistema brasileiro. Desde o Império, tentativas de implementar dispositivos legislativos sobre o divórcio foram frustradas. Até 1967, as Constituições pregavam o casamento indissolúvel.

Vale notar que o instituto do desquite não tinha o mesmo significado do divórcio. Isso porque, o primeiro tão somente extinguiu os deveres conjugais e encerrava a sociedade conjugal (regime de bens), mas o matrimônio permanecia. As pessoas continuavam impedidas de casarem novamente.

O divórcio somente foi instituído oficialmente a partir da Emenda Constitucional n. 09, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela lei 6.515 de

26 de dezembro de 1977, inovação legislativa que enfrentou grande polêmica na época, principalmente pela influência religiosa e conservadora que ainda pairava sobre o Estado. Os que defendiam a proposta da liberdade para o divórcio eram considerados como nefastos inimigos da família¹⁴⁴.

A inovação permitia extinguir por inteiro os vínculos de um casamento e autorizava que a pessoa casasse novamente com outra pessoa, mas o direito do divórcio somente podia ser exercido uma única vez por cada pessoa. Essa limitação curiosa acabava obstaculizando o divórcio da pessoa solteira que casava com uma pessoa divorciada, pois não poderia se divorciar, tendo em vista que o consorte já tinha exercido a única oportunidade do divórcio. De mais a mais, o divórcio só era concedido após 5 (cinco) anos da separação judicial. Portanto, a inauguração do divórcio despontava o início da liberdade do desamar, mas de maneira muito tímida.

A Constituição da República de 1988 foi um marco no tema divórcio. Além de estreitar a possibilidade da dissolução conjugal em nível constitucional, o texto maior também diminuiu o prazo para o divórcio. A partir de então, o divórcio poderia ser concedido após 1 (um) ano após a separação judicial (divórcio indireto). E mais, surge a nova modalidade de divórcio: O divórcio direto, o qual exigia 02 (dois) anos após a separação de fato – Art. 226, §6º, da CRFB.

Não se ignora o avanço trazido pelo texto original da Constituição, contudo, o Estado continuava a intervir na vida privada. Daí, foi apresentada proposta de emenda à Constituição n. 413/05, renumerada para PEC n. 33/07, a qual foi aprovada no ano de 2010, alterando o dispositivo constitucional. Segundo a Emenda Constitucional n. 66/2010, o artigo 226, §6º, da Constituição passa a ter a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Decerto, a alteração constitucional afastou a exigência de prazo e qualquer condição para que as pessoas possam exercer a liberdade em sua vida afetiva, vida privada, como manifestação da dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁴ SANTOS, Aline Barradas Carneiro; CARNEIRO, Sérgio Barradas; MENDONÇA. Ticiane Barradas Carneiro e. Direito das Famílias na Contemporaneidade. Questões controversas. Salvador. Juspodivm. 2018. p. 42.

3.3.2.4 Famílias homoafetivas – A jurisprudência constitucional libertadora.

De partida, registra-se que malgrado vários textos doutrinários, autores preferam falar em “famílias homoafetivas”, e que tal uso, em muitas situações, objetiva evitar discriminações, trata-se de “expressão familista que muito dificilmente pode ser apartada de conteúdos conservadores e discriminatórios, por nutrir-se da lógica assimilacionista, sem o que a "purificação da sexualidade reprovada pela heterossexualidade compulsória compromete-se gravemente, tudo com sérios prejuízos aos direitos sexuais e à valorização mais consistente da diversidade sexual.”¹⁴⁵

Superada a observação inicial quanto à nomenclatura, verifica-se que as relações homoafetivas sempre fizeram parte da realidade da humanidade. Desde os primórdios, há registros de relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar de naturais e existentes desde os primórdios das civilizações e estar presente em todas as espécies de mamíferos, notória é a discriminação sofrida diuturnamente pelos homossexuais. Conforme destaca Humberto Rodrigues, "o sexo é tão inerente ao ser humano como respirar, amar ou sofrer. Pena que alguns teimem em transformá-lo em tabus. Colin Spencer fala "o que os homossexuais têm suportado, ao longo dos séculos, é de uma monstruosidade e injustiça tais que se torna difícil aceitar que uma mera preferência sexual e emocional possa excitar uma posição tão cruel".

A realidade brasileira também é no mesmo sentido, entretantes, o ordenamento jurídico não expressou a possibilidade das relações homoafetivas, uma vez que a legislação sempre foi lastreada pelo espírito conservador e religioso.

Ocorre que a Constituição da República de 1988 estabeleceu a Dignidade da Pessoa Humana como princípio norteador do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CRFB) e por isso, o ser humano e sua felicidade deve ser a base e objetivo de toda a legislação, bem como decisões judiciais e políticas públicas.

Tal premissa (de respeito à dignidade da pessoa humana) também deve ser observada no Direito das Famílias, especialmente quando este ramo do

¹⁴⁵ Citado por Conrado Paulino da Rosa. Ob. Cit. p. 197-198.

Direito, preocupa-se em proteger as relações íntimas e a vida privada, independente do sexo, cor, raça e livre de qualquer discriminação (Art. 3º, IV, da CRFB).

Decerto, o ordenamento jurídico deve ser claro em permitir e efetivar o direito à igualdade e liberdade na composição familiar.

Diante da leitura conservadora e religiosa do texto constitucional, Leonardo Poli¹⁴⁶ afirma que a alteração da Lei Maior seria nada mais que reconhecer a realidade e expressar o princípio constitucional da igualdade nas relações familiares:

Portanto, a União Homoafetiva é uma realidade, sendo, sim, uma das espécies de família e não poderia ter esperado tanto para se tornar regulamentada e protegida pelo ordenamento brasileiro. Considera-se, ainda, que uma Emenda Constitucional poderia alterar o dispositivo relacionado com o casamento da Carta Magna, retirando do texto constitucional a exigência que as partes sejam homem e mulher e inserindo no lugar o termo pessoas. Dessa forma, o legislador estaria aplicando efetivamente o princípio da igualdade e da liberdade versados como basilares do Estado Democrático Brasileiro.

Foi por isso, que embora, houvesse não existisse as relações homoafetivas de forma expressa, o Supremo Tribunal Federal ao realizar o julgamento conjunto da ADI n. 132- RJ e ADPF n. 4277-DF, reconheceu a união estável homoafetiva.

Em consonância com o entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade do casamento homoafetivo.

STJ – 4ª Turma –RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8) – Julgado em 25/10/2011. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Constituição, não há de ser negada essa via a nenhuma

¹⁴⁶ POLI, Leonardo Macedo. **A inclusão dos excluídos:** A regulamentação jurisdicional para a Família Homoafetiva e o Ativismo Judicial in Direito das Famílias e Sucessões n. 27 – Abril/Maio 2012. p. 116.

família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homossexuais possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heterossexuais, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Note-se, ainda, que na oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça alertou que os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não-discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

De mais a mais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175/2013, a qual veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Como se vê, a efetivação do direito à igualdade para composição das famílias pelos homossexuais só foi possível graças à atuação do Poder Judiciário.

Diante do quadro, questiona-se: A atuação do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada como uma manifestação do ativismo judicial?

Não há dúvidas que o Judiciário incidiu em ativismo judicial. No entanto, a visão sobre tal prática não pode ser limitada ao aspecto negativo da falta de legitimidade ou invasão das instituições legislativas. Atente-se que a atuação da função jurisdicional também pode ocorrer para efetivar a Constituição e direitos fundamentais que o Poder Legislativo, de forma negligente, deixou de atender, por questões populistas.

A atuação da função jurisdicional que reconheceu a possibilidade de famílias homoafetivas, assim foi encarada por Leonardo Poli¹⁴⁷:

Realmente, a Suprema Corte ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada pelo art. 1723 do Código Civil brasileiro, praticou, sim, o ativismo judicial. Contudo, mesmo sabendo

¹⁴⁷ *Ob. Cit.* p.123.

dos riscos deste instituto, conclui-se que, neste caso, não havia outra possibilidade diante da excessiva inércia legislativa.

Tem-se a consciência que o ativismo judicial não pode ser exacerbado –devendo ser utilizado com prudência e moderação, tendo lugar apenas em *ultima ratio*. Na situação em tela se justifica, trata-se, portanto, de uma maneira proativa de interpretar a Carta Magna, estendendo o seu alcance e sentindo a uma realidade social carente de solução. A retração do Poder Legislativo, não pode impedir que determinadas demandas da sociedade civil sejam atendidas de maneira efetiva.

Portanto, o reconhecimento jurisprudencial das famílias formada por casais homossexuais é consequência dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa da Pessoa Humana, mormente por efetivar a igualdade e a liberdade dos cidadãos, em respeito à autonomia na construção da afetividade.

Ultrapassadas as linhas sobre a relevância da Constituição de 1988 na concretude da autonomia, resta verificar alguns fragmentos que ainda revelam interferência do Estado no Direito das Famílias.

3.3.2.5 Resíduos de interferência estatal no Direito das Famílias.

A partir da Constituição de 1988, pode-se observar que a autonomia passou a ser premissa relevante no Direito das Famílias. Embora isso tenha contribuído para o reconhecimento de outras entidades familiares além do casamento, liberdade para o divórcio como um direito protestativo e avanço jurisprudencial das famílias homoafetivas, ainda existem diversos dispositivos que marcam a interferência do Estado nas questões relacionadas à vida privada, os quais serão analisados no presente capítulo.

3.3.2.5.1 O suprimento judicial para o casamento.

A capacidade núbil é de 16 anos. Todavia, até complementar a maioridade, o nubente precisa da autorização dos pais. Caso haja negativa ou divergência entre os pais, haverá necessidade de suprimento judicial, inteligência dos artigos 1.517 e 1.631 do Código Civil.

Observa-se, neste cenário, a necessidade do magistrado em atuar com bastante cautelar. Isso porque, autorizações apressadas, sem o exame necessário, atentam contra autonomia familiar e o exercício do poder familiar, evidenciando assim, uma intervenção do Estado na família.

Daf, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald orientam que “deve o juiz ouvir os pais e apurar as suas razões para a recusa do casamento do *seu próprio filho*, somente autorizando se houver visível abuso do direito pelos responsáveis”¹⁴⁸.

3.3.2.5.2 A Imposição do regime da separação obrigatória bens – art. 1641, II, do Código Civil.

Em flagrante proteção patrimonial e preconceituosa, o legislador impôs ao regime da separação legal de bens, aos nubentes maiores de 60 anos de idade. Diante de tantas críticas, a Lei n. 12.344/2010 alterou a imposição para os maiores de 70 anos de idade. Contudo, as críticas permanecem.

O pretexto de proteção ao patrimônio do idoso maior de 70 anos não se sustenta. Ter como premissa que alguém não possui condições de receber um amor sincero e até mesmo racionalidade para compartilhar seus bens foi um erro atentatório à liberdade por parte do legislador.

Em crítica incisiva ao conteúdo impositivo em comento, Maria Berenice Dias¹⁴⁹ declara:

A lei presume, de forma absoluta – presunção *jure et de jure* – que toda e qualquer pessoa que atingir os 70 anos não pode nem amar e nem ser amado. E, se mesmo assim, algum velho indesejável resolver casar, o casamento não tem qualquer efeito de ordem patrimonial. Assim, renomados empresários, ainda eu com mais de 70 anos, devem sim continuar à testa de grandes impérios e empreendimentos. Mas se resolverem casar, não podem eleger o regime de bens. A lei decreta a incomunicabilidade de tudo o que conseguiram amealhar ao longo de suas vidas. Até do que for adquirido depois do casamento. Sequer é questionado se o cônjuge contribuiu para a sua aquisição. O regime é o da separação legal. Tudo porque é proibido amar.

De fato, a imposição da separação legal de bens aos maiores de 70 anos é inconstitucional, uma vez que sem qualquer esforço viola a autonomia, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

3.3.2.5.3 O Conteúdo do pacto antenupcial

¹⁴⁸ *Ob. Cit.* p. 218.

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Mais 10!. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_556\)mais_10.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_556)mais_10.pdf). Acesso em 04/11/2018, às 15h44.

O pacto antenupcial é “o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial”¹⁵⁰

Assim, inicialmente, o pacto antenupcial é instrumento de manifestação da liberdade do casal para regular a vida patrimonial. Porém, há um limite neste tema: Será nula a cláusula convencional que atentar contra a ordem pública¹⁵¹, nos termos do artigo 1.655 do Código Civil.

Insta ressaltar que o argumento da limitação do pacto antenupcial visa manter prevalecida a função social dos contratos e resguardar os direitos da personalidade – art. 11 do Código Civil.

Questão curiosa relacionada ao Pacto Antenupcial e o princípio da liberdade, está na possibilidade de a convenção tratar sobre assuntos diversos da área patrimonial.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁵² defendem que, respeitados os direitos e garantias fundamentais e fundado na autonomia privada, faz-se possível a inserção, no pacto, de outras cláusulas, como obrigações domésticas, reconhecimento de filhos, nomeação de tutor.

3.3.2.5.4 O impedimento matrimonial previsto no artigo 1521, VII, da CRFB.

Dentre as normas proibitivas do casamento, o Código Civil impede que o cônjuge sobrevivente contraia casamento com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte – art. 1521, VII, do CC.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 329.

¹⁵¹ À título de exemplo, Flávio Tartuce apresenta algumas cláusulas que devem ser consideradas nulas por ofenderem normas de ordem pública. Confira: Previsão contratual que estabelece que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, I, do CC; – Cláusula que determina a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido, pois a mulher é incompetente para tanto, afastando a isonomia constitucional; – Cláusula que estabeleça a renúncia prévia aos alimentos, infringindo a regra do art. 1.707 do CC; – Cláusula que regulamenta previamente as regras referentes à guarda dos filhos, para o caso de divórcio do casal; – Cláusula que afaste o regime da separação obrigatória de bens nas hipóteses descritas pelo art. 1.641 do CC (TJMG, Apelação Cível 0095286-21.2008.8.13.0023, Alvinópolis, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Manuel Bravo 374/1350 Saramago, j. 16.06.2011, *DJEMG* 11.07.2011 e TJRJ, Apelação Cível 9014/2004, Rio de Janeiro, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, j. 26.10.2004); – Cláusula que exclui expressamente o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, afastando as regras da sucessão legítima (ver: STJ, REsp 954.567/PE, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011, *DJE* 18.05.2011).

¹⁵² *Ob. Cit.* p. 356.

A norma parte da premissa inversa do Código Civil. Malgrado a boa-fé objetiva seja a expectativa de comportamento do ordenamento, o legislador presume que o crime ocorrido foi marcado por conluio entre o casal, por isso impede que casem. Nada mais que um resquício de moralismo para violar a autonomia e liberdade para celebrar casamento com quem deseja. Decerto, a oposição social não pode impedir o desejo privado.

Consonante ao pensamento aqui exposto, o Projeto de Estatuto das Famílias do IBDFAM retira a hipótese do rol dos impedimentos matrimoniais (art. 24)¹⁵³.

3.3.2.5.5 A proibição das escrituras poliafetivas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Além da lei, o espírito invasivo do Estado nas relações familiares também alcançou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em 26 de junho de 2018, o CNJ decidiu pela procedência do pedido de providência 1459-08.2016.2.00.0000¹⁵⁴.

A decisão evidencia manifesto retrocesso, uma vez que atenta contra a liberdade dos indivíduos no modo em que desejam projetar suas famílias.

Ao lançar memoriais como *amicus curiae* no procedimento em questão, assim se manifestou o Instituto Brasileiro de Direito de Família: “É muito preocupante o Estado querer ter o controle da liberdade e da autonomia das pessoas na forma de se relacionarem e constituírem suas famílias. A economia do desejo e da intimidade, não é da alçada do Estado”.

Advirta-se, ainda, que a decisão do CNJ, futuramente, acarretará em vários problemas quando os conflitos envolvendo núcleos reunidos por mais de

¹⁵³ A proposta do Estatuto das Famílias está disponível no Site do IBDFAM: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf

¹⁵⁴ O placar final da votação foi de 7 votos pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas, nos termos do voto do ministro relator, João Otávio de Noronha; 5 votos acompanhando a divergência parcial do conselheiro Aloysio Corrêa para permitir o registro, mas sem a equiparação com os direitos da união estável, e um voto totalmente divergente, do conselheiro Luciano Frota, pela improcedência do pedido.

2 (duas) pessoas marcados pela afetividade precisarem da atuação do Estado.

Quanto a este aspecto, Maria Berenice Dias¹⁵⁵ já alertou:

O significado do julgamento é uma sentença de reprovabilidade com relação a algo que existe, sempre existiu e vai continuar existindo, com escritura pública ou sem escritura pública. No momento em que tais situações baterem às portas do Poder Judiciário caberá à Justiça dizer se existirão efeitos jurídicos daquela manifestação. É de lastimar que órgão administrativo maior do Poder Judiciário tenha uma visão tão conservadora da sociedade de fato, como ela é” Grifei

Como se vê, a decisão do Conselho Nacional de Justiça atenta contra a autonomia, a escolha das pessoas no aspecto privado, o desenho do arranjo familiar que queiram escolher para si.

3.3.2.5.6 Os deveres conjugais – Art. 1.566 do Código Civil – O tabu da monogamia

O Código Civil prevê em seu artigo 1.566, os deveres dos cônjuges. De início, é necessário ponderar que tais deveres possuem efeitos apenas entre as partes (os cônjuges), não obrigando terceiros.

De mais a mais, observa-se que há um demasiado interesse do Estado em impor obrigações, sem que o ordenamento jurídico implique em consequência para o “descumpridor”

A título de exemplo, o dever de fidelidade recíproca ainda subsiste de forma desatualizada, na medida em que seu descumprimento, no máximo, provocava a separação-sanção¹⁵⁶. Isso porque, se houvesse perdão por parte do cônjuge traído, não haveria que se falar em qualquer consequência jurídica.

Ainda sobre o dever de fidelidade, uma reflexão é indispensável: E se o casal “abrir mão” do dever de fidelidade? De que adiantaria o dispositivo em debate? Caberia o Estado exigir fidelidade ainda que o outro cônjuge não se importe com isso? É certo que a vontade determinada pela disposição legislativa

¹⁵⁵ CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fazerem+escrituras+p%C3%ABlicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>. Acesso em 04 nov 2021

¹⁵⁶ Flávio Tartuce aponta como única consequência da violação dos deveres conjugais, a separação-sanção, situação superada a partir da EC n. 66/2010: “A grave quebra desses deveres poderia motivar, no sistema anterior, a *separação-sanção*, nos termos literais do art. 1.572, *caput*, do CC, dispositivo que deve ser tido como revogado diante da Emenda Constitucional 66/2010, na opinião doutrinária seguida pelo presente autor”. TARTUCE, Flávio. **Curso de Direito Civil**, volume 5. Direito da Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109.

do Estado não pode contrariar a vontade do casal, pois estar-se-ia diante da intromissão do Estado na vida privada, sobre tudo em época contemporânea de relacionamentos abertos e realidade de lares paralelos e uniões poliafetivas¹⁵⁷.

Consigne-se que, nessa toada, o Supremo Tribunal Federal também afastou a possibilidade de efeitos jurídicos às uniões afetivas paralelas, como se depreende da tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.045.273: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, §1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Logo, a imposição dos deveres dos cônjuges, em especial da fidelidade recíproca, além da negativa em reconhecer os arranjos paralelos e poliafetivos, são manifestações moralistas desnecessárias e violadoras da autonomia, sobretudo quando o casal não exige, o que acontece em diversos arranjos familiares contemporâneos.

3.3.2.5.7 A “autorização judicial” e o “pedido motivado” para a alteração do regime de bens.

O Código Civil de 2022 inovou ao permitir a alteração do regime de bens, nos termos do Art. 1639, §2º. Para tanto, são exigidos 04 (quatro) requisitos, a saber: a) Pedido feito por ambos os cônjuges; b) Decisão Judicial; c) Pedido motivado e fundamentado e, d) Inexistência de prejuízos a terceiros.

A primeira reflexão diz respeito à necessidade de autorização judicial. Sem tempo, esta exigência merece uma releitura. O atual ordenamento caminha para uma intervenção cada vez menor da função jurisdicional nas relações privadas. Por oportuno, atente-se que a Lei n. 11.441/07 estabeleceu a possibilidade da dissolução do casamento pela via extrajudicial. Ora, se o casal pode extinguir o matrimônio no cartório, por qual razão exigir que recorra ao Judiciário para tão somente alterar o regime de bens?

¹⁵⁷ Neste sentido, concorda Conrado Paulino da Rosa, ao alertar que há inadequabilidade da norma ao impor deveres que, por certo, implicam muito mais do que o casal vive de mais íntimo, do que questões que possibilitem interferência da esfera pública na privada. *Ob. Cit. p. 105.*

A segunda crítica toca a questão da motivação do pedido. O sacrifício da intimidade e da vida privada devem ser excepcionais. Daí, se não há qualquer conflito entre o casal, nem prejuízos para terceiros não se justifica a interferência do Poder Judiciário para perquirir os motivos. A curiosidade legislativa para saber os motivos da alteração do regime de bens caminha na contramão da liberdade familiar.

Corroborando com tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça já fixou orientação no sentido de que o juiz não pode exigir formalismos ou explicações desnecessárias para autorizar a mudança do regime de bens. Veja:

(...) 2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. 3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição de sociedade de responsabilidade limitada entre o cônjuge varão e terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. **A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona everedar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso em apreço, sociedade com terceiros na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal.** (...) 5. Recurso especial parcialmente provido. **Grifei**
(REsp 1119462 / MG RECURSO ESPECIAL 2009/0013746-5 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA Data do Julgamento 26/02/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 12/03/2013)

Como se percebe, a análise das notas históricas anteriores à Constituição da República de 1988 e o ordenamento posterior, muitas observações foram encontradas acerca da autonomia no Direito das Famílias.

A história brasileira das famílias foi marcada pela interferência estatal. Ora, dirigindo o próprio casamento (forma, capacidade, requisitos), como forma unitária de família reconhecida. Ora, impondo a indissolubilidade matrimonial. Todavia, notou-se que a busca dirigente do Estado não foi capaz de impedir as realidades sociais que tiveram presentes diversos arranjos afetivos diversos do casamento e, ainda, o fim dos relacionamentos. Tudo isso demonstrou que a interferência estatal no Direito das Famílias não foi a escolha acertada.

Além disso, verificou que a Constituição da República foi um marco, na medida em que contribuiu para a mudança do papel do Estado frente à família. Aquele que antes atuava como interventor e dirigente, a partir da Lei Fundamental de 1988 passa a ter a posição protetora das relações íntimas, sobretudo quando reconhece a liberdade das pessoas em viverem diversos arranjos familiares diversos do casamento, porém, marcados pela afetividade. Nessa toada, registra-se a inauguração em nível constitucional do divórcio. Como reverberação da Constituição, o Código Civil de 2002 proibiu interferência de qualquer pessoa de direito público ou privado na família e, ainda, passou a permitir a alteração de regime de bens.

Inobstante o marco constitucional, o estudo verifica-se que ainda persistem em nosso ordenamento diversas situações jurídicas em que o Estado ainda atenta contra a autonomia privada, em uma tentativa inconstitucional de regular a vida íntima. O cenário pode ser visualizado em diversos exemplos: imposição de regime de bens, suprimimento judicial, proibição dos cartórios em registrar uniões poliafetiva etc.

Ao fim e ao cabo, conclui-se que o princípio da intervenção mínima e a autonomia já tiveram grandes avanços, sobretudo com a Constituição acolhedora de 1988. N'outro giro, fica evidenciado que muito ainda há de ser feito para que a intervenção estatal na vida íntima das pessoas, seja tão somente aquela necessária para garantia da liberdade coletiva e dos vulneráveis.

3.3.3 Boa-Fé Objetiva

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano da mera intenção – boa-fé subjetiva – para o plano da conduta de lealdade das partes

Nesse aspecto, a boa-fé objetiva está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros: o dever de cuidado e de respeito, o dever de informar, o dever de agir conforme a confiança depositada, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração ou cooperação, o dever de agir com honestidade.

Quanto a isso, verifica-se que as relações familiares são marcadas por cláusulas não escritas. Tais situações podem ser contempladas tanto nas situações conjugais/companheirismo, quanto nas situações parentais (pais e filhos). Por ser uma célula privada em que as pessoas compartilham desafios do cotidiano, sem a existência objetiva da boa-fé, não há como a família estar protegida.

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a aplicabilidade da boa-fé objetiva no direito de família

. Na oportunidade, a Ministra Nancy Andrighi afirmou que nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. Na hipótese, a evidente má-fé da mãe e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica (STJ, REsp 1.087.163/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2011).

A boa-fé objetiva tem *três funções* no Código Civil de 2002 – interpretação, controle e integração - plenamente aplicáveis aos institutos familiares, o que inclusive pode ser retirado do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul transcrito a seguir:

Apelação cível. Embargos à execução de alimentos. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Extinção material do vínculo de mútua assistência. Os atos e negócios jurídicos devem ser efetivados e interpretados conforme a boa-fé objetiva, e também encontram limitação nela, se a contrariarem. Inteligência dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 20 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de

crédito por tão longo tempo, e a conseqüente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, a exequente/embargada – por longos 24 anos – não recebeu alimentos do seu falecido pai e sequer buscou cobrar o débito. Caso em que deve ser mantida a sentença que extinguiu a execução, em razão da perda da eficácia do título de alimentos executado. Negaram provimento” (TJRS, Apelação Cível 70033073628, São Leopoldo, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 03.12.2009, DJERS 11.12.2009, p. 85).

Como se vê, a boa-fé objetiva é um dos esteios das relações sociais, na qual as relações familiares estão incluídas, razão pela qual justifica-se como princípio do Direito de Família Contemporâneo.

3.2 Dignidade da Pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito - art. 1.º, inc. III, da CRFB/1988. Trata-se do que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. Nessa toada, fala-se em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito, especialmente nas relações privadas.

Assim, a dignidade, conforme ensina Renata Pompeu¹⁵⁸, deve ser projetada como um valor, um propósito, algo caro, protegido e a ser promovido pelo Direito. Entrementes, não é possível considerar a dignidade ou imaginá-la abstratamente e estática. Ela precisa ser efetivamente realizada, e realizada de maneira dinâmica e em desenvolvimento permanente. Ora, se a liberdade coloca a todos em contato com o espaço público, a autonomia permite a construção dos sujeitos nesse espaço, o que, conseqüentemente, é construir o próprio espaço público.

A autonomia é premissa de dignidade, pois esta somente é construída em um espaço de autonomia. Neste caminho de escolhas e impossibilidades a orientação dos sujeitos é para a realização de projetos pessoais que expressam a concepção de dignidade de cada um, tudo em respeito a dignidade que cada um constrói para si, no espaço, atento aos seus anseios.

Dessa forma, a dignidade humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social, de forma a permitir e propiciar

¹⁵⁸ Ob. Cit. p. 82.

que os indivíduos busquem construir através da autonomia, arranjos de famílias atípicos, por exemplo.

Diante de tal complexidade, o conteúdo não pode ser definido por lei, pois esta sempre será insuficiente, mas sim confirmado em cada aplicação verificada e protegido por vias indiretas que não do próprio valor.

Baseado no princípio da dignidade humana, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a impenhorabilidade dos bens de família ao solteiro, viúva ou divorciada (Enunciado n. 364) e farta jurisprudência relacionada à repercussão civil do abandono afetivo (tratado em item próprio nesta tese), bem como reconheceu a igualdade entre a paternidade socioafetiva e a biológica, bem como possibilidade de multiparentalidade, com vínculo concomitante (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Como se vê, as relações jurídicas particulares, mormente a família são espaços de maior promoção da dignidade humana, pois é nela que o ser humano tomará as mais importantes decisões existenciais de sua vida social.

Logo, não há como escapar da ingerência e atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, o que justifica ser um dos pilares do Direito das Famílias.

3.3 Afetividade e a busca pela felicidade – Princípio ou Valor?

A Constituição da República de 1988 é um marco histórico-jurídico brasileiro no contexto dos Direitos das Famílias, pois reconheceu os membros das relações familiares atrelados a um conceito aberto de família. De certo modo, a busca pela felicidade individual dos membros da família passou a ser o principal objetivo a ser perseguido na contemporaneidade. Segundo Farias e Rosenvald¹⁵⁹:

[...] a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do art. 1, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

¹⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: famílias**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 53.

Daí, a dignidade da pessoa humana, fundamento republicano-constitucional (art. 1º, III), passa a ser vetor central da entidade familiar, tendo esta como referencial tal valor existencial, superando a questão biológica para o reconhecimento como família. Por oportuno, a referida superação do critério biológico – outrora para muitos a única forma de vínculo familiar –, malgrado seja visto por muitos como uma característica contemporânea e recente, não é fenômeno tão incipiente assim. Com efeito, a história revela que em outros espaços, tempos e outras comunidades, ocorria a adoção de outros critérios, além do sanguíneo, para definição do parentesco. ENGELS¹⁶⁰ noticia:

[...] ideia que serve de base a um sistema de parentesco inteiramente elaborado e capaz de expressar centenas de diferentes relações de parentesco de um único indivíduo. Mais ainda: esse sistema se acha em vigor não apenas entre todos os índios da América (até agora não foram encontradas exceções), como também existe, quase sem nenhuma modificação, entre os aborígenes da Índia, as tribos dravidianas do Deckan e as tribos gauras do Indostão. As expressões de parentesco dos tamils do sul da Índia e dos senecas-iroqueses do Estado de Nova York ainda hoje coincidem em mais de duzentas relações de parentesco diferentes.

O reconhecimento do afeto nas relações familiares repercute em um novo paradigma jurídico para o conceito de família. Ora, se ao longo da história e da vigência do Código Civil de 1916, a família era unitária, patrimonializada, agora as transformações recentes provocaram uma nova postura. Fala-se em certo eudemonismo, marcado sobretudo por laços afetivos, o qual tem como norte a felicidade dos seus membros. Sobre o tema, discorre POLI¹⁶¹:

Com a exaltação da afetividade, na qualidade de critério constitutivo das relações familiares, pretende-se constituir uma percepção jurídica diversa daquelas já estabelecidas. A suposição que embasa tal análise é a de que o instituto do afeto, como princípio jurídico, pode contribuir para a construção do livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros familiares. É nesse contexto que se mostra a maior potencialidade da relação paterno-filial – para o benefício de seus membros – construída pelo critério da escolha e do afeto, em face de uma outra forma de relação que tenha surgido, desde o seu início, como uma imposição de caráter biológico ou jurídico. (g.n.)

¹⁶⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p. 35.

¹⁶¹ POLI, Leonardo Macedo. CORCIONE, Giulia Miranda. O problema do afeto no Direito de Família: O afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. [No prelo, texto gentilmente cedido pelo autor].

De partida, é imperioso verificar em que consiste o afeto e sua posição jurídica dentro do ordenamento. Gisele Groeninga¹⁶², ao buscar auxílio das outras ciências verifica a ideia de afeto:

O afeto é, no Direito, em ramos da filosofia e no senso comum, identificado com o amor. Em nossa visão positivista era inclusive visto como dissociado do pensamento. Mas, ele é muito mais do que isto. Sem dúvidas, uma qualidade que nos caracteriza é a ampla gama de sentimentos com a que somos dotados e que nos vinculam – uns aos outros, de forma original face a outras espécies. Com base nos afetos, que se transformam em sentimentos, é que criamos as relações intersubjetivas – compostas de razão e emoção – do que nos move. À diferença dos animais, somos constituídos, além dos institutos, de sua tradução mental em impulsos da vida e de morte. Estes ganham a qualidade mental dos afetos – energia mental com a qualidade de ligação de vinculação – libido, Eros ou de desligamento de não existência – morte, Thanatos. São estes impulsos que nos afetam, desde dentro, e que se transformam em sentimentos – que ganham um sentido, uma direção na relação, com as outras pessoas, com nuances que variam do amor ao ódio, em combinações variadas. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa ou má. Mas vamos além disso, e valorizamos nossas experiências também de acordo com os nossos pensamentos, com a experiência e com valores construídos nas relações e apreendidos do meio social. São os afetos que nos vinculam das mais diversas formas às pessoas. E é certo que também somos afetados pela pelos estímulos externos que são traduzidos, interpretados mentalmente segundo as experiências passadas e a valorização que lhes foram atribuídas. Somos seres axiológicos por excelência, é parte desta qualidade que nos é inerente vem justamente dos afetos.

Para Sérgio Resende BARROS¹⁶³, o afeto é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, respeito, etc. Por sua vez, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶⁴ apresenta o significado para o verbete *afeto*, nos seguintes termos:

O afeto para o Direito de Família não é apenas um sentimento. É uma ação, uma conduta. É o cuidado, a proteção e a assistência, especialmente entre pais e filhos, entre cônjuges, ou seja, o cuidado e a atenção na família conjugal e na família parental. Tal comportamento pode ser traduzido como obrigação jurídica nas relações entre pais e filhos, pois é imprescindível para o desenvolvimento de uma criança e também para a saúde física e mental dos idosos. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, de filhos e de companheiros ou cônjuges, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas.

¹⁶² GROENINGA, Giselle. **Descumprimento do dever de convivência**: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁶³ BARROS, Sérgio Resende. **A Tutela constitucional do afeto**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf>>. p. 5. Acesso em: 8 Fev. 2020.

¹⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 75.

Ao julgar o Recurso Especial de nº 1.159.242-SP, a Ministra Nancy Andrighi compreendeu que o afeto consiste na imposição legal de “cuidar da prole, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado”.

Todavia, Leonardo Poli¹⁶⁵, após analisar os dois significados (sentimento e cuidado), aponta o afeto como um vínculo de pertencimento:

O afeto como fato gerador, ou seja, como vínculo de pertencimento seria uma definição possível para abarcar todas as espécies de família existentes, cada uma delas dentro da sua liberdade de escolha e de constituição. Por essa definição, as famílias multiespécies, as famílias poliafetivas, homoafetivas, multiparentais, entre outras que já existem no mundo fático, não sofreriam limitações jurídicas à sua existência. Restam, então, apenas duas condições para que um grupo social forme família. A primeira delas é que exista um vínculo afetivo entre as pessoas e, segunda, que tais pessoas atribuam a tal vínculo força suficiente para o grupo constituir-se como família.

Nessa perspectiva, o afeto não perde sua subjetividade. No entanto, ele ganha objetivação através do ato de nomeação pelo qual os próprios componentes do grupo reconhecem sua pertença e vinculação recíproca. Para o Direito, tal gesto é suficientemente objetivo para ser reconhecido como um fato jurídico.

Nesse sentido, o afeto não pode ser lido juridicamente como sentimento, pois tal sensação possui forte carga subjetiva não mensurada pelo direito, o qual é objetivo. Assim, o afeto deixa de ser visto dentro da linguagem romântico-subjetiva, passando a ter relação com o cuidado, ou até mesmo, um vínculo de pertencimento.

Dito isso e considerando-se ainda a importância que vem ganhando o afeto nas mais diversas áreas do Direito – tais como o direito das famílias, previdenciário e até mesmo penal¹⁶⁶ –, passa-se a questionar a sua posição jurídica: O afeto compreende um princípio ou um valor? Ou seria possível encontrar uma terceira resposta?

Antes de responder a questão, é preciso deixar claro o que é um princípio e o que é um valor. Robert ALEXY¹⁶⁷ afirma que os princípios “são

¹⁶⁵ POLI, Leonardo Macedo. CORCIONE, Giulia Miranda. **O problema do afeto no Direito de Família**: O afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. [No prelo, texto gentilmente cedido pelo autor].

¹⁶⁶ CASAS MAIA, Maurílio. **O princípio da afetividade e seus impactos no Direito das Famílias** - e um pouco mais: uma breve incursão na tutela do afeto familiar na área penal. IN: CORDEIRO, Carlos José, GOMES, Josiane Araújo. Temas contemporâneos de Direitos das Famílias. São Paulo: Editora Pílares, 2018, p.259-277.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Por sua vez, os valores jurídicos, segundo Teixeira¹⁶⁸, consistem em “escolhas éticas que se fazem para nortear a vida ou, pelo menos, parte dela, visto que podem ser mutáveis. Têm grande relevância, pois determinam o “caminhar” de um povo e, por conseguinte, seu perfil político, sociológico, jurídico e filosófico”.

Não deve existir confusão. Enquanto princípios são normas imperativas, que podem ser exigidas, os valores fazem parte da liberdade de cada indivíduo, sem qualquer possibilidade de imposição. Dito isso, parte da doutrina passou a reconhecer a afetividade como princípio e não somente como valor. Neste sentido, tomam-se as palavras de Paulo Lôbo¹⁶⁹:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família ‘expressa a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afinidade’ (este no sentido de afetividade). O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).” (LÔBO, 2017, p. 68).

¹⁶⁸ TEIXEIRA, Ana Claudia Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 62.

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68

De igual modo, Flávio Tartuce¹⁷⁰:” Apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar”.

Em obra dedicada especialmente ao tema, Ricardo Calderon¹⁷¹ defende o reconhecimento da afetividade como princípio:

A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento

De outra banda, parte da doutrina encontra no afeto tão somente um valor, sem que esteja no patamar de um princípio. Nessa toada, Cristiano Chaves¹⁷², embora reconheça a importância da afetividade, não a reconhece como princípio:

Não se imagine, entretanto, que o afeto ganharia, no campo do Direito das Famílias, o *status* de princípio jurídico exigível. É que a afetividade tem característica de *espontaneidade*: quem oferece afeto a outra pessoa o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem. O afeto, portanto, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresenta voluntariamente. Isso por conta de seu inescandível caráter de sentimento humano espontâneo.

Em concordância, Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior¹⁷³:

Imputar à afetividade tal predicado induz conferir à mesma característica imperativa. Saliente-se, mais uma vez, que os princípios jurídicos são norma e, por isso, de obrigatória observância. Nisso se assenta a dúvida. A afetividade é passível de cobrança? Pode-se impor a alguém que tenha e preste afeto a outro(s)? A resposta, cre-se, só pode ser negativa. Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo tempo à característica de espontaneidade. É uma sensação que se apresenta, ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência; ou há ou não há; e, tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa interferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir

¹⁷⁰ TARTUCE, Flávio. **Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo>>. Acesso em 17 fev. 2020.

¹⁷¹ CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 396.

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, **Curso de direito civil: famílias**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 55.

¹⁷³ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43.

nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 43).

Cláudia Viegas¹⁷⁴ é peremptória:

Não há como entender a afetividade como um dever ser. Considerar a afetividade um princípio jurídico implicaria em admitir todos os efeitos de tal atribuição. Princípios são normas dotadas de imperatividade, o que significa dizer que se poderia exigir afetividade de outrem. Grande falácia! O afeto não pode ser imposto, não há como ignorar que o principal traço do afeto é a espontaneidade, não apresenta conotação de obrigatoriedade ou dever ser.

Para os autores da corrente negativa (assim chamada por estes autores, por negar o caráter principiológico), a afetividade não é esquecida. Decerto, a afetividade, malgrado não tenha estatura imperativa, naturalmente permeia as relações famílias, de modo que naturalmente gera algum efeito. Assim, a afetividade é construída a partir da compreensão segundo a qual seria um valor jurídico e, caso seja exteriorizada entre os membros, passa a gerar efeitos, como por exemplo, reconhecimento jurídico de famílias atípicas (poliafetivas, homoafetivas), paternidade socioafetiva.

Ao remate do item, poder-se-ia afirmar que o afeto se apresentaria como valor ou como princípio jurídico em contextos argumentativos distintos. Em interessante estudo sobre afetividade familiar, Carlos José Cordeiro¹⁷⁵ expõe: “Portanto, a afetividade, como elemento basilar da formação e estruturação familiar, merece receber o reconhecimento de seu *valor jurídico* – verdadeiro *princípio jurídico* aplicado no âmbito do Direito das Famílias”. Nessa senda, a análise do enquadramento jurídico afeto poderia ser averiguada contextualmente se aplicado como valor ou como princípio jurídico a depender do modo argumento no qual seja utilizado.

Superada o significado jurídico do afeto e da natureza jurídica da afetividade, é necessário adentrar ao debate da responsabilidade civil no Direito das Famílias.

¹⁷⁴ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: Uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 187.

¹⁷⁵ CORDEIRO, Carlos José. **Do Direito das Famílias**: introduzindo o tema da afetividade familiar. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Org.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*. Vol. I. São Paulo: Pillares, 2013, p. 33.

3.4 A responsabilidade civil no Direito das Famílias

A história do ordenamento jurídico brasileiro acerca do Direito das Famílias foi marcada, por muito tempo, por um conceito unitário, autoritário, hierarquizado e institucionalizado. Isso fica evidente quando se nota que apenas o instituto do casamento era reconhecido como *status* familiar. De mais a mais, apenas as relações heterossexuais possuíam proteção familiar. Como se vê, o ordenamento jurídico não passava de um instrumento de controle e negativa de direitos. O exposto *dirigismo estatal nas relações familiares* fica mais evidente quando é feita uma análise histórica do ordenamento jurídico.

Nas terras brasileiras, o dirigismo estatal sobre a família é percebido desde os tempos coloniais. Desde as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1512 ou 1513) e as Ordenações Filipinas (1603), passando pelo Império – Decreto n. 03/1827 (o monopólio do casamento católico) e Lei n. 1.144/1861 (Efeitos civis aos casamentos diversos dos católicos) – até o período da República, com o Decreto n. 119-A/1890 (O Estado Laico) e o Decreto 181 –, Casamento civil, o único válido e o Decreto n. 521/1890 (O casamento civil deve preceder o casamento religioso) é possível verificar a sanha estatal em se imiscuir nas relações privadas sempre esteve presente.

Contudo, tal insistente regulamentação se frustrou. Isso porque, a família é a principal ressonância das mudanças do ser humano e espelho da sociedade. Nos últimos 50 anos, sobretudo com a revolução feminina, com a integração da mulher ao mercado de trabalho, desenvolvimento das técnicas contraceptivas e mudança de hábitos sócias, a família foi o espaço de maior e mais célere alteração social. E nisso, o Estado legislador não conseguiu acompanhar, tampouco regulamentar ou ter imposição em áreas tão complexas (amor, afeto, convivência), razão pela qual, o Direito, paulatinamente, passou a reconhecer situações da vida real, para que a ameaça de deslegitimação não fosse mais eloquente.

Um dos grandes exemplos do reconhecimento estatal da necessidade de dialogar com a sociedade e passar a regulamentar ao invés de impor obrigações familiares, foi a permissão legislativa do divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977), o qual enfrentou diversas críticas pela “bancada da família” e setores conservadores da época.

Ocorre que, se antes o Estado “distribuía as cartas” no estabelecimento a forma do modelo familiar (indissolubilidade do casamento, caráter discriminatório entre filhos etc), o texto constitucional de 1988 trouxe uma nova compreensão.

De partida, o artigo 226 da Constituição utiliza a expressão “família”, sem qualquer limitação e conceito, e a indica como destinatária da proteção do Estado. Aliás, uma proteção qualificada, na medida em que o constituinte impôs ao Estado o dever de proteção especial.

De mais a mais, o texto da Lei Maior sinaliza que não poderia mais ocorrer qualquer intervenção do Estado nas relações familiares, competindo tão somente propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (art. 227, §6º, da CRFB).

Por outro lado, a Constituição da República de 1988 também foi um marco no Direito das Famílias, no tocante à igualdade.

Em primeiro lugar, percebemos a igualdade no tratamento às entidades familiares (fim do monopólio do casamento). A partir do artigo 226 da CRFB, podemos perceber que a Constituição se abdicou de impor um conceito de família, mas impôs ao Estado o compromisso de proteção. Vale dizer, o Estado deixou de ser o interventor e passou a ter a modesta e fundamental função de proteger as manifestações familiares. Nesse aspecto, o artigo 226, § 3º, da CRFB reconheceu a união estável como entidade familiar digna de proteção do Estado.

Em segundo lugar, a igualdade se manifesta no seio da família. Agora, não cabe ao Estado impor a liderança masculina, isso deve ser uma decisão da família, como evidência da autonomia privada. Decerto, abandona-se o “pátrio poder” e surge o “poder familiar” que passa a ser exercido em pé de igualdade entre homem e mulher, nos termos do artigo 226, § 5º, da Constituição da República.

Em terceiro lugar, o texto promulgado em 1988 também estabeleceu a igualdade entre filhos, na medida em que fica exterminada qualquer discriminação (filhos bastardos, “de criação”, legítimos e ilegítimos). A partir de então, amparados no artigo 227, § 6º, da CRFB, filhos possuem os mesmos direitos e qualificações, proibidas qualquer designações.

Por derradeiro, inspirados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CRFB), houve grande avanço jurisprudencial no conceito de família para alcançar as relações homoafetivas. No julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4277/DF, ocorreu o reconhecimento da união estável homoafetiva. Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a possibilidade do casamento homoafetivo (REsp 1.183.348/RS). Tal entendimento foi firmado também na Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual proibiu recusa dos cartórios em instaurar processo de habilitação, bem como celebração dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Como se vê, a Constituição da República foi um marco no Direito das Famílias e no reconhecimento da afetividade, o qual independe da configuração familiar, na medida em que o Texto Maior reconhece a família de forma aberta, plural, igualitária e acolhedora, como forma de valorização da dignidade da Pessoa Humana. Por sua vez, o Código Civil de 2002 (CC/2002) acompanhou o mesmo raciocínio. Por exemplo, na dicção do artigo art. 1.513: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Diante do texto constitucional e do Código Civil, surge a questão: O Estado pode determinar, impor o dever de cuidado, de convivência? É possível o Estado impor indenização por violações afetivas nas relações privadas. Sob o primeiro olhar, poderia se falar que não haveria qualquer possibilidade, eis que existiria uma ordem constitucional de não-intervenção. Todavia, o princípio esculpido nos dispositivos supramencionados precisa, segundo Flávio Tartuce¹⁷⁶ ser compreendido com ponderação:

Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir *coativamente* nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. Como é notório, a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 226, § 7º, da CF/1988). Além disso, o Estado deve assegurar a

¹⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo>>. Acesso em 17 fev 2020.

assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º, da CF/1988). É importante ainda dizer que a Lei n. 9.263/1996 regulamentou o art. 226, § 7º, da Constituição, que trata do planejamento familiar, proibindo que até mesmo o Estado utilize ações de regulação da fecundidade com o objetivo de realizar o controle demográfico. Tudo isso diz respeito ao citado *princípio da não intervenção*. Contudo, é pertinente apontar que esse princípio deve ser lido e ponderado perante outros princípios, como no caso do *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, que será abordado quando do estudo dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil. Por fim, há uma clara tendência de intervenção do Estado nas relações de filiação no Brasil, tidas como *relações familiares verticais*, podendo ser citada a Lei n. 13.010/2014, conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo.

Como se vê, a não-intervenção do Estado não pode ser vista de modo absoluto, na medida em que em diversas situações a atuação estatal servirá para homenagear a dignidade das pessoas que integram o núcleo familiar. Daí, rumo ao objetivo deste trabalho, questiona-se: A possibilidade de responsabilidade civil no seio familiar seria uma intervenção estatal? Ou a crise nas relações familiares autorizaria o socorro do Estado? A responsabilidade civil fortalece a dignidade da pessoa humana ou viola as relações privadas?

Como sabido, a Dignidade da Pessoa Humana é o vetor central da constituição brasileira. Em decorrência disso, toda e qualquer interpretação deve ocorrer em respeito e fortalecimento da dignidade humana, enquanto fundamento republicano (art. 1º, III, CRFB/1988). Assim sendo e sabendo-se que a dignidade humana é composta e (con)formada a partir de outros direitos, em especial aqueles de caráter fundamental, parece temerário afastar, de antemão, a responsabilidade civil decorrente de atos atentatórios à dignidade. Desse modo, a responsabilidade civil nas relações familiares, antes fraca e incipiente, cresceu no ambiente doutrinário-jurisprudencial.

A Constituição brasileira estabeleceu, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado ainda o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação – art. 5º, X, da CRFB. Desse modo, o débito constitucional de proteção ao ser humano vem também acompanhado de uma garantia compensatória, qual seja a indenização alcançando inclusive danos de natureza moral.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁷, o dano moral nada mais é do que a violação do direito à dignidade da pessoa humana, devendo ser protegida pelo ordenamento por meio da cláusula geral de tutela da personalidade instituída pela Constituição Federal de 1988. Mais à frente, a autora, reitera: “O dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos”.

Estabelecida a compreensão que o dano moral consiste na lesão à dignidade, a qual ocorre quando os direitos da personalidade são violados, oportuno registrar a noção de direitos da personalidade apresentada por Anderson Schreiber¹⁷⁸ (2019):

Os *direitos da personalidade* são aqueles direitos essenciais à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, encontrando seu fundamento normativo nos arts. 1º, III, e 5º da Constituição da República. A noção de personalidade, como já mencionado, deve ser considerada sob dois aspectos distintos: a) um *subjetivo*, que se identifica com a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações; e b) um *objetivo*, que exprime o conjunto de atributos próprios e exclusivos da pessoa humana merecedores de especial proteção da ordem jurídica. Nesse último sentido é que se fala em direitos da personalidade.

Dessa forma, os direitos da personalidade são aqueles que individualizam as pessoas, manifestação das respectivas singularidades de cada ser humano (honra, nome, imagem, reputação etc).

Assim, o direito civil passou a ter a dignidade da pessoa humana como o centro das relações jurídicas (“publicização” do direito civil), dotadas de importância máxima no ordenamento jurídico. Os seres humanos são então tutelados e dotados de direitos fundamentais, inexistindo qualquer ramo jurídico que excepcione tal dicção. Desse modo, a responsabilidade civil por violação dos direitos fundamentais e da personalidade, enquanto base da dignidade, é plenamente aplicável ao Direito das Famílias.

Aliás, rejeitar a aplicação da responsabilidade civil no direito das famílias, seria afronta à própria dignidade da pessoa humana e até mesmo, precedente para violação da missão central do sistema jurídico em outros ramos.

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 131 e p. 157.

¹⁷⁸ SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Contudo, a responsabilidade civil intrafamiliar, como em outros cenários, exige cautela, pois a sua maximização pode acarretar em modulação estatal de comportamentos e condutas, por falta de um ideal que inexiste na prática. Nessa senda, a possibilidade da responsabilidade civil no Direito das famílias é controversa na doutrina: (I) A primeira corrente responde de forma negativa à responsabilização civil no Direito das Famílias, pois compreende que o ordenamento jurídico já prevê outras consequências; (II) Por outro lado, a segunda corrente segue pela possibilidade de responsabilização, quando presentes o ato ilícito e o dano; (III) Por fim, há ainda corrente intermediária e restritiva. Para esta, a responsabilização no direito das famílias é aplicável, contudo, somente em casos excepcionais¹⁷⁹ e de extrema gravidade¹⁸⁰.

Por sua vez, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a responsabilidade civil em várias situações relacionadas ao Direito das Famílias, tais como violência doméstico familiar¹⁸¹, ruptura de noivado e violação do dever de lealdade recíproca, conforme se depreende dos seguintes julgados:

[...]a ruptura do noivado, embora cause sofrimento e angústia ao nubente, por si só, não gera o dever de indenizar, pois, não havendo mais o vínculo afetivo, não faz sentido que o casal dê prosseguimento ao relacionamento. Todavia, se o rompimento do noivado ocorreu de forma extraordinária, em virtude de enganação, por meio de promessas falsas e mentiras desprezíveis, causando dor e humilhação na noiva abandonada, configuram-se os danos morais" (TJ/MG, Apelação Cível n. 1.0701.12.031001-9/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. 16/06/2016, *DJEMG* 24/06/2016).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS DE LEALDADE E SINCERIDADE RECÍPROCOS. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. VALOR INDENIZATÓRIO. – Exigese, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do

¹⁷⁹ GHILARD, Dóris. **Dano Afetivo**: diretrizes de delimitação do dano indenizável. In: BORGES, Gustavo. *CASAS MAIA*, Maurílio. (Org.). *Novos Danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 273.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *NETTO*, Felipe Peixoto Braga. *Curso de direito civil: famílias*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 512-513.

¹⁸¹ Nos casos de violência contra a mulher ocorridos em contexto doméstico e familiar, é possível fixar valor mínimo de indenização por dano moral, quando houver pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que sem especificação do valor. Essa indenização pode ser fixada pelo juízo criminal e não depende de instrução probatória específica sobre a ocorrência do dano moral, pois se trata de dano presumido. STJ – Tese 983).

CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02). – Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. – O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a **reparação pelos danos morais suportados**. (STJ – REsp: 742137 RJ 2005/0060295-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3 – TERCEIRA TURMA).

Portanto, a responsabilidade civil no direito das famílias é plenamente aplicável pela jurisprudência brasileira com o escopo de tutelar os direitos fundamentais, em especial à intimidade, à honra de cada um dos integrantes do núcleo familiar.

3.4.1 A possibilidade da indenização decorrente da violação da função parental e do abandono afetivo.

Pode-se afirmar que a paternidade responsável é um vetor decorrente dos princípios constitucionais do Direito das Famílias, mormente pelo lastreio do fundamento republicano da dignidade (art. 1º, III, CRFB/1988). Assim, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, (Art. 226 da CRFB, artigos 1.568 e 1632, I, do Código Civil e artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dos maiores desafios é o exercício da paternidade. Em tempos antigos, a paternidade era um status, passou a decorrer da biologia, e, nos dias atuais, a paternidade deve ser compreendida a partir de uma função socioconstitucional. Na realidade atual, o modelo de pai vai muito além de provedor e exige também a função de “fornecedor de carinho”. Ser pai já deixou de ser um status decorrente da relação biológica ou registral, passando a ser uma função fornecedora de afeto e amor. Nessa toada, a criança encontrará uma essencial relação nas figuras de pai e mãe. Somente assim a formação da criança encontrará, ao menos em princípio e psicanaliticamente, a educação equilibrada pelas figuras da maternidade e paternidade, que ampliando as percepções e visões diversas “do” e “no” mundo. Para que a paternidade seja desenvolvida com maior possibilidade de êxito, a intervenção do pai precisa ser cada vez mais precoce, inclusive desde o momento do nascimento – e quem sabe até durante

a gestão –, onde a sua presença aumentará o interesse e o envolvimento posterior com a criança.

Daí, pais participam e definem em conjunto como querem educar, reforçam seus papéis e dão aos seus filhos um modelo de crescimento saudável e harmonioso, com todas as condições para que o filho seja lançado na vida adulta, de forma mais estruturada e feliz. Em suma, o pai deixou de ser um mero doador genético, ou aquele que emprestou o nome no registro. O dia de hoje não é para esses, mas para aqueles que exercem a função afetiva na construção de um ser humano.

Judith Martins Costa¹⁸², afirma que o "o conceito de dano não é dado, mas construído", modificando-se no mesmo passo em que a comunidade altera sua idéia do que deva ser juridicamente protegido; lembrou a participação da psicanálise, algum tempo atrás, e da Internet, nos dias de hoje, como fatores determinantes da mudança de concepção dos interesses que podem ser violados e, por consequência, do próprio conceito de dano.

Ultrapassada a linha da compreensão atual do que seja a paternidade, verifica-se que o provimento patrimonial resta insuficiente.

Todavia, embora o ideal seja imaginado, a realidade também revela que muitos pais não suprem as necessidades existências e afetivas dos filhos. Nesse ponto, Ghilard¹⁸³ aponta a existência de interesse estatal na relação de abandono emocional e afetivo em razão da presença da criança, enquanto sujeito vulnerável constitucionalmente protegido.

Quanto à nomenclatura, importa mencionar, de partida, a sugestão feita por Leonardo Poli¹⁸⁴ e acolhida pelos autores:

[...] sugere-se como mais produtivo que o abandono sofrido no caso antes apontado não devesse ser nomeado como afetivo, mas como emocional. Perceber o abandono emocional como o causador do dano mostra-se mais adequado para fundamentar a responsabilização em caso de ausência parental. Isso porque, a argumentação da jurista não

¹⁸² COSTA, Judith Martins. **Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 789, p. 21-47, Jul. 2001.

¹⁸³ GHILARD, Dóris. **Dano Afetivo**: diretrizes de delimitação do dano indenizável. In: BORGES, Gustavo. CASAS MAIA, Maurílio. (Org.). **Novos Danos na pós-modernidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, p. 273.

¹⁸⁴ POLI, Leonardo Macedo; CORCIONE, Giulia Miranda. **O problema do afeto no Direito de Família**: O afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. [No prelo, texto gentilmente cedido pelo autor], p.19.

se baseia no afeto como um elemento constitutivo da entidade familiar, mas como um cuidado emocional [...].

Assim, faz-se pertinente questionar na possibilidade de responsabilização civil por violação dos deveres da função parental, bem como por abandono emocional ou afetivo. Embora a questão seja tormentosa, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) editou o seguinte enunciado: “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado” (Enunciado n. 8 – IBDFAM). Com a mesma lógica, Felipe Almeida¹⁸⁵ argumenta: [...] a Carta Política refere a expressão *dever* e, como tal, no caso de não observado, entendemos que podem sim surgir as sanções inerentes, haja vista que, descumprida a obrigação surge o dever de indenizar [...].

Como se vê, a responsabilidade por abandono afetivo (emocional) também é acolhida na teoria jurídica.

3.4.2 A divergência sobre a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo e reflexões crítica

Sobre a possibilidade compensatória por abandono emocional ou afetivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou em posições diversas.

A primeira resposta no sentido de impossibilidade da indenização civil. Sustentou-se que o afeto, como sendo um valor existencial não poderia gerar obrigações. Além disso, a responsabilidade civil poderia monetarizar relações afetivas – transcreve-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, T4, j. 29/11/2005, DJ 27/3/2006, p. 299).

¹⁸⁵ ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**: angústia e aflição nas relações familiares. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 64.

Por outro lado, em abril de 2012, o STJ manifesta outra posição ao julgar o Recurso Especial nº 1.159.242-SP. Naquela ocasião, a relatora min. Nancy Andrichi pontou em na ementa do acórdão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1159242/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, T3, j. 24/4/2012, DJe 10/5/2012).

Em tal caso, o abandono afetivo compensado foi considerado decorrente da violação do dever de cuidado, englobando algo além do cuidado material, pois alcançava também o cuidado emocional. Assim, conforme ressaltara a ministra relatora, a discussão jurídica não residiria na obrigatoriedade do sentimento, mas sim no dever legal do cuidado para com a prole, no qual se inclui convivência. Após o referido julgado, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou novamente sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil

de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1087561/RS, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, T4, j. 13/6/2017, DJe 18/8/2017).

Portanto, as decisões mais recentes do STJ acenam favoravelmente à responsabilidade civil pelo abandono afetivo nas relações familiares e a expressão “abandono afetivo” passou a ser interpretada com novos contornos após o primeiro precedente favorável à tese em 2012.

Reconhecida a possibilidade da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, uma nova questão surge: Qual o início do prazo prescricional? Ou seja, a partir de quando o direito subjetivo de exigir passa a ser contado? Sobre esse tema o STJ também se manifestou compreendendo que a maioria é o termo inicial para a contagem do lapso prescricional:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. 3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioria e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1298576/RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, T4, j. 21/8/2012, DJe 6/9/2012).

A *ratio decidendi* do julgado decorre do art. 197, inc. II, do Código Civil de 2002, segundo o qual não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar – cujo termo final ocorre quando o filho completa dezoito anos, em regra. Tal dispositivo, segundo a referida interpretação, deve prevalecer sobre o art. 198, inc. I, da mesma codificação, segundo a qual não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos.

Quanto ao prazo prescricional, este é de 3 (três) anos, forte no artigo 206, §3º, V, do Código Civil. Este também é o entendimento do Superior tribunal de Justiça:

Indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Prescrição. Aplicação do prazo prescricional trienal previsto no artigo 206 § 3º, inciso V, do CC/2002. Precedentes deste Tribunal" (STJ, AREsp 842.666/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 29/06/2017).

Todavia, Flávio Tartuce¹⁸⁶ se posiciona de modo divergente. Para o autor, as indenizações por abandono afetivo seriam imprescritíveis, uma vez que, entre outras razões, estar-se-ia diante de direitos da personalidade, portanto, imprescritíveis. Além disso, o autor adverte que em algumas situações, é impossível que a contagem do prazo prescricional seja iniciada com a maioridade, sobretudo em situações nas quais o reconhecimento é posterior ao alcance da maioridade:

Com o devido respeito às posições expostas, entendo que, em casos de abandono afetivo, não há que se reconhecer qualquer prazo para a pretensão, sendo a correspondente demanda imprescritível. Primeiro, pelo fato de a demanda envolver Direito de Família e estado de pessoas, qual seja a situação de filho. Segundo, por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação. Terceiro, porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo. A respeito do início do prazo, também é preciso fazer uma objeção, adotando-se a posição majoritária pelo prazo prescricional específico. Ora, nem sempre o lapso temporal de três anos será contado da maioridade do filho. Em casos de reconhecimento posterior da paternidade, mais uma vez por aplicação da teoria da *actio nata* subjetiva, o prazo deve ser contado do trânsito em julgado da decisão que a reconhece, momento em que não há mais dúvida quanto ao vínculo dos envolvidos.

¹⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo>>. Acesso em 17 fev. 2020.

Decerto, o prazo prescricional para o abandono afetivo acaba por vencer quando o filho completa vinte e um anos de idade (18 anos + 3 da prescrição), respeitadas as posições contrárias.

Outra questão enfrentada pela jurisprudência está relacionada à necessidade da comprovação do dano: O dano provocado seria presumido? É possível falar em dano *in re ipsa* diante do abandono afetivo ou emocional?

A partir do precedente firmado no STJ, o TJ-DF se posicionou, de certo modo, no sentido de que o abandono afeito é presumido e *in re ipsa*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO IN RE IPSA.** (...) 6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil. 7. "A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça." (Código Civil português - Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, artigo 402º). 8. **A obrigação dos progenitores cuidarem (lato sensu) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão.** 9. "O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88."(Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi). (...) 13. **O dano moral (patema d'animo) por abandono afetivo é in re ipsa.** (...). (TJ-DFT, Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Rel. Designado: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, j. 28/3/2019, p. DJE 10/4/2019, p. 533/535)

Por derradeiro, um último questionamento seria sobre a possibilidade da indenização por abandono afetivo antes mesmo do reconhecimento da paternidade. Em tais casos, a mais recente jurisprudência não admite a reparação de danos por abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Confira:

[...] alegada ocorrência de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Não caracterização de ilícito. Precedentes" (STJ, AREsp 1.071.160/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJE 19/06/2017).

A Terceira Turma já proclamou que antes do reconhecimento da paternidade, não há se falar em responsabilidade por abandono afetivo" (STJ, Agravo Regimental no AREsp n. 766.159/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJE 09/06/2016).

Como se vê, embora divergente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se manifesta pela possibilidade de indenização civil pelo abandono afetivo, sendo o dano *in re ipsa* e o prazo prescricional de 3 (três) anos, a contar da maioridade.

Sobre o cenário, a reflexão a ser lançada paira em torno da cautela sobre a atuação da função jurisdicional, de forma a evitar o excessivo ou desnecessário intervencionismo estatal nas relações familiares, ou até mesmo um caráter punitivo pela não existência de uma relação que não ocorreu da forma esperada por tantos fatores que se distanciaram do “ideal” pregado. É preciso compreender que o Direito não tem o condão de mudar magicamente realidades, de impor o sentimento “amor”, e, até mesmo porque, o dever de cuidado é desenvolvido conforme as experiências de cada uma. Impor um padrão de cuidado pode ser perigoso, sobretudo em em uma época em que a moralidade tem voltado arriscadamente a se misturar com o direito e permeado decisões judiciais.

Por fim, se há possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, não se pode olvidar da imperiosa necessidade do julgador analisar o nexo de causalidade para que possa, em seguida, mensurar a existência e a dimensão do dano moral, bem como rever a indenização e seu *quantum*, bem como eventual conotação de dano existencial. Isso porque, ao tratar de dano moral, há necessidade de envolver questões subjetivas, situação eventualmente tormentosa à verificação do nexo de causalidade. Por sua vez, o dano existencial, nas palavras de Leonardo POLI¹⁸⁷ (2019, p. 26):

[...] não tem vínculo com qualquer afetação ao patrimônio material do ofendido e não está limitado à existência de dor ou sofrimento, como acontece aos casos em que se configura o dano moral. O dano existencial é aquele que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impede a realização pessoal do trabalhador. Ele impõe uma reprogramação e obriga o indivíduo a se relacionar de forma diferente no contexto social.

Como se vê, reconhecer o abandono afetivo como ensejador de dano existencial, poderia ser um mecanismo para objetivar a análise da responsabilização civil por abandono afetivo ou emocional, na medida em que a

¹⁸⁷ POLI, Leonardo Macedo. CORCIONE, Giulia Miranda. **O problema do afeto no Direito de Família:** O afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. [No prelo, texto gentilmente cedido pelo autor].

configuração do dano restaria caracterizada pela supressão ou a inexistência do tempo de convívio paterno-filial, o que é facilmente verificado objetivamente.

3.4.3 Linhas conclusivas sobre a questão do abandono afetivo

Após analisar a doutrina e jurisprudência, muitas observações foram traçadas sobre o abandono afetivo ou emocional no cenário jurídico brasileiro.

Inicialmente, verificou-se a relevância da afetividade no Direito das Famílias. Daí foi constatada a crescente importância do afeto na história do Direito de Famílias, o qual passou a ocupar destacada função nas relações familiares. A partir do afeto são discutidos diversos possíveis efeitos jurídicos. Todavia, existe forte divergência quanto à natureza jurídica do afeto, se princípio ou valor. Por um lado, parte da doutrina considera a afetividade como princípio enquanto outra, reconhece-a como valor jurídico, sem desmerecer sua importância.

Além disso, verificou-se a celeuma acerca da possibilidade da responsabilidade civil no Direito das Famílias. Nesse aspecto, malgrado por muito tempo tenha se afirmado pela impossibilidade, hoje, desponta a possibilidade, ainda que restritiva, em casos excepcionais e graves. Nessas situações, a responsabilidade civil nas relações familiares não implica em intervenção indevida do Estado nas relações privadas.

Por fim, analisou a crise do afeto e a polêmica possibilidade de indenização a partir do Superior Tribunal de Justiça. Verificou-se que o abandono afetivo consiste na ausência de observância ao dever jurídico de cuidado, não se satisfazendo para sua caracterização a simples falta de sentimento, pois esta é de análise extremamente subjetiva. Além disso, a pesquisa verificou questões relacionadas à prescrição, bem como eventual necessidade de comprovação do dano, posicionando-se pela natureza de dano *in re ipsa*. Por fim, o trabalho lançou reflexões acerca da natureza do dano a ser indenizado e eventual reforço argumentativo via dano existencial.

Ao fim e ao cabo, o princípio da liberdade e o fortalecimento da autonomia não é violado quando há responsabilidade civil, desde que seja em casos excepcionais e graves nos quais seja notoriamente violado o núcleo de direitos fundamentais e da personalidade nos denominados danos morais em

sentido amplo, como acontece quando outros direitos da personalidade sofrem abalos. Também restou evidenciado que cautela deve ser tomada nas decisões judiciais, pois o nexo de causalidade deve ser detidamente analisado para conclusão correta de que o dano decorre da conduta do agente no âmbito da relação familiar.

Enfim, foram lançados os contornos iniciais para se proporcionar um debate sobre o dano emocional ou afetivo de modo respeitoso ao estágio atual dos debates jurisprudenciais brasileiros sobre o tema

3.5 Família eudemonista

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. Conrado Paulino da Rosa¹⁸⁸ aponta a origem da palavra “eudemonista”. Segundo o autor, a expressão é oriunda da palavra grega *eudaimonia* para designar o sentimento de felicidade. Em sua literalidade significa em boa (=eu) situação no que se refere a demônios ou espíritos (=daimons). Desse modo, felicidade é viver com bons espíritos.

A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento jurídico transporta o sentido da proteção jurídica da família da instituição/entidade para o sujeito. Isso fica claro no artigo 226, §8º da Constituição da República: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.

A família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e a pessoa humana. Decerto, a razão fundamental da família é a busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Vale dizer, valoriza-se a realização existencial do ser humano, o qual passa a ser reconhecido como ser socialmente útil, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família dentro da sociedade.

Como extrato do eudemonismo, a unidade familiar, antes compreendida como pais e filhos legítimos baseada no casamento, migra para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos de um dos genitores com seus filhos - tendo por origem não apenas o casamento -

¹⁸⁸ Ob. Cit. P. 176

e inteiramente voltado para a efetivação espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. A família deixa de ter um padrão estático, praticamente, analógico e passa a ter uma forma dinâmica, plural, aberta, tal qual é o ser humano e a sociedade atual.

A compreensão eudemonista da família, nas palavras de Leonardo Poli¹⁸⁹, pressupõe a busca da felicidade com a menor intervenção do Estado nas relações existenciais, privilegiando, sempre, o respeito ao exercício da autonomia privada, sob o lema “liberdade com responsabilidade”. O autor afirma que no contexto do eudemonismo, tem-se, em nossos tribunais, a controvérsia relacionada ao reconhecimento das relações familiares concomitantes ou simultâneas, em face do suposto fetiche da monogamia, arraigado na sociedade brasileira. Com tal argumento o Judiciário muitas vezes, indefere a tutela a companheira, por considerá-la de má-fé, pelo fato desta ter o conhecimento do estado civil daquela com a qual se relaciona¹⁹⁰.

Como se vê, o reconhecimento da família eudemonista vai ao encontro do espírito democrático, além de ser decorrência da autonomia do ser humano nas relações familiares.

¹⁸⁹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **O Reconhecimento da Família Poliafetiva no Brasil**: Uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. Revista *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, vol. 7, n. 13, p. 71/72, set-dez. 2015

¹⁹⁰ No julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.045.273 (11/12/2021), o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

4 PRÁTICAS ADOTADAS PARA SOLUÇÕES ADEQUADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NOS CONFLITOS FAMILIARES EM RECONHECIMENTO À AUTONOMIA – O CUSTOS VULNERABILIS FAMILIAE.

Diante das demandas que chegam à Defensoria Pública, cabe a Instituição envidar esforços em medidas cabíveis e adequadas para a solução do conflito. Para tanto, várias funções podem ser desempenhadas, as quais serão analisadas neste capítulo.

Ora, se o “acesso à justiça” representa, fundamentalmente, a noção de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de “ameaças ou lesões a direito” (Art. 5º, XXXV, da CRFB), o princípio do “devido processo legal aponta que a Constituição exige condições mínimas para que o processo, o método de atuação do Estado-juiz atue diante dos conflitos.

De mais a mais, cumpre notar que, em apreço ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República), os mecanismos não podem ser estáticos. O processo deve ser devido porque, conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno¹⁹¹ “em um Estado Constitucional, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de acusação e de defesa e, mais amplamente, de participação e de influência que lhe pareçam necessárias para o proferimento da decisão”.

Nessa toada, a lei prevê mecanismos adequados (o que se procura realizar, no mais das vezes, através das técnicas de conciliação e mediação) e um procedimento especial para as ações de família (art. 693 a 699 do CPC). Mas, a Defensoria Pública também deve cumprir sua missão com o estabelecimento de instrumentos ajustáveis a cada uma das situações de direito material que chegam à instituição, até porque a mostra-se impossível, a lei e as normas internas da Instituição imaginarem todas as situações. Destarte, cabe ao

¹⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1 : teoria geral do direito processual civil : parte geral do código de processo civi. 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.p. 146

defensor público realizar o ajuste, construindo um atendimento específico e adequado para o alcance da solução efetiva do conflito.

4.1. Assistência jurídica

A assistência jurídica é um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Conforme já tratado em item próprio de forma aprofundada, o Estado brasileiro abraçou o modelo o *salaried staff model*, na medida em que o artigo 134 da Constituição da República incumbe à Defensoria Pública, instituição permanente, função essencial à Justiça, a missão de prestar a assistência jurídica, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da CRFB.

Superadas as linhas introdutórias, passa-se ao exame das práticas adotadas para a solução dos conflitos familiares.

4.1.1. Representação judicial postulatória

A representação judicial postulatória consiste no patrocínio das demandas levadas à função jurisdicional em todos os seus graus.

De mais a mais, importa ressaltar que a representação judicial demanda maior cuidado. Se, por um lado, o defensor deve atuar com zelo no interesse do assistido, desenvolvendo as teses necessárias para o sucesso da demanda, por outro lado, o defensor deve ter em mente que a credibilidade institucional é importante, sobretudo por envolver relação continuativas com os demais sujeitos do sistema de justiça. Por tal razão, e para preservação do assistido, o defensor possui a prerrogativa de deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte (art. 128, XII, da LONDP).

4.1.2 Curadoria Especial

A personalidade jurídica, a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo possuem significações distintas. A personalidade jurídica é a capacidade do sujeito de possuir direitos e obrigações (art. 1º do Código Civil). Por sua vez, a capacidade de ser parte está relacionada ao exercício, atuação processual, o que é conferido até mesmo a entes despersonalizados. Por fim, a capacidade de estar em juízo é a possibilidade de praticar atos processuais. Os incapazes possuem personalidade e capacidade de ser parte, todavia não possuem capacidade de estar em juízo praticando atos processuais, por questões lógicas.

Neste cenário surge a figura do curador que exerce a função de “representação processual” do incapaz, nos termos do artigo 71 do CPC. Em ato contínuo, o art. 72 dispõe as hipóteses em que haverá atuação do curador, dentre outras, nas situações em que houver colidência entre interesses do representante e do incapaz.

Ainda sobre a figura do curador especial, a Constituição da República em seus artigos 5º, LXXIV e artigo 134, impõem à Defensoria Pública, o dever de assistência jurídica dos necessitados (vulneráveis). O art. 72, parágrafo único, do CPC, aponta à Defensoria Pública, o *munus* público de representação processual na qualidade de curador especial.

Aliás, revela-se que, como já tratado em linhas anteriores a noção de necessitado, o *munus* institucional da curadoria especial expressa uma espécie de medida voltada para a superação de uma "vulnerabilidade" ou "necessidade" de natureza jurídico-processual nas hipóteses elencadas no art. 72 do NCPC, ou seja, o juiz nomeará curador especial no incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade, ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Assim, o exercício da curadoria especial pela Defensoria Pública em favor do incapaz justifica-se em razão da sua peculiar condição jurídica de vulnerabilidade, bem como da proteção especial que a ordem jurídica lhe dispensa.

Note-se que a curadoria especial também será exercida em relação ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Quanto ao exercício da curadoria especial, registra-se a possibilidade da defesa ser feita por negativa geral, em razão da ausência de contato entre o defensor público e a parte revel defendida, ou seja, o réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa. Dessa forma, em grande parte, a defesa envolverá teses jurídicas, como por exemplo, a prescrição, uma vez que o defensor desconhece a versão subjetiva da parte, o que impossibilita a impugnação específicas dos fatos afirmados na petição inicial (art. 341, II, do CPC).

Como se vê, percebe-se que o exercício da curadoria assegura ao vulnerável processual, a defesa técnica e o devido processo legal, o que torna a atuação legítima da Defensoria Pública para a solução de conflitos familiares.

4.1.3. Custos vulnerabilis familiae

A expressão “*custos vulnerabilis*” que sobreveio inicialmente para, didaticamente, facilitar-se a diferenciação da missão institucional-constitucional da Defensoria Pública (defesa dos necessitados) da atuação do Ministério Público (defesa da ordem jurídica) e ganhou um novo significado na atuação judicial figurando como interveniente, neste trabalho passa a ter um novo significado.

Como dito no transcorrer desta tese, a Defensoria Pública exerce um papel fundamental para efetivação do acesso à justiça. Na seara familista, o *custos vulnerabilis familiae* pode se manifestar na atuação judicial, quanto na atuação extrajudicial.

4.1.3.1.1. Atuação Judicial no patrocínio das partes enquanto missão constitucional.

Quanto à atuação judicial da Defensoria Pública, esta já foi esclarecida em tópico próprio. Todavia, na especificidade da área familiar, é preciso compreender que a atuação demanda cautela.

Ora, as questões familiares envolvem relações emocionais, continuativas, muitas vezes, frustrações. Por tais sentimentos e necessidades existências, o defensor público deve amoldar tais expectativas.

Ademais, importa notar que o serviço prestado pela Defensoria Pública é gratuito, o que, em uma sociedade líquida, instantânea, pode gerar demandas impensadas e a propositura de uma ação pode acalorar o conflito.

Assim, é indispensável que a Defensoria Pública compreenda que a atuação judicial no direito das famílias tem sua importância, mas também deve ter em mente que o início de um processo não pode ser feito de maneira assoberbada.

Por outro lado, na atuação forense, o papel do defensor público deve ser voltado à perspectiva colaborativa e consensual, pois este deve ser o esforço dos atores do sistema de justiça, nos termos do artigo 695 do Código Civil, indicando sempre que possível o assistido para que este tenha auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento e atendimento multidisciplinar.

Somente assim, observadas as categorias jurídicas próprias que envolvem os conflitos familiares, a Defensoria Pública cumpre a sua missão constitucional na atuação judiciais como patrocinadora das partes na seara familista.

Entrementes, a atuação do *custos vulnerabilis familiae* no processo pode também ocorrer através de outros institutos, seja pela atuação em incidente de resolução de demandas repetitivas, seja na figura de interveniente em processos familistas, como a seguir serão expostos.

4.1.3.1.2. Atuação em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em nome próprio do Direito de Família

A atuação da Defensoria Pública em prol das famílias não ocorre tão somente com a representação em juízo das partes, mas pode ocorrer em nome próprio e de forma coletiva, a fim de proteger e facilitar a economia processual em demandas familistas.

Como exemplo prático, cite-se a atuação da Defensoria Pública em Incidente de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 0004232-43.2018.8.04.0000. Na oportunidade, a atuação institucional visou gerir e decidir os casos repetitivos acerca do procedimento de cumprimento de sentença de alimentos, bem como formar precedentes vinculantes sobre o tema.

No caso vertente, foi fixada a seguinte tese: É possível a cumulação, nos mesmos autos, dos ritos da prisão e da expropriação para o cumprimento de

sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 531, §2º, do Código de Processo Civil.

Como se vê, ainda que em discussão exclusiva de direito, no caso, processual, a atuação defensorial em incidente de resolução de demandas repetitivas prestigiou a celeridade e economia processual, bem como segurança jurídica para os seus assistidos.

4.1.3.1.3. Legitimação Interveniante diante da vulnerabilidade em processo familiar – Art. 4º, XI, da LC n. 80/94

A Defensoria Pública também deve exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos dos necessitados. No campo familista, importante reconhecer a situação dos vulneráveis processuais (já tratado nesta tese), como exemplo os ausentes.

Nessa pegada, o *custos vulnerabilis familiae* atua na proteção de direitos fundamentais daquele que não participou concretamente do processo. Nos autos da apelação cível n. 0207307-69.2019.8.04.0001 (TJAM), houve o reconhecimento da possibilidade da atuação interventiva da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* para que o nome de casado (integrante dos direitos da personalidade), não fosse suprimido sem anuência da parte prejudicada. Enfatizou-se que a atuação do Estado-Defensor como guardião das famílias e pessoas vulneráveis, expressa a garantia constitucional de intervenção mínima do Estado sobre a esfera privada, mostrando-se, portanto, legítima a intervenção da Defensoria Pública, Função Essencial à Justiça (art. 134, CRFB/88).

Superada as linhas sobre o *custos vulnerabilis familiae* na atuação judicial, o que se deseja salientar neste capítulo, é que, diante de conflitos familiares, a missão constitucional da Defensoria Pública não estará satisfeita apenas com a atuação judicial (postulatória ou interveniente), mas como expressão do regime democrático é fundamental que a instituição desenvolva atuação extrajudicial e pré-processual de forma prioritária e de qualidade, uma vez que os estudos e a prática têm denotado que os mecanismos de autocomposição tem se demonstrados mais adequados aos conflitos familiares.

Assim, o *custos vulnerabilis familiae* consiste no cumprimento da missão constitucional da Defensoria Pública para a solução de conflitos familiares, a qual somente ocorre quando os assistidos recebem, antes de tudo, educação em

direitos e possibilidade de solução pelos mecanismos extrajudiciais, de forma que a demanda judicial passa a ser a *ultima ratio* da Instituição.

Nessa vereda, passa-se o exame dos instrumentos e funções desempenhadas pela Defensoria Pública no aspecto promocional das famílias vulneráveis.

4.1.3.2. O *custos vulnerabilis familiae* na atuação extrajudicial

Afora a atuação judicial, o *custos vulnerabilis familiae* encontra sua grande justificativa na atuação extrajudicial, tema central deste trabalho. Como consabido, hodiernamente, os mecanismos consensuais são reconhecidamente apontados como aqueles mais adequados para a solução de conflitos familiares.

Em nenhum momento, esta pesquisa tem o escopo de desvalorizar o trabalho demandista ou realizado nos processos forenses, mas o que será examinado é que se em um Estado Democrático, o processo justo é aquele que se adequa ao direito colocado em questão.

Nessa toada, registra-se o ensino de Kazuo Watanabe¹⁹², o qual afirma que inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado, como ficou acima sublinhado, não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada.

Da mesma forma, a missão constitucional da Defensoria Pública somente estará plenamente cumprida nas questões familistas, quando a Instituição oferecer de forma integral o acesso à justiça. Em outras palavras, quando a Instituição propiciar ao assistido, todos meios disponíveis para a solução extrajudicial.

Assim, a propositura da demanda judicial somente ocorrerá nos casos em que o direito impedir a via extrajudicial (jurisdição voluntária, por exemplo) ou quando frustrada a tentativa de solução consensual.

¹⁹² WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 8.

Quanto à atuação extrajudicial, a Lei complementar n° 80/1994, em seu artigo 4°, aduz a respeito das funções institucionais da Defensoria Pública. Cumpre-se observar, que as alterações trazidas pela Lei n. 132/2009, trouxeram uma nova roupagem à missão defensorial, uma vez que conferiram um teor coletivo no que diz respeito a acompanhar os conflitos de interesse necessitados de forma ampla e mais profunda. Ademais, a Emenda Constitucional n. 80/2014 levou ao texto maior a incumbência da Defensoria Pública em promover os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, abrangendo às diversas demandas a determinação de promover a defesa em todos os graus e espécies.

Esta nova racionalidade funcional diluiu, de uma vez por todas, o estigma individualista e demandista que sempre acompanhou a trajetória da Defensoria Pública e do processo familista. Agora, consolida-se a visão coletiva, preventiva e construtora de novas realidades sociais.

O novo desenho defensorial também é extraído das funções determinantes pela Constituição à Defensoria Pública: Ser expressão e instrumento do regime democrático (art. 134 da CRFB).

Como se vê, a Defensoria Pública possui dever institucional tanto na esfera individual, como sempre reconhecida e na esfera coletiva, como se extrai do novo desenho no ordenamento jurídico (Lei n. 132/09 e Emenda Constitucional n. 80/2014).

Diante disso, no que tange à classificação das funções institucionais, como bem denota o autor, inicialmente, consideram-se Funções Típicas aquelas que tutelam os direitos dos titularizados hipossuficientes econômicos, ou seja, as pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Em contrapartida, as funções atípicas direcionam-se, de forma residual, isto é, as necessidades que não se relacionam com a deficiência patrimonial, sendo esse quesito irrelevante, tendo em vista que a instituição pretende também a defesa de valores.

Diante do quadro, verificam-se as seguintes funções institucionais relacionadas à atuação extrajudicial:

4.1.3.2.1 Prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados

A orientação jurídica independe da instauração de processo judicial ou administrativo. Consiste em prestar aconselhamento, orientação e informação em assuntos jurídicos, esclarecendo dúvidas, para colaborar com os interessados na formação de um acordo.

Trata-se de uma atuação passiva, na medida em que o defensor atua quando provocado pelo assistido acerca de um determinado tema. Também é uma atuação prévia, pois antecede eventual processo judicial.

Nessa toada, é dever do defensor público amoldar as expectativas do assistido, demonstrando os institutos, riscos e tempo do processo, de forma que o interessado compreenda o alcance máximo do processo e o tempo da demanda, de forma a serem afastadas vãs esperanças.

Como exemplo, é dever do defensor público, em uma ação de alimentos, apontar os limites do binômio possibilidade-necessidade, o tempo de um processo, os riscos da improcedência ou de uma sentença citra petita, quando as provas não forem tão favoráveis.

4.1.3.2.2 Busca de solução extrajudicial de conflitos mediante emprego de métodos alternativos

As contendas podem ser resolvidas, excepcionalmente, por meio de autotutela, quando a vontade de uma das partes é imposta a outra; a autocomposição, quando as partes celebram acordo de vontades seja pela desistência da pretensão, pela submissão ou por concessões recíprocas.

Diante disso, verifica-se que a composição de conflitos pode ser mitigada ou solucionada utilizando-se de três institutos, quais sejam: a conciliação, que também conta com o auxílio de um terceiro imparcial, o qual interage com as partes e sugere soluções; A mediação, que conta com o auxílio de um terceiro imparcial, porém, este não opina ou propõe, deixando a cargo das partes a solução; e a transação, que por sua vez, já conta com a avença entre as partes, no entanto, a Defensoria Pública apenas valida o negócio jurídico.

Porém, conforme ensina Diogo Esteves¹⁹³ “em muitos casos, a via consensual resta irremediavelmente obstruída, não sendo possível a

¹⁹³ Ob. Cit. p. 402.

autocomposição do conflito de interesses. Nessas hipóteses, a contenda subsistente entre as partes deverá ser resolvida por intermédio de heterocomposição, onde o terceiro não interessado irá realizar a emissão de juízo de valor acerca da situação conflituosa, decidindo definitivamente a questão. A decisão proferida pelo julgador possui caráter impositivo e substitui a vontade das partes, realizando concretamente os desígnios do direito objetivo”

A heterocomposição, por sua vez, possui duas formas de resolução, sejam elas: a arbitragem, a qual é composta por um terceiro imparcial escolhido pelas partes para dirimir a contenda, sendo que a sentença proferida pelo árbitro não se subjeta a recurso ou homologação do Poder Judiciário. E a outra forma diz respeito à jurisdição, sendo ela uma função estatal exercida por um juiz, resta dotada de coercibilidade e autoexecutoriedade.

4.1.2.2.3 Difusão e conscientização sobre os direitos humanos, cidadania e das normas existentes no ordenamento jurídico

A conscientização evidencia a importância da educação para que a partir do conhecimento dos direitos, haja a busca efetiva deste.

Como afirmado por Mauro Cappelletti ¹⁹⁴, a falta de aptidão para reconhecer um direito exigível é uma das barreiras para o acesso à justiça.

Para tanto, é imperioso que a Instituição adote políticas educacionais destinadas a informar e conscientizar as classes menos favorecidas, não confundindo com a assessoria jurídica que diz respeito à convergência individual para a solução do conflito. Aquela, por sua vez, é dotada de caráter generalista, de difusão de conhecimento jurídico, que pode ser estabelecida através da educação em direitos, tema que tomará item próprio nesta tese.

4.1.3.2.4 Assistência interdisciplinar dos órgãos de apoio

Diante do número variado de demandas levado ao conhecimento do defensor público familista, estas não podem ser analisados exclusivamente

¹⁹⁴ Ob. Cit. p. 22.

sobre a ótica jurídica. Tais conflitos são compreendidos quando observado um tratamento interdisciplinar.

Em razão disso, o *custos vulnerabilis familiae* exige o apoio de uma equipe técnica especializada composta por psicólogos, assistentes sociais, contadores, e se possível, médicos, engenheiros, dentre outros profissionais, para atingir uma maior eficácia no serviço ofertado.

Somente assim, a complexidade das causas será tecnicamente compreendida e a melhor solução para o conflito poderá ser encontrada.

Superada a análise das funções institucionais da Defensoria Pública voltadas à atuação extrajudicial previstas no ordenamento jurídico, passa-se ao exame dos instrumentos de forma específica para solução extrajudicial de conflitos familiares.

4.1.3.2.5 Meios adequados de soluções de conflitos familiares

Como dito anteriormente, a solução extrajudicial de conflito é uma forma de resolução que se destaca por ser mais célere quando comparada à judicialização de ações, haja vista a corrosão patrimonial e processual que envolvem as partes.

Segundo Maria Berenice Dias¹⁹⁵, o acompanhamento das partes na solução de suas controvérsias garante que os sentimentos sejam respeitados, tornando possível a reorganização dos envolvidos, haja vista estarem frente a frente.

Luiz Fernando Guilherme¹⁹⁶ aduz que antes do surgimento das técnicas dispostas a seguir, o autor reorganiza o avanço histórico partindo do estágio naturalista, o qual o homem era dotado de total liberdade, sem qualquer limitação moral e ética, agia como melhor lhe conviesse para resolver suas contendas.

No entanto, devido às inúmeras transformações societárias, o homem decidiu abdicar de certas liberdades e transferi-las a um ente legitimado, cujo poder o permitia tutelar os interesses entre as partes litigantes.

¹⁹⁵ Ob. Cit. p. 96.

¹⁹⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESCs**. Barueri, SP: Manole, 2016, p.8;

Superado um tempo, a evolução social fez com que os indivíduos, de certo modo, dispensassem cada vez mais a proteção estatal para solução dos seus litígios, seja por um modelo falido e burocrático que não é eficaz, seja pela busca de um equilíbrio nas decisões, sem o intuito de vingança ou de punição diretamente relacionados à tutela do Estado e que em nada representam o ideal de justiça, tampouco a almejada paz social.

Como resposta à necessidade exposta, o sistema de justiça encontrou instrumentos eficientes e adequados para dar respostas que tenham como resultado o reequilíbrio social. Nessa senda, torna-se relevante mencionar que¹⁹⁷:

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos (MESCs) surgiram, portanto, como alternativas a um sistema judicante repleto de dificuldades materiais, com a ausência de desenvolvimento tecnológico e instrumentais que estivessem de acordo com o crescimento em outras esferas, e talvez como maior problemática a dificuldade do Poder Judiciário em atender a uma elevada demanda de processos que esse recebia, de indivíduos ansiosos por respostas céleres e eficazes. Os MESCs então significam uma possibilidade de obtenção de justiça que esteja distante da apreciação do olhar do Estado – até então agente com o monopólio do acesso às soluções de lides. Vale dizer que essa opção reúne absolutamente os mesmos elementos essenciais que compõem o Judiciário e reitera que a diferença pode estar no fato de que os MESCs podem apresentar as soluções de maneira mais veloz, evitando desgastes materiais e formais para as partes envolvidas”..

Por oportuno, o autor adverte que tais institutos não são caminhos simplesmente alternativos à justiça ordinária, mas são escolhas reais realizadas pelos interessados dadas as qualidades inerentes aos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Além da vantagem econômica e celeridade, Marcos Gomes apresenta outro aspecto relevante acerca da autocomposição¹⁹⁸: O empoderamento e emancipação social, pois acredita-se existir um verdadeiro direito fundamental aos métodos plurais de solução dos conflitos, cabendo ao defensor público estimular essa nova cultura, a qual legitima e oxigena processos, trazendo consigo um espírito restaurativo e cooperativo.

Entre as atribuições da Defensoria, destaca-se a solução de conflitos através de medidas que substituem a necessidade de ingressar no Judiciário, recorrendo a este apenas em último caso, visto que existem meios adequados

¹⁹⁷ Ob. Cit p. 9

¹⁹⁸ Ob. Cit. p. 294.

que podem ser usados de forma eficaz, como a conciliação¹⁹⁹, a mediação e a arbitragem, além da educação em direitos.

Não custa lembrar que a própria lei reconheceu a vocação da Defensoria Pública em promover prioritariamente a solução consensual de conflitos e, ainda, dispôs que os acordos decorrentes da conciliação ou da mediação são título executivo extrajudicial, forte no art. 4º, II, §4º²⁰⁰ da LONDP. Aliás, a tarefa da resolução extrajudicial possui força constitucional, nos termos do artigo 134 da CRFB.

Ademais, a desjudicialização é uma tendência mundial, a partir do momento em que percebe-se a necessidade de mudança cultural e comportamental.

Ora, a Defensoria Pública é a grande porta de acesso dos cidadãos ao sistema de justiça. Logo, é nesta Instituição em que deve haver o encaminhamento e providências para a solução adequada e extrajudicial, a ponto de transformar, conforme as palavras de Felipe Kirchner²⁰¹, em instância de resolução de conflitos sociais, concretizando a promessa do Estado-Defensor.

Nos conflitos familistas, o esforço por soluções deve ser redobrado, sobretudo quando há filhos, pois as vantagens são diversas.

Em primeiro lugar, a celeridade é prestigiada. Como consabido, o Judiciário tem sido demasiadamente assoberbado, de forma que a tutela jurisdicional, muitas vezes, quando prestada não foi tempestiva. Pais e filhos ficam separados por muito tempo, os alimentos são acertados quando a criança deixou de ter suprida necessidades. Aqui, é indispensável que o defensor público transmita e conscientize o assistido que eventual cautela e busca pela solução

¹⁹⁹ Em 2021, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas realizou 54.284 atendimentos novos na área de família. Do total, 1.380 foram solucionados em acordos na própria Defensoria Pública e outros 16.427 foram levados ao Judiciário, o que totaliza 17.807. O restante (36.477 atendimentos) foram atendimentos que foram encerrados com a orientação jurídica.

²⁰⁰ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]

§ 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público.

²⁰¹ KIRKCHNER, Felipe. **Defensoria Pública como instância realizadora da resolução extrajudicial de conflitos**: Potenciais de atuação institucional na seara da mediação, da conciliação e da arbitragem (p. 255-326). *in* Teoria Geral da Defensoria Pública. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

consensual não atrasa o processo, mas na verdade, a simples atuação demandista só prolongará o conflito, dispensando o problema para o Judiciário.

De mais a mais, a solução consensual produz economia. A movimentação da função jurisdicional é onerosa. Não se trata de negar o acesso ao judiciário, mas até mesmo as partes sofrem desvio produtivo e precisam dispensar recursos financeiros para participar do processo judicial, ainda que não sejam isentas de custas processuais e honorários. Na atividade defensorial, é comum o assistido, em grande parte trabalhadores autônomos da realidade brasileira, lamentar o custo para se deslocar aos fóruns, ou abdicar tem atividades laborais para audiências, ainda que virtuais.

A terceira vantagem das soluções consensuais extrajudiciais é a adequação do procedimento para o caso peculiar. O direito, como ciência do caso concreto, é prestigiado quando as partes possam protagonizar os seus direitos. As relações familistas são continuativas, as partes continuarão a conviver, de maneira que uma decisão judicial é insuficiente para suprir e ter força nas relações, quando esta não está amoldada à realidade dos envolvidos.

Por exemplo, se a pessoa tiver um horário de trabalho incomum ou um rendimento mensal não usual, isso será levado em consideração na resolução do conflito. No momento da elaboração de um acordo, há a possibilidade de se ajustar todas essas particularidades, que dificilmente são delimitadas com clareza em uma sentença judicial.

Decerto, alcança-se uma realização verdadeira e duradoura, visto que as cláusulas que abarcam o direito de convivência dos pais com seus filhos, bem como da obrigatoriedade de sustento, na maior parte das vezes necessitam de adequações como a definição do momento e local que os pais irão apanhar os filhos; o valor e modo de pagamento da pensão alimentícia; o dever de estar sempre portando os documentos dos filhos, etc.

Maria Berenice Dias²⁰² arremata que “certamente não há outro campo em que as técnicas alternativas para levar as partes a encontrar uma solução consensual apresente resultado mais efetivo do que no âmbito dos conflitos familiares: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada

²⁰² Ob. Cit. p. 96.

integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com isso possibilitam que seus membros configurem um novo perfil familiar"

Por isso, a atuação extrajudicial da Defensoria Pública é fundamental. Ciente da importância da solução consensual, é dever (não opção) da Defensoria Pública, enquanto *custos vulnerabilis familiae*, promover ativamente e de forma persuasiva, o envolvimento dos assistidos em mecanismos de soluções consensuais de conflitos.

Obtemperem-se, por oportuno, que a previsão legislativa em apontar a solução extrajudicial de forma prioritária pela Defensoria Pública não é aleatória ou acidental. Por tudo o que foi tratado no capítulo 1 desta tese, a noção de acesso à justiça com mero acesso ao judiciário já foi superada. Assim, disponibilizar de forma prioritária os meios de resolução extrajudiciais para a solução dos conflitos familiares é efetivação da garantia fundamental do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da CRFB/88, o que torna necessário o redesenho da Defensoria Pública no processo de estabelecimento dos meios adequados à solução judicial dos conflitos sociais, tudo conforme o ordenamento vigente - artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94 e artigos 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88.

Além disso, a cultura do litígio deve ser superada. Conforme adverte Boaventura dos Santos²⁰³, a cultura da sentença está presente na mentalidade dos operadores do Direito que, consoante discorre Boaventura de Santos Souza (2007), a partir de sua formação acadêmica conservadora alimentam uma cultura processual, dogmática e adversarial. A cultura da sentença está fomentada no *habitus* dos juristas, na maneira de operar o Direito e conduzir os conflitos instaurados.

Portanto, a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador, é desdobramento lógico da natureza da Defensoria Pública, instituição oriunda do processo da democratização brasileira.

Para tanto, cumpre que o defensor público, enquanto *custos vulnerabilis familiae* desenvolva qualidades necessárias para o êxito da missão

²⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

constitucional. Felipe Kirchner²⁰⁴ enumera algumas diretrizes ao acesso à justiça consensual via Defensoria Pública: (I) comunicação facilitada; (II) preservação de relações sociais continuadas. (III) orientar, informar e educar os interessados; (IV) prevenção de conflitos; (V) estímulo à alteridade; (VI) exposição de ganhos mútuos; (VII) maior controle no resultado final do litígio; (VIII) estímulo e aumento das soluções democráticas pelos interessados; (IX) ampliação do rol de soluções criativas para além do Poder Judiciário; (X) ampliação do contexto de debates para além da questão jurídica; (XI) estímulo à visão pedagógica e positiva do conflito; (XII) inibir precedentes negativos; (XIII) manter da cláusula de confidencialidade.

Na mesma toada, Júlio Azevedo²⁰⁵ aponta 05 (cinco) perfis de atuação extrajudicial comunicantes entre si para direcionar a atuação da Defensoria Pública na justiça consensual: (a) proativo; (b) integrativo; (c) preventivo; (d) interdisciplinar; (e) pedagógico. O autor ainda aponta a necessidade de uma política institucional da Defensoria Pública para tratamentos consensuais de conflitos pode partir de três modelos estimulativo, cooperativo ou autônomo.

No modelo estimulativo, a Defensoria Pública se vale da estrutura (pessoal e administrativa) de outras instituições sem participação efetiva no processo consensual desenvolvido (neste caso há mero encaminhamento);

Por sua vez, no modelo cooperativo, a utilização da estrutura pessoal ou administrativa de outras instituições viria acompanhada da participação do Defensor Público no processo consensual desempenhado (ex.: Cejuscs);

Por fim, no modelo autônomo a Defensoria Pública, por meio de recursos financeiros e administrativos próprios, consolidaria uma política institucional de resolução extrajudicial de litígios, perseguindo de perto finalidades constitucionalmente atribuídas à instituição.

Certamente, das espécies aqui descritas, é no modelo autônomo em que o “custos vulnerabilis” desenvolve o seu perfil. No atendimento aos assistidos da instituição, a Defensoria Pública pode atuar de maneira adequado, evitando a

²⁰⁴ KIRSCHNER, Felipe. **Os métodos autocompositivos na nova sistematização processual civil e o papel da Defensoria Pública**. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 211-212.

²⁰⁵ AZEVEDO, Júlio Camargo de. **A Defensoria Pública e os métodos consensuais de tratamento de conflitos**: proposta de um perfil de atuação renovador diante do Código de Processo Civil de 2015. In: CURY, Augusto. Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 293-303.

monopolização da resolução de conflitos nas mãos da função jurisdicional, mas além disso, cooperando para o alcance de uma solução que valorize a autonomia dos envolvidos.

Todavia, esses mecanismos de conciliação e mediação somente serão exitosos se os assistidos estiverem capacitados, esclarecidos dos seus direitos. Assim, o presente trabalho demonstra que, além de superar a cultura demandista, pouco alcance existirá nas conciliações e mediações se a Defensoria Pública não investir em educação em direitos. Vale dizer, a atuação extrajudicial da Defensoria Pública na solução em conflitos familiares somente será exitosa se houver promoção da educação em direitos, como será demonstrado em item próprio.

Aqui, uma observação deve ser feita quanto à arbitragem, instrumento de solução de conflito extrajudicial, no qual um terceiro eleito pelas partes envolvidas em um litígio, com poderes para decidir sobre uma determinada lide sem a intervenção direta do Estado- juiz.

Nos conflitos, familistas, a doutrina considera a possibilidade do uso da arbitragem, todavia em situações limitadas, em razão da vedação prevista no artigo 852 do Código Civil²⁰⁶, conforme afirma Francisco Cláudio de Almeida Santos²⁰⁷:

[...] no direito de família, a arbitragem, então, terá lugar, a uma, na partilha dos bens do casal, em face do divórcio, no casamento, ou do distrato ou desfazimento da união estável, e, a duas, na fixação do quantum dos alimentos entre os cônjuges ou companheiros. São estas as hipóteses de utilização da arbitragem no direito das famílias.

Quanto à aplicabilidade da arbitragem para fixação dos alimentos, importante citar a lição de Carlos Alberto Carmona citada por Francisco Almeida Santos. O autor adverte que não é possível excluir, de forma absoluta, as questões de direito de família da arbitragem, e lança seu entendimento:

[...] se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão)²⁰⁸

²⁰⁶ Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

²⁰⁷ ALMEIDA, Francisco Cláudio de. **A Arbitragem no Direito de Família in Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/310.pdf>. Acesso em 28 set. 2022, p. 365

²⁰⁸ Ob. Cit. 367

Como se vê, a arbitragem é cabível diante de conflitos familistas, respeitadas as peculiaridades próprias.

Todavia, na atuação defensoria, este autor não considera, na quadra atual, a arbitragem como um meio a ser adotado pela Defensoria Pública na solução de conflitos envolvendo direito de família, visto que os assistidos da Defensoria Pública, a estrutura atual existente na Instituição, os casos envolvidos (regulamentação da convivência familiar, em sua grande maioria) não estarem entre os objetos da arbitragem, razão pela qual, malgrado ser reconhecida como um mecanismo de solução extrajudicial em conflitos familistas não está abrangida pelo *custos vulnerabilis familiae*.

Esclarecida a importância dos instrumentos extrajudiciais para soluções de conflitos familiares, passa-se ao exame de cada um:

4.1.3.2.5.1 Conciliação

Na resolução de conflitos, a Defensoria Pública pode se valer da conciliação, que é o meio pelo qual, o conciliador atuará como facilitador, apresentando proposta e condições para que as partes consigam chegar a um acordo que satisfaça a ambas as partes.

Segundo Gustavo Congosinho²⁰⁹, a conciliação exige “apenas que a proposta seja aceita pelas partes as condições para a elaboração de um acordo”. Nesta modalidade, a terceira pessoa pode adotar uma posição mais ativa, todavia, neutra e imparcial.

A conciliação, em especial, é um processo consensual breve que propicia a restauração, dentro dos limites possíveis, do diálogo entre os envolvidos.

A conciliação é o primeiro mecanismo extrajudicial a ser apresentado porque em muitas ocasiões, os envolvidos demonstram interesse em chegar a uma solução. Entretanto, esta não ocorreu entre eles porque a carga de ressentimentos, a dificuldade no diálogo e até mesmo, a ausência de uma proposta clara, objetiva impede a pacificação.

²⁰⁹ Ob. Cit. p. 105.

Quanto à ocorrência da conciliação na fase extrajudicial, Cássio Scarpinella²¹⁰ pondera:

A conciliação pode ser realizada *extrajudicialmente*, isto é, fora do plano do processo e, portanto, sem a participação do magistrado, hipótese em que o acordo poderá ser homologado judicialmente, assumindo, com essa chancela do Estado-juiz, *status* de “título executivo *judicial*”, isto é, ele passa a fazer as vezes de uma sentença proferida pelo próprio Estado-juiz. É o que está previsto no inciso III do art. 515 do Código de Processo Civil, cabendo às partes interessadas nessa *transformação* do seu ato negocial se valerem do *procedimento* estabelecido pelos arts. 720 a 724, consoante estabelece expressamente o inciso VIII do art. 725, todos do Código de Processo Civil.

Nesse cenário, surge a conciliação familista. O primeiro passo é colaborar, construir um diálogo mínimo para que as necessidades de cada um sejam demonstradas e, o conciliador possa tentar esclarecer de forma concreta, transformando em uma proposta objetiva que podem ser analisada pelas partes.

A conciliação, quando estimulada pela instituição, além da criação de tempo e espaço adequados pode permitir que todas as vantagens da solução extrajudicial e consensual sejam alcançadas, sobretudo quando os dilemas envolvem valor e forma do pagamento, deveres educacionais e rotina das crianças.

A conciliação resgata, estimula a comunicação necessária para o desenvolvimento da parentalidade, ao tempo em que é o mecanismo mais fácil para alcançar um denominador comum.

4.1.3.2.5.2 Mediação

A mediação consiste na construção de um processo colaborativo, no qual estimula-se o diálogo e a construção criativa da solução pelos próprios envolvidos. Nesta modalidade, os sentimentos conflitantes são dialogados, de forma que as partes compreendam o conflito.

A mediação valoriza a autonomia e solidariedade, uma vez que as propostas e decisões não são feitas pelo mediador. Decerto, os interessados de forma responsável elegem suas próprias escolhas.

²¹⁰ Ob. Cit. p. 51.

Por oportuno, pela própria topografia desta tese, a mediação aqui estudada é aquela ocorrida na fase extrajudicial, a qual neste particular está disciplinada pela Lei n. 13.140/2015, diploma que estabelece um procedimento para sua realização em seus arts. 14 a 23, estabelecendo importantes pontos de contato com o processo jurisdicional, máxime quando a atuação do Estado-juiz se faz necessária para garantir os resultados desejados pela mediação.

Diferentemente da Conciliação, as partes envolvidas já possuem laços afetivos, cabendo ao mediador dirimir os conflitos e tentar criar um ambiente mais favorável ao diálogo, sendo que desta vez ele não apresentará propostas.

Nesse aspecto, importa que a Defensoria Pública também desenvolva atividades de capacitação dos membros e servidores que irão atuar na mediação. É fundamental que o mediador tenha percepção do conflito, sua origem, os sentimentos, a maneira que o conflito é encarado pelos envolvidos e como estes lidam com a situação. Walsir Rodrigues Júnior²¹¹ identifica os comportamentos possíveis de como os envolvidos lidam com o conflito:

[...] no comportamento de *fuga* – ambas as partes desviam-se da questão, optando por não resolvê-la; na *competição* – cada parte busca a satisfação das suas necessidades, em detrimento do outro; na *acomodação* – uma parte busca atender os interesses da outra. Negligenciando as suas próprias necessidades; no *compromisso* – implica concessões de ambas as partes, em busca de uma solução parcial que as beneficie; na *colaboração* – envolve o enfrentamento do conflito, na tentativa de se alcançar uma solução que satisfaça, realmente, as partes.

Como se vê, a mediação é um meio consensual mais amplo e complexo, que envolve a reconstrução das relações desgastadas, o refazimento de laços, a fomentação e amadurecimento do diálogo, e, sobretudo, a valorização das partes envolvidas no conflito.

O mérito da mediação parte do restabelecimento da comunicação que se perdeu, ou que está fragilizada, entre as partes, devolvendo-lhes, desta forma, a autonomia para conduzir os problemas pessoais e possibilitando a minimização dos conflitos.

A mediação diferencia-se das práticas de jurisdição tradicionalmente empregadas exatamente porque leva em consideração o pluralismo de valores, a presença de diversificados sistemas de vida alternativos e sua finalidade

²¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 42

precípua consiste em reabrir os canais de comunicação que foram fechados e reconstruir laços sociais que, muitas vezes, estão vulneráveis.

A proposta é pensar a mediação não somente como meio de acesso à justiça que aproxima o cidadão comum e “desafoga” a função judiciário, mas também, desvincular-se do objetivo quantitativo do tratamento dos conflitos, chamando a atenção para a qualidade e eficácia nas resoluções destes.

Águida Arruda Barbosa²¹² descreve a mediação familiar como um instrumento utilizado para concretizar os ideais de distribuição de justiça, enfatizando as diferenças através do acolhimento e reconhecimento do conflito.

A autora assevera os fundamentos da mediação familiar como prática social, demonstrando a efetiva função do sistema de justiça na tratativa de demandas familiares. Com isso, ao tratar do direito de família, a resolução dos conflitos vai muito além da simples materialização objetiva, pois quando “vestígios de amor” vão parar no judiciário um método como a mediação pode preservar os laços e a estrutura familiar.

Beatriz Helena Braganholo²¹³ defende a mediação familiar como escopo, pois, tendo a família como destinatária de proteção especial, cabe ao Estado legislar para garantir a paz social nos processos envolvendo conflitos familiares.

Nessa toada, o Código de Processo Civil avançou significativamente, ao tempo em que trouxe um desafio.

Na primeira oportunidade, a Lei adjetiva orienta que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial – art. 3º, §3º.

No entanto, o regramento geral é renovado na parte específica das ações de família, ao determinar que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de

²¹² BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar**: Instrumento para a Reforma do Judiciário. In EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.) Direito das famílias: em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 386.

²¹³ BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. **Novo desafio do direito de família contemporâneo**: a mediação familiar. Revista CEJ, Brasília, n. 29, p. 70-79, abr./jun., 2005, p. 73.

profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação – art. 694 do CPC.

De mais a mais, cumpre notar que, caso as partes queiram desenvolver tentativas de conciliação e mediação extrajudicial, o processo judicial será suspenso, sem a limitação temporal de 6 (seis) meses prevista no artigo 313, II, §2º, do CPC.

Como se vê, a mediação na área familista possui estatura e atenção próprias, dada a especificidade do direito de família.

A participação de todos os envolvidos nesse processo de mediação deve ser garantida de maneira isonômica. Para tanto, o preparo de todos se torna fundamental para que haja êxito ao final da sessão, devendo ser trabalhado o preparo de todos os profissionais envolvidos no processo, bem como as próprias partes, saindo do senso comum na busca do diálogo e consenso para resolução de suas demandas.

Nesse trilhar, a mediação é inserida como sendo a melhor maneira de resolução de conflitos familiares, afinal se propõe a resolver problemas emocionais, proteger a relação entre os envolvidos, por meio da intervenção do mediador, na busca dos objetivos, tudo em respeito à autonomia do indivíduo.

Todavia, um alerta deve ser pontuado: Migrar de uma cultura fortificada em raízes demandistas, antagônicas para uma nova maneira de solucionar conflitos é desafiador. Demandará tempo e exigirá adaptações dos operadores do direito, da própria sociedade, principalmente dos litigantes envolvidos em demandas familiares e das instituições, incluída aí, a Defensoria Pública²¹⁴.

Pensando em algumas relações conflitivas que muitas famílias vivenciam, considera-se a mediação e, mais especificamente, a mediação intermediada pela Defensoria Pública, uma alternativa de resolução de controvérsias nesse contexto que mais se aproxima da missão constitucional da Defensoria Pública na solução de conflitos familiares.

²¹⁴ LIMA, Flávio Pereira. **Relexões sobre o novo CPC: a mediação e a advocacia**. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/reflexoes-sobre-o-novo-cpc-a-mediacao-e-a-advocacia>. Acesos em 13 set. 2022.

Daí o Defensor Público é o verdadeiro “construtor de pontes” entre os envolvidos para a criação do ambiente favorável a desarmar conflitos, permitindo que as próprias partes sejam sujeitos ativos na construção de acordo plausível.

Como se vê, a mediação se apresenta um importante mecanismo de resolução de conflitos no direito de família, pois reconhece e estimula o protagonismo das partes na tratativa de seus litígios, bem como a missão promocional da Defensoria Pública, na promoção dos direitos humanos e fortalecimento da democracia.

4.1.3.2.5.3 Negociação

A negociação é o único instituto que não contém em sua essencialidade o uso de um terceiro, isto é, é ausente essa figura como ente corroborador com a justiça e com a finalização da lide. E por não existir a mediação de um terceiro no enlace, é necessário que haja o comprometimento das partes com o objetivo de finalizar a disputa.

Segundo Fernando Tavares²¹⁵, “na negociação os conflitantes ‘se encontram diretamente e, de acordo com as suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento”.

Nesta modalidade, a Defensoria Pública pode atuar com o fornecimento de espaços para que os envolvidos, após a orientação jurídica, encontrem uma solução.

Como se vê, a missão constitucional da Defensoria Pública na busca adequada para a solução extrajudicial de conflitos familiares pode ser cumprida através de diversos instrumentos.

4.1.3.2.5.4 Educação em direitos

²¹⁵ TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual de Arbitragem e Mediação: Conciliação e Negociação, 4. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42

A Defensoria Pública atende diariamente grande número de pessoas que objetivam solucionar seus problemas familiares²¹⁶. Porém, a prática revela que muitos conflitos são solucionados com a orientação jurídica e até mesmo, com a participação em eventos, projetos de educação em direitos.

Quanto à nomenclatura, importante distinção é feita por Arion Godoy²¹⁷:

Penso que de forma semelhante se passa com a utilização de educação *em direitos* e não apenas jurídica ou pedagogia jurídica. Primeiro, porque *jurídico* remete, no imaginário social, a certo formalismo (fórum, Direito, toga). Segundo, porque argumento que, para o público da Defensoria, em geral, pessoas vulnerabilizadas, o Direito sempre foi utilizado para puni-lo, encarcerá-lo, desalojá-lo. Em minhas observações cotidianas, raramente tive a impressão de que o Direito ou a justiça fossem algo acolhedor – tanto que, no senso comum, para muitas pessoas, “ser chamado no fórum” é razão de vergonha ou se afirma em dito popular que, “aos inimigos, a lei”. Terceiro, porque a ênfase nos direitos pode auxiliar para refundar essa experiência ou relação com o Direito que, como afirmado, é alicerçado na opressão.

O autor ainda justifica a distinção em razão de os estudos relativos à educação jurídica normalmente enfatizarem análises que envolvem o ensino do Direito, habitualmente, nas instituições de ensino superior, o que é distinto do que enfoco nesta investigação, ainda que haja comunicação entre algumas abordagens e pressupostos.

Por fim, Arion Godoy²¹⁸ distingue a “educação em direitos” da denominada “educação em direitos humanos”, pois a primeira abrange temáticas que vão muito além das tradicionais abordagens tributárias à tradição iniciada na Carta de 1948, tanto no que diz respeito ao já debatido caráter colonial desses.

Dessa forma, a educação em direitos consiste em um processo de aprendizagem, de esclarecimentos no qual o cidadão é conduzido à compreensão das possibilidades e dos limites do Direito para a solução de seus conflitos ou para a reivindicação de seus direitos²¹⁹.

Assim, entende-se que o tema é importante, pois, é função institucional da Defensoria Pública promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico – art. 4º, III, da Lei Complementar n. 80/94;

²¹⁶ Em 2021, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas realizou 284.584 atendimentos. Do total, 134.877 atendimentos foram na área de família, o que equivale a 47,39%. Fonte: Diretoria de Planejamento da DP/AM.

²¹⁷ Ob. Cit. p. 48

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ GODOY, Arion. Ob. Cit. 93.

A educação em direitos, sem dúvida, consiste em medida preventiva e coletiva da Defensoria Pública para superação de conflitos. É preventiva porque consciente dos limites dos direitos, o cidadão evita litígios e naqueles irremediáveis, busca dentro de sua autonomia e autorresponsabilidade à solução adequada. É coletiva porque em cada palestra, entrevista, podcast²²⁰, vídeos, entre tantos instrumentos, a Defensoria Pública chega a uma quantidade considerável e indeterminada de pessoas (como acontece em programas via internet, rádio e TV). Sem dúvidas, trata-se da atuação coletiva da Defensoria Pública no direito das famílias.

Percebe-se que a educação em direitos efetiva a própria democracia, na medida em que esta não se satisfaz com a mera oportunidade de dar voz ao povo, mas se substancia quando o povo é alcançado, robustecido com todos os meios necessários para protagonizar seus direitos de forma consciente e fundamentada.

Para tanto, na educação em direitos, a Defensoria Pública almeja que o cidadão estabeleça compreensão jurídica. Para tanto, utiliza de uma linguagem mais acessível ao público alvo, deixando de lado o “juridiquês”, com o objetivo de ampliar o grau de confiabilidade na Defensoria e esclarecer sobre as alternativas administrativas que podem ser tomadas sem a necessidade da judicialização.

Lado outro, importa notar que a promoção da educação em direitos seja desenvolvida de forma dialógica. Arion Godoy alerta que a educação em direitos não se pode pretender asséptica, distante. Segundo o autor, sem a presença, a escuta e a sensibilidade que permita a compreensão das causas e das consequências subjetivas e sociais deste tipo de realidade, é inviável o estabelecimento de um vínculo, de uma conexão intersubjetiva, que é indispensável para o projeto que é defendido, como já argumentei²²¹.

Como efetivação da educação em direitos, é imperioso que a Defensoria Pública implemente projetos direcionados a crianças e adolescentes em escolas,

²²⁰ A Defensoria Pública desenvolve o podcast #PodDefender com a finalidade de promover educação em direitos à comunidade. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iiebega_7Wc Acesso em 12 set. 2022.

²²¹ Ob. Cit. 73

trabalhadores, comunidades, universidades, a fim de que estes possam atuar de forma preventiva como multiplicadores em seus grupos sociais.

Domingos Costa e Arion Godoy²²² consideram a educação em direitos, não como uma simples opção, mas uma atividade fundamental para a própria democracia:

A educação em direitos é de ser compreendida como pressuposto indissociável de uma verdadeira democracia... Certo é que, sem um trabalho sério de educação em direitos, a população brasileira jamais estará apta a transformar os direitos que entende como concedidos em verdadeira conquista, o que envolve um trabalho de conscientização e apropriação de esses direitos ao ponto de o indivíduo ser capaz de instrumentalizá-los em seus esforços políticos de transformação de sua realidade subjetiva e social, convertendo-se, assim, cidadão, responsável tanto pelo seu futuro, quanto pelo da sociedade que integra.

Visando mitigar os efeitos dos conflitos familiares, mister se faz também ressaltar a importância da realização de um trabalho preventivo, com a educação de pais e filhos, para que estes sintam-se mais preparados a enfrentar problemas de tal natureza através de uma melhor compreensão sobre o assunto.

A atuação dentro das comunidades também é uma forma eficaz de prevenção destes conflitos. Com a implantação do curso de defensores populares²²³, lideranças comunitárias atuam como multiplicadores em casos que envolvessem violência doméstica e conflitos familiares.

A importância do desenvolvimento da educação em direitos como estratégia indispensável pela Defensoria Pública é salientada por Arion Godoy²²⁴:

A extraordinária relevância da educação em direitos decorre sobremaneira do fato de que há variados repertórios simbólicos entre as pessoas que procuram acessar o sistema institucionalizado de justiça, notadamente por meio da Defensoria Pública, e os respectivos sujeitos que estão ligados à máquina judiciária, tais como juízes, promotores, advogados, defensores. Tal constatação impõe uma atenção à dimensão comunicativa do Direito.

A Defensoria Pública desenvolve programas voltados para temas relacionados aos conflitos familiares, como medida preventiva e/ou anterior ao

²²² COSTA, Domingos Barroso da. Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva./ Domingos Barroso da Costa, Arion Escorsin de Godoy./ Curitiba: Juruá, 2014, p. 337.

²²³ Curso de defensores populares do Amazonas encerra com participação de 80 pessoas. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=22499>. Acesso em 13 set. 2022.

²²⁴ Ob. Cit. p. 49.

atendimento individualizado e das sessões de conciliação. Destacam-se o curso de defensores populares e o programa “Filhos par Sempre”²²⁵. O primeiro dedica-se a difundir noções básicas do Direito das Famílias para a comunidade. Por sua vez, o segundo ocorre antes do atendimento inicial e procura esclarecer pontos básicos acerca do guarda compartilhada, alienação parental e importância da solução dialogada dos conflitos.

Dessa forma, os assistidos possuem conhecimento mínimo sobre os direitos discutidos de forma que se sentem mais confortáveis para protagonizarem seus destinos. Assim, a Defensoria Pública cumpre sua missão constitucional de promover a emancipação dos cidadãos vulneráveis diante dos conflitos familiares.

Como se vê, a educação em direitos é fundamental para a própria autonomia do sujeito, como propulsora da solução dos conflitos familiares, pois só ela permite que os assistidos compreendam de forma clara as vantagens, os limites e as consequências dos acordos firmados.

4.1.3.2.6 Linhas conclusivas sobre o *custos vulnerabilis familiae* na atuação extrajudicial

O marco teórico estabelecido até então consistente no *custos vulnerabilis* pela sua missão constitucional de defesa dos vulneráveis e da função interveniente no processo passou a ter um novo significado.

Após analisar a legislação atinente, verificou-se que, de fato, a Defensoria Pública possui atribuições peculiares na seara familista que justificam o reconhecimento do *custos vulnerabilis familiae*.

Apurou-se que a Constituição da República determina que a defesa dos direitos dos necessitados deve ocorrer tanto na via judicial, quanto na via extrajudicial.

Ademais, o exame das funções institucionais previstas na Lei Orgânica da Defensoria Pública cotejada com a análise das transformações ocorridas no

²²⁵ Projeto Filhos para Sempre orienta pais e mães em divórcio para garantir bem-estar dos filhos. Disponível em <https://www.defensoria.am.def.br/post/projeto-filhos-para-sempre-orienta-pais-e-m%C3%A3es-em-div%C3%B3rcio-para-garantir-bem-estar-dos-filhos>. Acesso em 13 se. 2022.

direito de família, o qual tem como premissa a autonomia impõem à Defensoria Pública uma nova sistematização dos atendimentos dos assistidos em tal seara.

Em razão disso, cabe à Defensoria Pública, antes da propositura de ações judiciais, promover o acesso à justiça de forma substancial, a saber: Prestar a assistência jurídica; Buscar a solução do conflito de forma consensual e promover ativamente a conscientização de direitos humanos relacionados à importância do consenso, bem como oferecer a assistência disciplinar aos assistidos.

Ao fim deste capítulo, percebe-se que os meios adequados à solução de conflitos familiares (sobretudo mediação e conciliação) não podem ser tratados como mera opção ou realizados de forma acidental na Defensoria Pública.

Decerto, evidenciou-se que a proposta do *custos vulnerabilis familiae* consiste em propor uma nova sistematização à Defensoria Pública, de forma que ao cumprir sua missão constitucional de promoção das famílias vulneráveis, ofereça prioritariamente e com qualidade (tempo, espaço, profissionais capacitados) os meios adequados e consensuais de solução de conflitos familiares.

De mais a mais, conclui-se que tais instrumentos consensuais somente serão eficazes se a disponibilização for acompanhada de educação em direitos, pois esta tem o poder de promover a democratização do conhecimento mínimo à coletividade, o contribui prevenir litígios, bem como permite que o cidadão protagonize os seus direitos.

Portanto, a presente tese propõe o *custos vulnerabilis familiae* como uma sistematização da atuação extrajudicial da Defensoria Pública diante dos conflitos familiares configurada na propiciação de educação em direitos e oferecimento adequado dos meios consensuais de solução de conflitos antes do oferecimento da via judicial, pois somente assim o acesso à justiça será substancial e de qualidade às famílias vulneráveis.

CONCLUSÃO

A tese teve por objeto estudar a missão constitucional da Defensoria Pública na solução dos conflitos familiares: *O custos vulnerabilis familiae*. Em razão disso, a pesquisa iniciou com o exame do direito fundamental de acesso à justiça.

A ideia de direitos fundamentais somente passou a ser reconhecida como contrapartida ao poder do povo outorgado ao Estado. Todavia, tal reconhecimento não foi estanque e imediato. Os direitos fundamentais foram e estão evoluindo em dimensões.

Na primeira dimensão, os direitos fundamentais foram tratados como um dever do Estado se abster diante das liberdades individuais, políticas e civis dos cidadãos. Na segunda dimensão, surge um atuar positivo, na medida em que Estado é obrigado a prestar direitos sociais, econômicos e culturais. Na terceira dimensão, as necessidades do indivíduo passam a ser tuteladas como integrante da humanidade passam a ser compreendidas de forma coletiva. Todo esse avanço foi ainda percebido no Século XIX.

Na contemporaneidade, por sua vez, a pesquisa identificou as discussões relacionadas à proteção do ser humano à (4ª dimensão) e o direito à paz (5ª dimensão).

O estudo foi necessário para compreender que os direitos estão em constante evoluções e também passam a ter ressignificações no decorrer da história. Daí, percebe-se que o acesso à justiça não pode ser visto com mero acesso ao judiciário, uma abstenção do Estado, mas deve ser compreendido como uma política pública fundamental para o desenvolvimento de outros direitos.

Nessa toada, observou-se que a Constituição de 1988 estabeleceu o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, mas também a assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados via Defensoria Pública (modelo *salaried staff*), pois o investimento na instituição é capaz de superar os obstáculos do acesso à justiça enumerados por Mauro Cappelletti.

A partir daí, compreendeu-se o desenho da Defensoria Pública, a partir do perfil constitucional após a Emenda Constitucional n. 80/2014, bem como a legislação infraconstitucional. A Defensoria Pública, sobretudo com a alteração advinda da Lei n. 132/09, que alterou a Lei Complementar n. 80/94 – LONDP, teve fortalecido o papel prioritário em resolução de conflitos pela via consensual e extrajudicial. Além disso, incumbiu a instituição de promover a conscientização de direitos humanos, ou seja, a educação em direitos.

Como se vê, até então, o acesso à justiça tem sido ressignificado, cabendo ao Estado promover política pública através da Defensoria Pública para propiciar a assistência jurídica e adequada à solução dos conflitos.

A pesquisa seguiu em analisar as transformações ocorridas no direito das famílias. Desde a ideia monista até a pluralidade existente entre os arranjos familiares, desde o modelo patriarcal à busca da igualdade substancial de gêneros. Tudo isso, para compreender que a convivência familiar deve ser equilibrada entre pais, pois com o reconhecimento da criança como sujeito de direitos e emancipação da mulher, o homem deve exercer a parentalidade responsável e a criança tem direito fundamental à convivência familiar, o que deve ser incentivado pela família, pela sociedade e pelo Estado

Nessa pegada, as alterações do ordenamento jurídico acerca do antigo pátrio poder revelaram que este deve ser reavaliado para que culturalmente a sociedade entenda que a relação dos pais com os filhos não se materializa em poder, sujeição, mas consubstancia-se em verdadeira “função parental”, expressão que deve substituir o “poder familiar”.

Também se observou que a própria existência do instituto da guarda merece ser rediscutido, ou até mesmo superado, pois considerando que a guarda não encerra ou interfere na função parental (“poder familiar”), deve-se prestigiar o conteúdo, a forma de como a convivência será regulamentada, não o mero título, rótulo ou domicílio, pois a sua permanência, gera o engano que a guarda unilateral, desobrigaria ou outro dos deveres decorrentes da parentalidade e o guardião de ser o único a ter o poder decisório sobre os filhos.

Quanto á autonomia, a pesquisa preocupou-se em estabelecer as distinções entre liberdade, autonomia da vontade até chegar a compreensão própria da autonomia privada, como premissa da condição da humana e de todos os princípios do direito de família, os quais foram analisados nesta tese, para

que fique compreendido que a atuação do defensor público na solução do conflito familiar deve sempre prestigiar a autonomia dos indevidos, inclusive na forma em que constituem suas famílias, bem como na solução dos conflitos.

Obtempere-se, por oportuno, que o Estado-defensor deve estar atento para que os atendimentos prestigiem a dispositividade, bem como resguarde o respeito a construção dos acordos que tocam as relações privadas.

No entanto, frise-se que o presente trabalho adotou a expressão “intervenção mínima”, pois esta traduz de forma profunda, a relação do Estado nas relações familiares. Ora, se de um lado, o Estado não deve lançar conceitos ou impor vontades no arranjo afetivo que as pessoas querem desenvolver, no regime de bens e nos motivos para sua alteração, a orientação sexual das pessoas, a escolha pelo divórcio, do outro lado, o Estado deve prover políticas públicas para a proteção dos vulneráveis existentes no núcleo familiar.

Em razão disso, cabe à Defensoria está atenta para que na atuação extrajudicial, a autonomia e todos os princípios decorrentes que norteiam o direito das famílias sejam observados.

Nesse aspecto, o ponto que responde à problemática passou a ser respondido, pois ficou evidenciado que o *custos vulnerabilis familiae* possui existência própria, pois, originado do marco teórico até então existente, o instituto ganha nova conotação, na medida em que surge para a Defensoria Pública, o dever de propiciar e disponibilizar aos assistidos os meios adequados à solução de conflitos familiares, pois estes prestigiam a autonomia.

Dessa forma, a conciliação e a mediação devem ser prioritariamente valorizadas, seja pela administração institucional, seja pelo órgão de atuação. Ora, a solução extrajudicial não deve ocorrer apenas quando os assistidos apresentarem um acordo pronto para ser materializado em título extrajudicial, mas deve existir um esforço, uma política institucional persuasiva e favorável, com tempo e espaço para que os instrumentos sejam operados. Note-se que, de forma alguma, tal esforço não deve ser efetivado por imposição da solução extrajudicial, pois se assim o fosse, a autonomia deixaria de ser um argumento, mas um pretexto para coagir as partes.

Ademais, o trabalho também contribui para a academia e para o desenvolvimento da Defensoria Pública ao apresentar a educação em direitos como um meio adequado de solução de conflitos familiares. Ora, a

conscientização cidadã desenvolvida de forma programada e planejada será aquela capaz de efetivar o dever de atuação coletiva das famílias vulneráveis e contribuirá para que os necessitados, a partir da compreensão dos institutos de direitos de família poderá compreender o alcance e os limites dos seus direitos. Ademais, a educação em direitos possui outra vantagem. A formação cidadã permite que indivíduos reflitam sobre suas condutas, de forma que a partir da compreensão jurídica mínima, ocorra a solução preventiva de conflitos familiares, além de que as pessoas se tornam autorresponsáveis e predispostas a protagonizar os seus direitos em acordos conscientes, de forma que isso a tão almejada transformação cultural do consenso e da colaboração.

Ao fim e ao cabo, a pesquisa conseguiu responder a problemática que despertou a produção desta tese: Como a Defensoria Pública pode exercer de forma qualitativa a sua missão constitucional na solução de conflitos familiares? Através dos meios adequados da conciliação, mediação e educação em direitos, pois estes são os instrumentos que atendem a autonomia dos indivíduos, tem-se demonstrado como meios adequados para demandas continuativas, tais como a relação entre pais e filhos, sem falar na cooperação para o movimento de desjudicialização. Decerto, a missão constitucional da Defensoria Pública somente será efetivamente cumprida no direito de família, quando esta desenvolver e disponibilizar aos assistidos os meios adequados à solução dos conflitos familistas, quais sejam: A conciliação, a mediação e a educação em direitos.

D'outra banda, a pesquisa desperta o interesse em desenvolvimento de novos estudos para o desenvolvimento da atuação extrajudicial em outras áreas do direito, como já enfrentando em matérias coletivas, familiares, mas alcançar questões cíveis, consumeristas e fundiárias. No direito da infância, a pesquisa se propõe a servir como base, para o aprofundamento da justiça restaurativa nos conflitos escolares e aos adolescentes em conflito com a lei, de forma a deixar claro o significado efetivo do novo acesso à justiça democrático, deixando a remessa do conflito à judiciário (via demandista), tão somente quando todas as possibilidades extrajudiciais estiverem frustradas.

Portanto, revela-se fundamental o presente estudo acerca do direito fundamental à assistência jurídica gratuita e integral, da noção democrática e

substancial do acesso à justiça, bem como de novos meios adequados à soluções de conflitos familiares.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família: angústia e aflição nas relações familiares**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

ALMEIDA, Francisco Cláudio de. **A Arbitragem no Direito de Família in Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/310.pdf>.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Cleber Francisco; GONZALEZ, Pedro. **Defensoria Pública no Século XXI**. Rio de Janeiro, 2017. Lumen Juris Direito.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **A Defensoria Pública e os métodos consensuais de tratamento de conflitos: proposta de um perfil de atuação renovador diante do Código de Processo Civil de 2015**. In: CURY, Augusto. Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 293-303.

BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. 2021. Editora Juspodivm.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. CASAS MAIA, Maurilio. **Idosos e Planos de Saúde: Os Necessitados Constitucionais e a Tutela Coletiva Via Defensoria Pública – Reflexões sobre o conceito de Coletividade Consumidora após a ADI 3943 e o ERESP 1192577**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, p. 201-227, Jul.-Ago. 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: Instrumento para a Reforma do Judiciário**. In Ehrhardt Júnior, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.) *Direito das famílias: em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BARROS, Sérgio Resende. **A Tutela constitucional do afeto**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf>>. Acesso em: 8 Fev. 2020.

BRAGANHOLE, Beatriz Helena. **Novo desafio do direito de família contemporâneo: a mediação familiar**. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 70-79, abr./jun., 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18/10/2019.

Brasil. Lei Complementar nº80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso: 18/10/2019.

Brasil. Lei Complementar nº132, de 07 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso: 18/10/2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1 : teoria geral do direito processual civil : parte geral do código de processo civil. 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BURGUER, Adriana Fagundes. KETTERMANN, Patrícia. LIMA, Sérgio Sales Pereira. **Defensoria Pública: O reconhecimento Constitucional de uma metagarantia**. Brasília: ANADEP, 2015.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do direito de família codificado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2019.

CASAS MAIA, Maurilio. **O princípio da afetividade e seus impactos no Direito das Famílias** - e um pouco mais: uma breve incursão na tutela do afeto familiar na área penal. IN: CORDEIRO, Carlos José, GOMES, Josiane Araújo. *Temas contemporâneos de Direitos das Famílias*. São Paulo: Editora Pílares, 2018, 259-277.

CASAS MAIA, Maurilio. **A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil (NCPD)**: Primeira Análise. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 265, p. 301-341, Mar. 2017.

_____. **A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88**: Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. In: ROCHA, Bheron. CASAS MAIA, Maurilio. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 57-78.

_____. **Justiça consensual e Defensoria Pública multiportas: o Caso Brumadinho, o acesso à Justiça e as necessidades jurídicas** in *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais* nº 6. p. 135=151.

_____. **Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem & progresso**. *Revista dos Tribunais*. vol. 986. ano 106. p. 27-61. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial. Proposta para uma discussão conceitual** in: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012

CORDEIRO, Carlos José. **Do Direito das Famílias:** introduzindo o tema da afetividade familiar. *In:* CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Org.). Temas Contemporâneos de Direito das Famílias. Vol. I. São Paulo: Pillares, 2013, p. 21-33.

CORGOSINO, Gustavo. **Defensoria Pública:** Princípios Institucionais e Regime Jurídico. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2 ed, 2014.

COSTA, Judith Martins. **Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 789, p. 21-47, Jul. 2001.

COSTA, Domingos Barroso da. **Educação em direitos e defensoria pública:** cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva./ Domingos Barroso da Costa, Arion Escorsin de Godoy./ Curitiba: Juruá, 2014.

COSTA, Domingos Barroso da, Godoy, Arion Escorsin. **A Defensoria Pública enquanto pressuposto de democracia no Brasil:** reflexões sobre o compromisso institucional com acesso à justiça a partir da atuação na educação em direitos em fomentos às soluções autocompositivas de conflitos (p. 327/352) *in* Teoria Geral da Defensoria Pública. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

COSTA, Susana Henriques da. **Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo.** Civil Procedure Review, v.7, n.2: 38-68, may.-aug., 2016.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. **A Defensoria Pública.** In: IV ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E III ENCONTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, v. 4, n. 4 (2008). Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1842>>. Acesso em: 16 ago. 2019.

DA ROSA, Paulino Conrado. **Curso de Direito de Família Contemporâneo.** 4ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Restrições da Lei de Mediação atrapalham sua aplicação no Direito de Família.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia>. Acesso em: 27 out. 2020.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia?** in PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

EHRHARDT JÚNIOR. Marcos. ANDRADE, Gustavo (Coord.). **Direito das Relações Familiares Contemporâneas.** Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Belo Horizonte: Fórum. 2019.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

ESTEVES, Diogo, SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESTEVES, DIOGO. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas.** In: FARIAS, Cristiano Chaves de. Escritos de direito e processo das famílias: novidades polêmicas. Salvador: JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** 10ª. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO. **Curso de direito civil: famílias.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2017

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça. **A DUPLA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA PÓS-DIVÓRCIO:** Uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro. Editora D'Plácido. 2020.

GHILARD, Dóris. **Dano Afetivo: diretrizes de delimitação do dano indenizável.** In: BORGES, Gustavo. CASAS MAIA, Maurilio. (Org.). Novos Danos na pós-modernidade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, p. 249-275.

Godoy, Arion Escorsin. **Da Amazônia ao Chuí: mulheres, acesso à justiça e educação em direitos da defensoria pública;** coord. da coleção Maurilio Casas Maia. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Defensoria Pública: Ponto a Ponto: Direitos Humanos e Princípios Institucionais da Defensoria Pública** – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 11 nov 2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A autonomia da Defensoria Pública e o Supremo Tribunal Federal** in: ROCHA, Jorge Bheron e outros (Coordenadores). *Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. Salvador, 2018. Editora Juspodivm.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MECs - Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Edição digital. São Paulo: Manole Ltda, 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada - A efetividade do Poder Familiar**: in: COLTRO, Antonio Carlos Mathias DELGADO, Mário Luiz (coord). *Guarda Compartilhada*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GROENINGA, Giselle. **Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo**. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 402-432.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019. **Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ**, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

KIRKCHNER, Felipe. **Defensoria Pública como instância realizadora da resolução extrajudicial de conflitos**: Potenciais de atuação institucional na seara da mediação, da conciliação e da arbitragem (p. 255-326). *in* Teoria Geral da Defensoria Pública. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

KIRSCHNER, Felipe. **Os métodos autocompositivos na nova sistematização processual civil e o papel da Defensoria Pública**. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 211-212

KOWARICK, Lúcio. **Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil**: Estados Unidos, França e Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 18, N° 51, fev./2003.

LELPAGE, Augusto Drummond. LOUREIRO, Francisco Eduardo Loureiro. **A guarda compartilhada aplicada à luz do princípio da solidariedade e do dever de cuidado**: visão crítica dos artigos 1.583 e 1.584 do código civil. (no prelo).

LIMA, Flávio Pereira. **Relexões sobre o novo CPC: a mediação e a advocacia**. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/reflexoes-sobre-o-novo-cpc-a-mediacao-e-a-advocacia>. Acesso em: 13 set. 2022.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador, Editora Juspodivm. 2010

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 4ª ed. Salvador, Editora Juspodivm. 2015

LIMA, Mariana Carvalho de Paula de. **A 7ª onda de acesso à justiça: acesso à ordem jurídica justa globalizada** - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Flávio Pereira. **Reflexões sobre o novo CPC: a mediação e a advocacia**. 2015. Disponível em: <http://jota.info/reflexoes-sobre-o-novo-cpc-a-mediacao-e-a-advocacia>. Acesso em: 17 set. 2020.

MAIA, Maurilio Casas. **A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais**: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: Costa-Corrêa, André L.; Seixas, Bernardo Silva de; Souza, Roberta Kelly Silva; Silvio, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas*. 1ed. Birigui-SP: Boreal, 2015, v. 1

MAIA, Maurílio Casas. **A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88**: Uma promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado in: ROCHA, Jorge Bheron e outros (Coordenadores). *Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. Salvador, 2018. Editora Juspodivm.

MAIA, Maurilio Casas. **Defensoria Pública enquanto Custos Vulnerabilis: tese e avanço jurisprudencial em 2020**. Revista dos Tribunais. vol. 1025. ano 110. p. 355-364. São Paulo: Ed. RT, março 2021.

MARTINS da Silva, Américo Luis. **DIREITO DE FAMÍLIA E COSTUMES ALTERNATIVOS** - VOLUME 1: ESTUDO JURÍDICO, ANTROPOLÓGICO E SOCIAL DA FAMÍLIA . Américo Luis Martins da Silva. Edição do Kindle

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. P. 30

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos**. 1ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A constitucionalização da Defensoria Pública**: disputas por espaço no sistema de justiça. *Opin. Publica*, Campinas, v. 23, n. 3, p. 647-681, dez. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000300647&lng=pt&nrm=iso>. doi: 10.1590/1807-01912017233647. Acesso em: 18 ago. 2019.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-19122016-092047/pt-br.php>>. doi:10.11606/D.8.2016.tde-19122016-092047. Acesso em: 07 ago. 2019.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017

NOSSA HISTÓRIA. **Desde 1897 Garantindo acesso a justiça**. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/Institucional/historia>>. Acesso em: 16 ago. 2019.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à Justiça Democrático**. Gazeta Jurídica. Brasília. 2013

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. ; BARBOSA, Rafael V. M. ; CASAS MAIA, Maurilio. **Justiça e Defensoria Pública Multiportas: o Custos Vulnerabilis como instrumento das soluções consensuais de conflitos nos litígios multitudinários e coletivos**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. AMORIM, Maria Carolina Cancelli de.. (Org.). Acesso à justiça e efetividade do processo. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 1, p. 57-77

OLIVEIRA, Simone dos Santos. **Defensoria pública brasileira: sua história**. *Revista do Direito Público*. Universidade Estadual de Londrina/PR, v. 2, n. 2, p. 59-74, maio/ago. 2007. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2007v2n2p59> >. Acesso em: 16 ago. 2019.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da Silva. **Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro**. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 115, p.331-356, Jun./Set. 2016.

PAIVA, Caio. FENSTERSEIFER. Tiago. **Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública**. Belo Horizonte. Editora CEI, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões:** ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** (p. iv). Forense. Edição do Kindle.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias no CPC-2015 e os restos do amor.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. ago. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>. Acesso em: 17 set. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLI, Leonardo Macedo. CORCIONE, Giulia Miranda. **O problema do afeto no Direito de Família:** O afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. [No prelo, texto gentilmente cedido pelo autor].

POLI, Leonardo Macedo. **A Inclusão dos Excluídos:** A Regulamentação Jurisdicional para a Família Homoafetiva e o Ativismo Judicial. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, vol. XIV, n. 27, p. 106-125, abril-maio. 2012.

POMPEU, Renata Guimarães. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da concidadania:** por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual. Belo Horizonte, 2012

QUEIROZ, Roger de Moreira. **Defensoria Pública e vulnerabilidades:** para além da hipossuficiência econômica. Belo Horizonte/São Paulo. D'Placido. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos.** 2. Ed. Saraiva, 2015

ROCHA, Jorge Bheron. **Defensoria Pública autônoma é escolha consciente e coerente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88.** Disponível em: <<http://www.adpec.org.br/defensoria-publica-autonoma-e-escolha--consciente-e-coerente-da-assembleia-nacional-constituente-de-1987-1988/>>. Acesso em 04 Ago: 2019

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROGER; FRANKLIN. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)** / Franklin Roger, Diogo Esteves. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Jorge Bheron e outros (Coordenadores). **Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ROCHA, Jorge Bheron. **A Defensoria como Custos Vulnerabilis e a advocacia privada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>. Acesso em: 15 nov 2021.

ROCHA, Jorge Bheron. **Defensoria Pública autônoma é escolha consciente e coerente da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88**. Disponível em: <http://www.adpec.org.br/defensoria-publica-autonoma-e-escolha-consciente-e-coerente-da-assembleia-nacional-constituente-de-1987-1988/>. Acesso em: 04 Ago: 2019.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública Fundamentos, Organização e Funcionamento**. São Paulo: Atlas. 2013.

Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal : teoria crítica** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Precisamos falar sobre a Defensoria Pública**. Florianópolis: EModara. 2018.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O Direito De Família Contemporâneo: Entidade Familiar Constitucionalizada**. Revista Interfaces Científicas. Vol. 1. N. 2. P. 57-66 Aracaju: fev. 2013

SANTOS, Aline Barradas Carneiro; CARNEIRO, Sérgio Barradas; MENDONÇA, Ticiania Barradas Carneiro e. **Direito das Famílias na Contemporaneidade. Questões controvertidas**. Salvador. Juspodivm. 2018.

SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Holden Macedo da. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Brasília: Fortium, 2007.

SILVA, Marcelino José Piancó da. **A defensoria pública como instrumento jurídico-político de responsabilização civil do estado para efetivação do direito fundamental à saúde** (Dissertação de Mestrado). Belo Horizonte, 2018.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 20 fev 2022.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 19 fev 2022.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 15 mar 2022.

SOALHEIRO, Luiza. **Famílias Simultâneas**: um arranjo familiar não-monogâmico. D'Plácido: Belo Horizonte, 2018.

SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação e Conciliação como meios de resolução de conflitos e acesso à justiça**. In: Formas consensuais de solução de conflitos I. Org. CONPEDI/UdelaR/Unisinus/URI/UFSM/ Inivali/UPF/ FURG; Coord. Charlise Paula Colet Gimenez e Mariella Bernasconi - Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 58-75.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. São Paulo: Método, 2012

TARTUCE, Flávio. **Curso de Direito Civil**, volume 5. Direito da Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/264531/do-prazo-de-prescricao-aplicavel-aos-casos-de-abandono-afetivo>>. Acesso em 17 fev. 2020.

TEIXEIRA, Ana Claudia Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental**. In COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mario Luiz. 3ª ed. Forense: São Paulo. 2017.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: Uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **O Reconhecimento da Família Poliafetiva no Brasil: Uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia**. Revista Duc In Altum – Cadernos de Direito, vol. 7, n. 13, p. 54-99, set-dez. 2015.