

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

# AD SUMUS

ISSN 2448-2099 | Vol. 1. nº1. Maio de 2016



ARTIGOS | ARTIGO DO CONVIDADO | RESENHA | COMUNICAÇÃO BREVE



**CEJUR**  
Centro de Estudos  
Jurídicos

**»DPE·TO**  
DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

# AD SUMMUS

ISSN 2448-2099 | Vol. 1, nº1, Maio de 2016





**DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO TOCANTINS**

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS  
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

**Marlon Costa Luz Amorim**  
Defensor Público-Geral

**Alexandre Augustus Lopes Elias El Zayek**  
Subdefensor Público-Geral

**Estellamaris Postal**  
Corregedora-Geral

**COMISSÃO DA REVISTA**  
Danilo Frassetto Michelini  
Euneide Alves de Oliveira Magalhães  
Naira Aires Ribeiro

**ORGANIZAÇÃO, INDEXAÇÃO E EDITORAÇÃO**  
Prof. Dra. Patrícia Medina

**CAPA E DIAGRAMAÇÃO**  
Projeto gráfico e diagramação: Vinícius de Sá  
Foto: Loise Maria e Silva

**IMPRESSÃO**  
Gráfica e Editora Santo Expedido Ltda.  
CNPJ: 09.015.122/0001-26

**CONTATO**  
Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Tocantins / CEJUR  
(63) 3218.6776

**TIRAGEM**  
500 exemplares

*As opiniões expressas nos artigos doutrinários publicados nesta Revista são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.*

**FICHA CATALOGRÁFICA**

**ADSUMUS. Revista** Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins. Volume 1. nº1.  
Maio de 2016.  
200 p.; 15,5x23cm  
Anual  
ISSN. 2448-2099  
1. Direito. Direitos Humanos. Defensoria Pública. Serviço Social.

# **CONSELHO DE POLÍTICA EDITORIAL**

## **PRESIDENTE**

**Marlon Costa Luz Amorim**  
Defensor Público-Geral

## **VICE-PRESIDENTE**

**Alexandre Augustus Lopes Elias El Zayek**  
Subdefensor Público-Geral

## **Danilo Frassetto Michelin**

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR

## **Neuton Jardim dos Santos**

Presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Tocantins –  
ADPETO

## **EDITOR CIENTÍFICO**

Prof. Dra. Patrícia Medina

## **EDITORES ADJUNTOS**

Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira  
Prof. Dr. Airton Cardoso Cançado

## **SECRETÁRIAS EXECUTIVAS**

Euneide Alves de Oliveira Magalhães  
Naira Aires Ribeiro

## **REVISORA**

Sibele Letícia Rodrigues de Oliveira Biazotto

## **CORPO EDITORIAL CIENTÍFICO**

Adel El Tasse  
Alexandre Bizzotto  
Alexandre Sérgio da Rocha  
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas  
Angela Issa Haonat  
Aury Lopes Junior  
Cristiano Chaves de Farias

---

Daniela Carvalho Portugal  
Érika Mendes de Carvalho  
Fredie Souza Didier Júnior  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira  
Irla Honorato Oliveira  
José Francisco Rezek  
José Wilson Rodrigues Melo  
Luciano Alves Rossato  
Maíra Cardoso Zapater  
Maria Auxiliadora Minahim  
Márcia Mesquita Vieira  
Nestor Eduardo Araruna Santiago  
Paulo Fernando de Melo Martins  
Rodrigo Duque Estrada Roig Soares  
Rodrigo da Cunha Pereira  
Rolf Hanssen Madaleno

**PARECERISTAS**

Adel El Tasse  
Alexandre Bizzotto  
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas  
Angela Issa Haonat  
Aury Lopes Junior  
Cristiano Chaves de Farias  
Daniela Carvalho Portugal  
Fredie Souza Didier Júnior  
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira  
Irla Honorato Oliveira  
José Francisco Rezek  
José Wilson Rodrigues Melo  
Luciano Alves Rossato  
Maíra Cardoso Zapater  
Maria Auxiliadora Minahim  
Márcia Mesquita Vieira  
Paulo Fernando de Melo Martins  
Rodrigo Duque Estrada Roig Soares  
Rodrigo da Cunha Pereira  
Rolf Hanssen Madaleno



# SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>EDITORIAL</b>                                                                                                                                                                                             | 09 |
| <b>CARTA DA EDITORIA CIENTÍFICA</b>                                                                                                                                                                          | 10 |
| <b>ARTIGO DO CONVIDADO</b><br><b>DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:<br/>O TEMPO DA TRANSIÇÃO</b><br>Francisco Rezek                                                                               | 12 |
| <b>ARTIGO</b><br><b>ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO<br/>TOCANTINS NA ÁREA DA FAMÍLIA: EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS</b><br>Fabiola Pimpim do Nascimento<br>Fabrício Dias Braga de Sousa                 | 19 |
| <b>COMUNICAÇÃO BREVE</b><br><b>A ACEITAÇÃO DA PRODUÇÃO JORNALÍSTICA DA<br/>DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS</b><br>Alessandra Bonfim Bacelar de Abreu Adrian<br>Rose Dayanne Santana Nogueira       | 31 |
| <b>ARTIGO</b><br><b>A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL:<br/>O COMPANHEIRO COMO SUCESSOR NECESSÁRIO</b><br>Glauciana Silva Montelo                                                       | 38 |
| <b>ARTIGO</b><br><b>A NULIDADE EM VIRTUDE DA UTILIZAÇÃO DE ANTECEDENTES<br/>CRIMINAIS DO ACUSADO NO PLENÁRIO DE JULGAMENTO</b><br>Danila Gama Abreu<br>Gardene de Sousa Ferro Barbosa<br>Naira Aires Ribeiro | 59 |
| <b>ARTIGO</b><br><b>A PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA SOBRE A<br/>SUBSTITUTA E O PROCEDIMENTO JUDICIAL DE ADOÇÃO SEGUNDO<br/>A LEI N. 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009</b><br>Téssia Gomes Caneiro   | 73 |

## RESENHA

### **DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA**

Pedro Paulo Valadão Coelho

90

## ARTIGO

### **ENSINO JURÍDICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS AO ACESSO À JUSTIÇA**

Paulo André de Sousa Gratão

92

## ARTIGO

### **LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA COLETIVA. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FATORES QUE SUSTENTAM E ENTRAVES INCONSTITUCIONAIS IMPOSTOS EM DEFAVOR DE SUA EFETIVAÇÃO**

Arthur Luiz Pádua Marques

105

## ARTIGO

### **LEI MARIA DA PENHA: MULHERES E DIREITOS – DEFENSORIA PÚBLICA E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES**

Ana Claudia Moura Figueiredo

122

## ARTIGO

### **O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO SERVIÇO SOCIAL NA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS: PERCURSOS, DESAFIOS E HORIZONTES**

Jean Bezerra da Silva

139

## ARTIGO

### **POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO BRASIL: EFEITOS CONTROVERSOS DE SEU MODELO DE APLICABILIDADE**

Fernando Cesar Amaral de Carvalho

160

## ARTIGO

### **REPERCUSSÃO GERAL: NOVO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA REVISÃO DA TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Manuzy Fonseca Amorim Goffi

178



# EDITORIAL

Imbuída de grande contentamento, a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, por seu Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, tem a honra de apresentar à comunidade jurídica a sua primeira Revista Jurídica – ADSUMUS.

Essa revista externa a preocupação da Defensoria Pública com a produção de conteúdos que inaugurem uma nova ordem de pensamento, voltada para a valorização do ser humano e para o aprimoramento do sistema jurídico.

Celeiro de boas práticas, a Defensoria Pública sente-se honrada em apresentar um trabalho de excelência, cunhado por meio de artigos criteriosamente selecionados por um seletivo e rigoroso Conselho Editorial.

O atendimento diário ao nosso assistido serviu-nos de inspiração para produção de artigos de viés notadamente prático e interdisciplinar.

A entrega da revista vem representar um marco, uma nova e alvissareira fase de produção científica na Defensoria Pública tocantinense.

A todos os colaboradores do projeto, em especial à equipe do CEJUR, nosso sincero agradecimento.



**Marlon Costa Luz Amorim**  
Presidente do Conselho de Política  
Editorial da Revista Jurídica

**“A comunicação tem de ser compreendida a partir da estrutura do ser-aí como ser com o outro.”**

(Martin Heidegger)

É com grande alegria que apresento o primeiro número da Revista Jurídica ADSUMUS. De iniciativa da Defensoria Pública do Tocantins, o periódico nasce como um “instrumento de estímulo à produção científica e à socialização do conhecimento entre os membros e os servidores da instituição, visando a proporcionar uma ampla discussão sobre temas jurídicos atuais e pertinentes à prática diária da Defensoria Pública”. Disso se depreende que a pesquisa em direito constitui um fenômeno social passível de ser conhecido por suas manifestações empíricas e compreendido e desenvolvido por intermédio de observação sistemática aliada às lentes da dogmática.

Os objetivos da revista são os de promover a atualização profissional e o aperfeiçoamento técnico dos membros e dos servidores da carreira sobre sua área de atuação e também sobre as atribuições da Defensoria, além de divulgar estudos de caráter multidisciplinar para membros e servidores e também para o público externo. Visa, igualmente, a fomentar intercâmbio de informações e experiências no âmbito das matérias de interesse institucional criando, assim, um espaço de diálogo e interação sem perder de vista que desempenha missão indispensável no aparato judiciário democrático, garantidor do acesso à prestação jurisdicional a todos.

Desde esta primeira edição, pratica-se a meta assumida pelo Conselho de Política Editorial de resguardar o caráter científico da revista. Essa dimensão é preservada pela cooperação com a Universidade Federal do Tocantins, que empresta seus professores à composição da Editoria Científica e Adjunta, pela envergadura dos membros que compõem o Conselho Editorial aliado ao sistema duplo cego por pares (*double blind peer review*) para a revisão dos artigos submetidos. Isso atribui imparcialidade e qualidade à seleção final das publicações que foram avaliadas voluntária e graciosamente pelo corpo de pareceristas.

Como resultado, compõem esta edição 11 artigos, sendo eles: “Atuação da defensoria pública do estado do Tocantins na área da família: experiências e desafios”; “A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil: o companheiro

como herdeiro necessário”; “A nulidade em virtude da utilização de antecedentes criminais do acusado no plenário de julgamento”; “A prevalência da família natural ou extensa sobre a substituta e o procedimento judicial de adoção segundo a Lei n.12.010/2009”; “Ensino jurídico e suas consequências ao acesso à justiça”; “Legitimidade da defensoria pública para a tutela coletiva. Proteção dos direitos fundamentais: fatores que sustentam e entraves inconstitucionais impostos em desfavor de sua efetivação”; “Lei Maria da Penha: mulheres e direitos – defensoria pública e a assistência judiciária como instrumentos de acesso à justiça e de combate à violência contra as mulheres”; “O exercício profissional do serviço social na defensoria pública do estado do Tocantins: percursos, desafios e horizontes”; “Políticas afirmativas no Brasil: efeitos controversos de seu modelo de aplicabilidade”; “Repercussão geral: novo controle difuso brasileiro e a falta de regulamentação da revisão da tese pelo supremo tribunal federal”. Complementam esta edição um artigo convidado de autoria do Dr. Francisco Rezek intitulado “Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal: o tempo da transição”, uma resenha sobre “Direito de família: uma abordagem psicanalítica” e uma comunicação breve sobre “A aceitação da produção jornalística da defensoria pública do estado do Tocantins”. A Revista Jurídica ADSUMUS tem sua essência gravada no sentido que transporta o termo: estar presente, estar junto ou aqui estamos, sentidos que poderão ser confirmados pela leitura dos artigos.

Registro sincero agradecimento às pessoas que contribuíram escrevendo suas experiências e ideias, assim como àqueles que criaram as condições para a concretização deste projeto, pois a “origem significa aquilo a partir do aqui e através do qual uma coisa é o que é como é” e, assim, como se empenha para a sua continuidade.

Boa leitura.

**Prof. Dra. Patrícia Medina**  
Editora Científica Revista Jurídica ADSUMUS

Palmas-TO, 18 de maio de 2016.

## DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O TEMPO DA TRANSIÇÃO

Francisco Rezek<sup>1</sup>

Há certa ambiguidade, a vários títulos, no uso contemporâneo da expressão *direitos humanos*. Acompanhando o noticiário político internacional, pode-se ver em nome de que causas e de que propósitos o argumento dos direitos humanos foi usado nos últimos anos. Ademais da ambiguidade da política dos direitos humanos na cena internacional, existe dúvida quanto à própria substância, ao conteúdo científico dessa expressão, não só no Brasil, mas também lá fora.

Há algum tempo, pelo ano de 2004, a Corte Internacional de Justiça – que eu integrava na época – discutia na Haia a questão de saber se determinado direito subjetivo deveria ou não ser qualificado como direito humano. Cuidava-se do caso *Avena*, um processo ajuizado pelo México contra os Estados Unidos da América, onde a pena de morte existe em várias das unidades federadas e onde há presença de grande número de cidadãos mexicanos na expectativa da execução, no chamado *corredor da morte*, o que veio a suscitar esse litígio internacional.

Uma Convenção de Viena de 1963, sobre relações consulares, que vincula hoje todos os países do mundo, manda que, em qualquer deles, quando um juiz criminal tem diante de si um réu estrangeiro, sujeito a processo de que possa resultar condenação à pena grave, ele, juiz, tem o dever de prevenir o cônsul do respectivo país, de modo que esse possa dar algum apoio a seu compatriota, verificando se ele entende a acusação que lhe é feita, se está adequadamente assistido por advogado, se está podendo defender-se corretamente.

Em diversos estados norte-americanos, os juízes não cumpriam essa regra, menos por má-fé do que pela histórica falta de visão do mundo e da ordem jurídica internacional que permeia aquele País e que contamina mesmo os operadores do

---

<sup>1</sup> **Francisco Rezek** (1944), graduado em Direito pela UFMG (1966); doutor da Universidade de Paris em Direito Internacional Público (1970); *Diploma in Law* da Universidade de Oxford (1979). Professor de Direito Internacional e Direito Constitucional na Universidade de Brasília, Diretor do Departamento de Direito (1974-1976) e da Faculdade de Estudos Sociais (1978-1979). Professor de Direito Internacional no Instituto Rio Branco (1976-1996). Professor na Academia de Direito Internacional da Haia. Procurador e Subprocurador-Geral da República (1972-1983), Ministro do Supremo Tribunal Federal (1983-1990, 1992-1997); Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-1990); Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil (1990-1992). Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas (1997-2006). Advogado.

direito. O resultado disso foi que a Alemanha ajuizou um processo contra os EUA, quando da execução de dois jovens alemães em certo estado do oeste do País, e pouco depois o México fez o mesmo, no caso de algumas dezenas de mexicanos condenados à pena de morte. A Corte condenou os EUA a não mais proceder assim, e a rever os processos já findos e maculados pela irregularidade. No curso dos debates, a Corte enfrentou a singular questão de saber se o direito subjetivo criado pela Convenção em favor do réu era ou não possível de ser qualificado como um *direito humano*.

Ficou assentado que havia, sim, um *direito subjetivo*. Quando os Estados partes, na Convenção de Viena, se prometeram reciprocamente essa providência – a de o juízo criminal prevenir o cônsul –, eles não estavam apenas criando uma obrigação para autoridades perante autoridades, mas estavam também criando para o indivíduo, para o ser humano que é réu no processo penal, o direito subjetivo de ter seu respectivo cônsul avisado para dar-lhe eventual assistência. É um direito subjetivo como aqueles que os tratados de extradição criam para a pessoa do extraditando. O tratado de extradição, ao estabelecer inúmeras regras às quais os Estados obedecem reciprocamente – sobre quando não é possível a extradição, por exemplo, por crime político, por crime prescrito, por ato atípico –, cria ao mesmo tempo para o extraditando o direito subjetivo de não ser extraditado quando não se reúnam todas as condições cumulativas alistadas no texto.

Começou certa manhã de segunda feira, na primavera de 2004, o debate sobre a questão de saber se esse direito subjetivo era um direito humano ou não era um direito humano. A Corte mergulhou na tormentosa questão de saber *o que é, exatamente, hoje, um direito humano*, sob o crivo do rigor científico que uma decisão daquela casa impõe. A discussão durou toda a semana e, quando caiu a noite da sexta-feira, ainda não se havia chegado à conclusão nenhuma. Entendeu-se que era melhor não falar nisso, e o acórdão acabou se referindo a um direito subjetivo do réu, sem dizer se aquilo se inscrevia ou não na categoria dos direitos humanos.

Para quem lê a Constituição do Brasil, essa dúvida é bem mais tormentosa, porque a carta de 1988 lida com uma categoria histórica em nosso constitucionalismo, tendo raízes na Carta Imperial de 25 de março de 1824: do *rol de direitos*, algo exemplarmente precoce no Brasil, e algo que ocupa, hoje mais que nunca, um grande espaço na lei fundamental. Essa categoria chamou-se no passado *direitos e garantias individuais*. Na versão contemporânea, o adjetivo *individuais* define parte de um conjunto mais amplo, o dos *direitos e garantias fundamentais*. A leitura da longa lista do artigo 5º faz ver que nem todos aqueles direitos dizem respeito ao ser humano em sua individualidade; diversos são coletivos, ou são direitos que se consagram em favor de pessoas jurídicas, de empresas, de outras comunidades possíveis dentro de uma sociedade aberta.

O que são, então, os direitos humanos sob a ótica do analista da Constituição brasileira, quando ele se defronta com algo que tem alcance bem maior do que aquilo que se poderia entender como *a estrita categoria dos direitos humanos*?

Talvez o melhor seja simplesmente abandonar essa discussão, que se processa em termos quase sempre teóricos, e considerar que a nossa Constituição arrola um número expressivo de direitos e garantias que não são necessariamente direitos humanos elementares, que vão além daqueles direitos básicos sempre atinentes à pessoa natural, ao ser humano, e que não poderiam ser compartilhados por associações, por empresas e outras coletividades.

Ocorre que, mesmo no domínio do *básico*, está havendo uma evolução. Pelo meado dos anos 90, quando eu ainda fazia parte da composição do Supremo, o tribunal veio a tomar, por maioria difícil, uma das mais infelizes decisões de toda sua história. Errar é humano, é próprio das instituições humanas, e os tribunais o são. Os erros do Supremo foram poucos desde que ele existe, datando dos alvares do Primeiro Império. Foram às vezes erros técnicos conscientes, mas justificados por alguma razão política ou social – como quando o tribunal, voltando atrás, deu satisfação ao governo que ameaçava quebrar se a previdência social não recolhesse contribuições previdenciárias também dos aposentados. O argumento da corte foi, no fundo, o da solidariedade social, em nome da qual os aposentados mais eirados devem, ainda que isso contrarie a lógica do sistema, contribuir também com a previdência, para melhor trato e neutralização de nossas desigualdades. Mas é um tribunal que errou pouco. Tanto quanto eu recorde, esse deve ter sido o único erro clamoroso dos tempos modernos. Foi quando o tribunal se viu chamado a decidir sobre a aparente concorrência entre a Constituição, no seu artigo 5º, inciso LXVII, e o artigo 7º de um tratado internacional que nos vincula – o Pacto de São José da Costa Rica sobre direitos humanos. A Constituição diz que ninguém pode ser preso por dívida neste País. Nada mais salutar. Todos os países arejados e democráticos adotam regra semelhante: não se prende ninguém por dever dinheiro, a prisão é própria dos procedimentos penais. Mas o constituinte abre duas exceções, o caso do alimentante omissor e o caso do depositário infiel. Ao abrir essas duas exceções, depois de afirmar com gravidade que *não haverá prisão civil na República*, o constituinte deixou para o legislador ordinário a possibilidade de conservar a hipótese da prisão por dívida no caso daquele que é devedor de alimentos a uma família, em geral abandonada, e que, devendo por decisão judicial pagar alimentos, e podendo pagá-los, omite-se deliberadamente de fazê-lo.

O outro caso é o do depositário infiel. Quando a Constituição do Brasil fala no *depositário infiel*, todos entendemos, com a boa-fé que o culto do direito nos exige, que ela se refere ao depositário infiel propriamente dito, àquele indivíduo em geral bem posto na vida a quem o juiz confia os bens do órfão, da viúva, e que os dilapida, e que no momento de restituí-los, a mando do juiz, não mais dispõe deles e não quer compensar isso de outro modo. Esse, não outro, é o depositário infiel de que fala a Constituição.

Vivemos, entretanto, em um país em que o legislador ordinário, por mais de uma vez, para atender a determinados interesses, boicotou sua própria Constituição. Nesse caso específico, o que o legislador ordinário fez por mais de uma vez,

do caso do penhor agrícola ao caso da alienação fiduciária em garantia, foi inventar falsas situações de depósito, foi definir como depositário infiel aquele que não o é, aquele que é um devedor simples, em uma típica, histórica, quase bíblica situação de dívida. Aquele agricultor que pediu dinheiro emprestado ao banco e, com os azares que a atividade agrícola comporta em toda parte, um dia se viu sem ter como pagar o empréstimo ao banco e sem ter como dar-lhe o produto da colheita – que às vezes nem se tirou do solo, ou que pereceu de outro modo –, isso não é um depositário infiel, mas apenas um devedor de dinheiro ao banco, a quem, contudo, o legislador ordinário brasileiro permitiu que se prendesse por dívida apesar da firme proibição constitucional.

A situação do devedor fiduciário é outra de dívida simples. É comum, em todos os países e em todas as épocas, que aconteça de alguém que compra algo não ter um dia como continuar pagando as respectivas prestações e não ter o produto para devolver. Existem meios pelos quais o credor pode acionar o devedor à luz da lei brasileira. Mas o que se quis foi dar ao credor um instrumento mais dramático de exigência daquilo que ele deve receber, permitindo-lhe que consiga da autoridade pública a prisão do devedor inadimplente.

Era esse o pano de fundo no caso posto ante o Supremo, em que a corte seguramente se enganou no desfecho que lhe deu por maioria. E o pano de fundo não poderia ser mais sórdido: estávamos cuidando de *falsas situações de depósito*, inventadas pelo legislador ordinário para burlar o comando constitucional de que *não haverá prisão por dívida*. Mas ainda que assim não fosse, ainda que cuidássemos de verdadeiras situações de depósito e infidelidade, ainda assim subsistia o contraste. A Constituição da República diz que não haverá prisão por dívida, e abre duas exceções, o alimentante omissor e o depositário infiel. A Convenção de São José da Costa Rica, a que o Brasil aderiu depois da Carta de 88, também diz que não haverá prisão por dívida, e vê nisso *um direito humano elementar*, abrindo *uma única exceção*, no caso do devedor de alimentos que, podendo pagá-los, não os paga. Desse modo, o texto de São José da Costa Rica elimina a possibilidade de que também o depositário infiel, mesmo que rigorosamente verdadeiro, seja alcançado pela prisão civil. A Constituição do Brasil não diz: *prenda-se o depositário infiel em qualquer circunstância!* Não. Ela abre a possibilidade de o legislador ordinário facultar essa medida. Ora, o legislador ordinário brasileiro, quando aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, cortando essa possibilidade, aceitou a ideia de que o depositário infiel não mais deve ser preso no Brasil. Não obstante, o que o Supremo disse por maioria, em 1995, foi que o texto de São José da Costa Rica *tira do legislador ordinário a liberdade constitucional que ele deveria ter de continuar mandando prender o depositário infiel...*

O que mais vexou, nesse caso, a minoria vencida, foi a percepção de que a maioria parecia raciocinar como se o tratado internacional fosse um produto alienígena que desabou covardemente sobre nossas cabeças patrióticas. Essa é uma equação primitiva, rupestre, de todo incorreta. O tratado internacional sim-



plesmente não existe para nós se ele não nos vincula, e se ele nos vincula é porque nossa vontade soberana ajudou a produzi-lo. Aquele texto é produto *nosso*, é a nossa voz associada a outras não menos soberanas. Não faz nenhum sentido proceder-se frente ao tratado internacional que vincula o Brasil como se ele fosse algo que, por não ter sido redigido originalmente em Brasília, mas em outro centro, com a colaboração de nossos agentes, não devesse integrar a ordem jurídica brasileira, ou não devesse ser encarado pelos tribunais como produto autêntico do legislador idôneo.

A minoria disse na ocasião isso, e disse também que não é possível ignorar o preceito do tratado sem violá-lo. Ao produzir aquele resultado, o tribunal estava lançando a República em uma situação internacionalmente ilícita. Por quê? Porque estamos comprometidos pela regra de São José; porque os outros países vinculados por esse tratado acreditam que nós o cumprimos fielmente, como eles o cumprem. E cá dentro, pela voz autorizada do mais alto tribunal da República, não estávamos cumprindo coisa alguma, porque a maioria resolveu dizer que aquilo *tirava a liberdade do legislador ordinário para continuar consagrando a possibilidade da prisão do depositário infiel*.

Não sou, entretanto, o único a acreditar que aquele augusto tribunal, mesmo quando erra, prepara o caminho de sua própria penitência, abre as veredas da sua própria redenção, em médio ou em curto prazo, como aconteceu nesse caso. Por decisão unânime, arrematada no início de 2009, o tribunal voltou atrás sobre aquele acórdão e reconheceu que estamos vinculados pelo texto de São José da Costa Rica, e que a referida possibilidade de prisão por dívida desapareceu.

Para reparar o erro do passado, para assumir o correto entendimento da Constituição e dos compromissos externos da República, nem teria sido preciso que o tribunal enfrentasse a questão de saber se os tratados internacionais relativos a direitos humanos têm ou não têm nível constitucional. Essa questão não foi resolvida pelo Supremo à luz do segundo parágrafo do artigo 5º, e a essa altura já o será em face do novo parágrafo que a reforma de dezembro de 2004 aditou àquele mesmo artigo da Constituição.

O que se discutia antes da reforma era o exato significado do parágrafo segundo, o qual a longa lista do artigo 5º *não exclui outros eventuais direitos que, por tratado internacional, o Brasil tenha consagrado*. A primeira perplexidade do leitor diante desse parágrafo, logo que promulgada a Carta de 1988, resultava da questão: falta no texto alguma coisa em matéria de direitos humanos? Ter-se-á o constituinte omitido de incluir em seu produto tão extenso, e exemplarmente rico em garantias fundamentais, alguma coisa que no passado o Brasil tenha coproduzido no cenário internacional?

Não era essa, de todo modo, a questão mais importante que se propunha aos analistas da Constituição, mas a de saber se com aquilo, como queriam alguns, dava-se estatua constitucional aos tratados sobre *direitos e garantias*, não necessariamente *humanos* no sentido peculiar que os ativistas dão ao termo.

Não é preciso lembrar que o Supremo da época jamais abonaria essa tese. Como quer que seja, a discussão, acalorada que foi durante poucos anos, terminou com a reforma de dezembro de 2004, com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, que garante estatura constitucional ao tratado sobre direitos humanos aprovado no Congresso segundo a liturgia das emendas à própria carta. É uma espécie de *cláusula holandesa*, por analogia com regras constitucionais dos Países Baixos, onde se conhece de longa data essa prática: sempre que um tratado internacional modifica de algum modo a Constituição, ou lhe acrescenta algo, o parlamento holandês pode aprovar o tratado, desde que pela maioria necessária e no rito próprio à emenda constitucional.

Diante dessa realidade nova, algo parece ter ficado claro, ao menos no que concerne ao entendimento do próprio Congresso constituinte: antes de dezembro de 2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos não tinham estatura constitucional. Creio que isso não deixa em uma espécie de limbo o chamado *produto do intervalo*, ou seja, algum direito humano que tenha sido consagrado em tratado incorporado à ordem jurídica do Brasil entre outubro de 1988, data da Constituição, e dezembro de 2004, data da emenda; assim a norma restritiva da prisão civil na Convenção de São José, e assim também a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que protege o trabalhador contra a despedida sem justa causa. Esses tratados sobre direitos humanos anteriores à emenda poderiam ser entendidos pelo Supremo como agregados à carta – e, portanto, irreversíveis *ratione materiae* – mediante uma espécie de *upgrading*: ao criar a nova disciplina sem dizer nada sobre o produto do intervalo, o Congresso teria promovido este último à dignidade constitucional, como aconteceu outrora com o Código Tributário.

Nosso problema, entretanto, não é o da falta de direitos e garantias no plano da lei fundamental. Nosso problema é nas mais das vezes a falta de leitura da própria Constituição pela autoridade pública, a falta de conhecimento ou o desprezo, pelo Estado, daquilo que a Constituição quer ver garantido à sociedade como direito, e que o Estado, enquanto administrador, enquanto legislador ordinário, enquanto policial, enquanto fiscal, enquanto empregador, nem sempre se empenha em fazer valer.

Vivemos, não obstante, um momento singular: o primado do direito no Brasil de nossos dias é uma realidade mais transparente do que no cenário internacional. Ali, nos primeiros anos do novo século, o direito foi ignorado como nunca o fora antes. A Organização das Nações Unidas foi humilhada ao extremo, e uma política de poder conduzida por estadistas da pior qualidade dominou a cena internacional, com o barateamento e o sacrifício de vidas humanas em grande escala. Nunca se vira antes o argumento dos direitos humanos ser tão cinicamente utilizado para justificar a ocupação de território alheio e a ofensa grosseira aos próprios direitos humanos no que estes têm de mais rudimentar. Isso pesa sobre a consciência da sociedade internacional contemporânea, porque

não foi obra de ditadores, mas de governantes consagrados pelo voto. As grandes democracias do ocidente tomam hoje assento no banco dos réus, e os próprios inventores da política e do discurso dos direitos humanos sentem que devem contas por aquilo que fizeram.

## ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS NA ÁREA DA FAMÍLIA: EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS

Fabíola Pimpim do Nascimento <sup>1</sup>

Fabício Dias Braga de Sousa <sup>2</sup>

### RESUMO

A concepção de família tem sido alargada para abranger o maior tipo de situações fáticas, não se limitando a amparar apenas o casamento no civil, a união genética entre as pessoas ou a necessidade de sexo opostos para a sua composição. Atualmente, a sociedade vem passando por um amplo desenvolvimento de suas relações, o que impacta sobremaneira no direito, principalmente no direito de família, que passa a ser instrumento para a proteção das pessoas e do afeto. A Defensoria Pública do Estado do Tocantins abraça essa concepção atual da Família brasileira e tem atuado para a proteção dessa instituição fática, por meio de seus membros e servidores. O presente artigo objetiva expor algumas das experiências vivenciadas pelos autores, além de trazer à discussão casos práticos enigmáticos para os estudiosos da área. A metodologia utilizada no trabalho é exemplificativa, dedutiva e dialética, em que foram empregadas pesquisa de revisão bibliográfica, análise legislativa e jurisprudencial, e a experiência do caso prático.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública do Estado. Tocantins. Direito de Família.

### ABSTRACT

The family concept has been extended to cover the largest type of factual

---

<sup>1</sup> Oficiala de Justiça Avaliadora Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região. Ex-Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

<sup>2</sup> Defensor Público do Estado do Tocantins. Doutorando em Direito Penal pela Universidade Lomas de Zamora, Buenos Aires – AR. Graduado em Direito pela PUC-GO. Pós-Graduando em Direito Processual Tributário pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

situations, not limited to only support civil marriage in the genetic linkage between people or the need of the opposite sex to their composition. Currently the society is passing by a broad development of their relations which impacts greatly on the right, especially in family law, which becomes instrument for the protection of people and the affection. The Public Defender embraces this current conception of the Brazilian family and has acted to protect this factual institution, through its members and servers. This article aims to expose some of the experiences of the authors, and bring to the discussion practical cases puzzling to researchers in the area. The methodology used in the work is exemplary, deductive and dialectical, and were employed literature review of research; legislative and jurisprudential analysis; and the experience of the practical case

**Keywords:** State Public Defender. Tocantins. Family Law.

## INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins atua, entre outras ações, na defesa de direito dos hipossuficientes do Estado, ou seja, esclarece, direciona e judicializa conflitos de parcela da população que não tem condições de arcar com as despesas de um advogado particular, buscando um resultando prático capaz de satisfazer as pretensões dos assistidos. Essa atuação se dá, sobremaneira, na área do Direito de Família, que é bastante procurada pela população, em razão da matéria tratada.

A instituição, em Palmas, se organiza conforme os números de Varas de Família existentes na capital – que são três. Assim, para cada Vara no Fórum da capital, há atuação de dois defensores públicos, em um total de seis, além de uma equipe de servidores e estagiários.

Em consulta ao Sistema de Atendimento da Defensoria Pública (SISAT), a 1ª Defensoria Pública de Palmas da Comarca de Palmas – chefiada por apenas um defensor público – realizou 343 atendimentos iniciais no ano de 2014. Atendimentos iniciais são os primeiros realizados para aquele determinado cidadão – vale lembrar que também existem os retornos para o acompanhamento de lides já propostas.

Assim, pode-se observar que 343 pessoas vieram à instituição no ano de 2014 e apresentaram seus conflitos na área de família a um único defensor público. Contando que são seis os defensores atuantes na área, pode-se vislumbrar uma proporção dos atendimentos iniciais realizados na capital, além dos realizados pelos membros que atuam no interior do Estado, o que totaliza um número grande de atendimentos nessa área.

Ainda, além dos atendimentos realizados pelos seis defensores atuantes

na área da Família em Palmas e dos demais lotados no interior, há ainda uma Central de Atendimento à Família (CAF), criada com o objetivo de dar uma vazão mais célere às demandas mais comuns e simples, e o Núcleo de Conciliação, que visa a mediar conflitos familiares quando se vislumbra essa possibilidade.

Pelo exposto, não é forçoso afirmar que a área que trata do Direito de Família na Defensoria Pública é bastante acionada, chegando a ocupar, fisicamente, quase todo o térreo e o primeiro andar da instituição.

Diante dessa importância considerável, o presente trabalho objetiva estudar a atuação prática da Defensoria nessa área, na perspectiva dos autores, que atuaram diretamente com a demanda da área da família juntos por aproximadamente um ano, de meados de 2014 até meados de 2015. Para tanto, foram analisados os atendimentos realizados no período, discutidas as ações judiciais propostas e analisados os resultados já obtidos pelo Poder Judiciário.

Na primeira seção, será dado um conceito amplo à família, a fim de amoldá-la à atuação da instituição. Na segunda seção, o objetivo será destacar o assistido e os requisitos da hipossuficiência para ser atendido pela Defensoria.

A terceira seção busca expor as ações práticas enfrentadas pelo Defensor Público e sua equipe quando do atendimento de assistidos e acompanhamento processual de ações na área da família. Por fim, a última seção trará um enfoque sobre o futuro esperado da instituição, diante da realidade que demanda cada vez mais ações efetivas e de excelência.

O presente trabalho não busca esgotar o assunto, mesmo porque o dia a dia de trabalho sempre impressiona em razão da extensão de direitos e garantias a serem tuteladas. No entanto se dirigirá a mostrar um pouco do trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública no ramo da Família, destacando-se pontos que se entende ser interessantes.

## **1 CONCEITO DE FAMÍLIA**

A família, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (XVI, 3), é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Família é estrutura pública e privada, uma vez que identifica o indivíduo como integrante de um vínculo familiar e de um contexto social, respectivamente.

Para o direito, algumas relações familiares não precisam ser normatizadas ou terem a interferência do Estado, por dizerem respeito unicamente à privacidade dos indivíduos que compõem aquele seio familiar. Exemplificando, não é interesse para Estado intervir e nomear quem vai lavar a louça depois do almoço ou se o filho pode ou não assistir à televisão à noite.

No entanto há determinadas situações fáticas que o legislador achou

por bem disciplinar, seja porque o assunto, dantes de ordem privada, atualmente já é de interesse público, ou pela proteção a determinadas pessoas. Assim, o Estado entra na relação familiar e restringe a liberdade individual, quando: proíbe o castigo físico de pais contra filhos, proíbe a agressão física ou psicológica entre os cônjuges, disciplina que o casal deve contribuir com as despesas do lar, obriga ao pagamento de pensão alimentícia etc.

Todavia, em face da constante mudança da sociedade e das relações pessoais, bem como das inovações científicas, surgem situações fáticas que o direito não supôs, não previu, não disciplinou. As legislações necessitam de constantes oxigenações para se adaptarem à realidade social da atualidade, a fim de se manterem aplicáveis, justas e democráticas.

Conforme explica Maria Berenice Dias (2011), as reações familiares durante o século XIX e XX eram baseadas na hierarquia, na culpa no casamento e em uma estrutura formalista. A família se originava apenas por meio do matrimônio, e a dissolução era impedida. Os vínculos extraconjugais (filhos obtidos fora do casamento e concubinas) eram excluídos de direitos. A mulher solteira era mera colaboradora do marido na administração dos bens e não tinha direito sobre eles, aliás, a mulher sequer tinha capacidade plena, vindo a adquiri-la somente após o casamento com o homem, conforme o Estatuto da Mulher Casada – Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. O divórcio, antes terminantemente proibido, após a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e a Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1985, passou a ser permitido apenas em situações específicas e satisfeitos inúmeros requisitos.

Com o passar do tempo, o Estado diminui sua interferência no direito de família, nas relações pessoais e na privacidade. O papel do Estado passa a ser mudado, delimitando na atualidade a imprescindibilidade de sua interferência em determinadas situações.

A mudança dos paradigmas mundiais e as inovações tecnológicas (pílula e métodos contraceptivos) transformaram a realidade da família, necessitando a ordem jurídica também mudar seus institutos.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi fundamental nessa nova realidade, pois inaugurou a igualdade entre homem e mulher, aumentou o conceito de família, estendeu direitos do casamento à união estável, disciplinou família monoparental e igualdade entre filhos (havidos ou não no casamento e adotados).

Houve maior democratização das relações familiares e busca pela igualdade e respeito mútuo. A estrutura formalista começa a ceder lugar à afetividade, conforme se observa pela distribuição igualitária de responsabilidades dentro e fora de casa entre o casal, além de uma maior preocupação com os



anseios dos membros da família, deixando de lado a antiga obrigação da esposa perante o marido etc.

As ações extrajudiciais foram fundamentais para essa realidade: casamentos celebrados e dissolvidos em cartório, arrolamento extrajudicial de bens, conciliação extrajudicial implantada com louvor no âmbito do ministério público, defensoria pública, centrais de conciliação etc.

Essa situação, advinda com o neopositivismo – no qual a legislação perdeu importância diante dos princípios mais extensos e justos e que obrigatoriamente devem ser perseguidos pelo jurista –, provocou uma constitucionalização dos institutos da família, desprezando leis infraconstitucionais sobre o tema que discrepavam dessa nova ordem constitucional. Dessa forma, qualquer norma infraconstitucional deve obedecer aos princípios fundamentais constitucionalmente destacados.

O Código Civil de 2002 (CC/2002) – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – veio para adequar a legislação à nova constituição cidadã, igualitária, que privilegia a dignidade da pessoa humana, excluindo conceitos e expressões ultrapassadas e até preconceituosas do Código Civil de 1916 – Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

O atual Código Civil, por exemplo, não mais determinou a exclusão do sobrenome do marido compulsoriamente do nome da esposa, quando da decretação do divórcio, e extinguiu a culpa na separação. Antigamente, o culpado não teria direito aos alimentos e, atualmente, o dever dos alimentos se insere no âmbito da necessidade do alimentando e possibilidade de contribuição do alimentante, independentemente de culpa de quaisquer dos cônjuges.

Aprimorando ainda mais a dignidade da pessoa e a igualdade entre os sexos, em 2008, surgiu no ordenamento o instituto da guarda compartilhada, por meio da Lei n. 11.698. Ainda, as uniões homoafetivas estão tendo seu conceito e sua proteção abrangidos com o passar do tempo, buscando trazer igualdade às pessoas.

Ademais, majoritariamente, se entende que não há mais o instituto da separação, com o divórcio sendo possível independentemente de qualquer requisito.

O tempo ampliou o conceito de família. Com a mudança da sociedade, que passa a aceitar, permitir e participar de vínculos diferentes de família, esta passa de vínculo matrimonial para as extramatrimoniais, união estável, monoparentais, homoafetivas.

A família não está em decadência, ela está se transformando, se ampliando, se globalizando, se adaptando à nova realidade. Se não fosse assim, estaria fadada ao esquecimento e à extinção. O alargamento do conceito de

família é essencial para a permanência da instituição nos dias atuais.

Atualmente, a família passou de casamentária para pluralizada, ou seja, não há necessidade de existência de um casamento para haver família. A união estável é protegida pelas leis brasileiras assim como uma união advinda do casamento. O mesmo ocorre com a união homoafetiva, que ganhou status de união estável pelo constituinte derivado.

Ademais, não se faz mais necessária a existência de dois genitores e seus descendentes para a existência da família. É possível mãe ou pai solteiros com seus filhos ou mesmo só os irmãos para caracterizar uma família. Essa é a chamada família monoparental.

Aliás, o vínculo entre as partes não precisar mais ser necessariamente genético, tendo havido uma expansão da socioafetividade, que possibilita, por exemplo, paridade entre os filhos (adotados ou não).

A família atual é igualitária e democrática, não havendo preferência do homem, marido, primogênito sobre a mulher, esposa, segundo filho. Todos têm voz igual no seio familiar, não há prevalência de direitos, como havia na família patriarcal e hierarquizada.

Conforme já dito, os vínculos familiares são dissolvíveis, não havendo obrigação para casamentos eternos ou requisitos para o divórcio.

Por fim, convém enfatizar que a família deixa de ser instituição jurídica e social e passa a ser família-instrumento. Explico. A instituição não mais existe pura e simplesmente para proteger-se, o direito de família não serve para proteger a instituição da família. Seu objetivo vai além, serve para proteger as pessoas que compõem e estão envolvidas com a família. Ora, bem mais sensato e justo instituir o direito de família para proteger pessoas ao invés de instituição fictícia.

A família atual é Eudemonista, busca a felicidade e a realização pessoal do ser humano. Quem constitui uma família não o faz para ter direito protegido, o faz para ter alegria, bem-estar, contentamento. E é essa a família que a Defensoria Pública do Tocantins busca proteger.

## **2 O ASSISTIDO DA DEFENSORIA PÚBLICA**

A Defensoria Pública é instituição integrante de uma verdadeira Procuratura Pública do Estado, que se divide em três ramos: Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia do Estado. Abrange o Estado Democrático de Direito, respectivamente, a defesa dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade, dos interesses dos hipossuficientes e de interesses públicos confiados à administração do Estado, consubstanciando espécies de um mesmo gênero. Isso justifica o “tratamento tópico unitário de todos esses ramos no

mesmo capítulo da Magna Carta” (MOREIRA NETO; TOFFOLI, 2009, p. 26), inexistindo hierarquia entre as instituições indicadas.

Assim, a Defensoria Pública é instituição com função essencial à justiça (Título IV, Capítulo IV, Seção IV, CF/88) encarregada de orientar e defender o interesse dos necessitados, de forma gratuita e integral, concretizando direito fundamental do indivíduo – consagrado no artigo 5º, inciso LXXVII – que comprove insuficiência de recursos.

O direito à assistência jurídica gratuita está previsto na Constituição desde 1988, e desde o ano de 1950 há legislação disciplinando a concessão da assistência judiciária aos necessitados (Lei n. 1.060).

A assistência judiciária é mais ampla e compreende isenções de, por exemplo: taxas judiciais, emolumentos e custas, despesas com publicações e com realização do DNA, depósitos e honorários de advogado. Já a assistência jurídica é restrita, referindo-se apenas a esta última despesa, que se refere aos honorários advocatícios.

No entanto, o papel da Defensoria vai além de ajuizar e defender o hipossuficiente em ações judiciais sem cobrar-lhe honorários advocatícios. Em verdade, a instituição deve promover os direitos humanos, fomentando o regime democrático no Brasil.

Sobre o enquadramento do cidadão como hipossuficiente, a Lei n. 1.060/1950 disciplina, em seu art. 4º, que o benefício de assistência judiciária será gozado pela parte mediante sua simples declaração de que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família.

Interessante notar que o rendimento mensal da pessoa ou seu passado abastado não importa para o indeferimento da assistência judiciária. Basta que o hipossuficiente se encontre atualmente com dificuldades financeiras ou com o salário comprometido de tal forma que não consiga arcar com honorários e custas sem comprometer seu sustento ou o de sua família.

Essa declaração firmada tem presunção relativa de veracidade, podendo ser contestada por provas em contrário. A pena para a falsa declaração de pobreza é a multa de até o décuplo das custas judiciais (art. 4º, § 1º, Lei n. 1.060/1950), não havendo de se falar em crime de falsidade ideológica ou de uso de documento falso.

O perfil do assistido atendido pela Defensoria Pública do Tocantins na área da Família é de extrema pobreza. Por vezes, não possuem sequer os documentos básicos de identificação para o ajuizamento da ação.

Pela Resolução CSDP n. 104/2014, foi fixado que é considerado assistido na Defensoria Pública do Tocantins o cidadão que tenha renda

mensal de até 3 (três) salários mínimos individualmente ou familiar de até 5 (cinco) salários mínimos. Ademais, não se permite o atendimento de quem: seja proprietário, titular de aquisição, herdeiro, ou legatário de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos; ou que possua investimentos financeiros em aplicações superiores a 20 (vinte) salários mínimos.

### **3 NA PRÁTICA: AÇÕES MAIS COMUNS E DIFICULDADES ENCONTRADAS**

Na comarca de Palmas, o atendimento do assistido funciona conforme se explica a seguir. Primeiramente, é feita uma triagem para constatar a situação de hipossuficiência da pessoa. Para os assuntos que resultem em ações menos complexas, o assistido é encaminhado ao Central de Atendimento à Família – CAF, que foi implementado e está em funcionamento desde setembro de 2014. Essa Central desafoga a agenda dos Defensores Públicos que atuam na área da família e agiliza o atendimento aos assistidos que têm problemas mais fáceis de serem resolvidos, uma vez que faz o atendimento e o ajuizamento de ações mais simples. Normalmente, o CAF é responsável pelos seguintes tipos de ações: alimentos, divórcio (sem grandes disputas), reconhecimento e dissolução de união estável, alvará judicial, entre outras.

Já quando o caso concreto se apresenta com uma maior complexidade, o assistido é encaminhado para atendimento inicial com o Defensor Público, que esclarecerá sobre os documentos imprescindíveis, a exemplo das ações de inventário, guarda e outras.

Os atendimentos iniciais são realizados por meio da Solução Avançada em Atendimento de Referência – SOLAR, que organiza a agenda diária do defensor. Nele é lançado o histórico do caso apresentado, além de armazenar os documentos escaneados indispensáveis à propositura da ação judicial, facilitando a elaboração da providência jurídica adequada, como petição inicial e contestação. Sem se olvidar que o sistema SOLAR é interligado com o processo judicial eletrônico – EPROC, propiciando colheita de dados para a quantificação da produtividade do Defensor.

Observa-se, entretanto, que, apesar de se implementar melhoria e simplificação no atendimento ao assistido com uso de ferramentas eletrônicas, deve-se buscar meios eficazes de enfrentar problemas sempre presentes na atuação prática, como localização de endereço das partes em processos em trâmite, que não raro mudam de residência sem a devida comunicação. Assim, é necessária a parceria entre Poder Judiciário e o Ministério Público para, também, por meio de sistemas informatizados, como o da justiça eleitoral e ou-

tros, objetivar sanar irregularidades que podem culminar na extinção do feito sem apreciação do mérito, sendo evidente o prejuízo ao assistido.

Importante mencionar que, na prática, verifica-se um aumento no número de demandas em razão do exercício da função de curadoria especial exercida pela Defensoria Pública, conforme prescreve o art. 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994. Dessa forma, o múnus público previsto no art. 9º do CPC passou a ser exercido pelo defensor público, que não terá direito ao recebimento de honorários, em razão de estar no exercício de uma função institucional, já sendo remunerado mediante subsídio em parcela única, conforme já decidiu o Egrégio STJ (BRASIL, 2013).

Contudo, observa-se que, ao final da demanda, se a parte defendida pelo curador especial obter êxito na demanda, a instituição Defensoria Pública terá direito aos honorários sucumbenciais, conforme art. 20 do CPC, salvo se o autor da ação era a pessoa jurídica de direito público a qual pertença, como prevê a Súmula 421 do E. STJ.

Por outro lado, também se verifica o incremento das demandas patrocinadas pela Defensoria Pública quando há a nomeação judicial do defensor público para o encargo de inventariante, posicionamento criticável, recorrível via agravo de instrumento. Isso porque não faz parte das funções institucionais da Defensoria Pública definidas na LC n. 80/1994 exercer tal mister, sobretudo por existir notória incompatibilidade entre a defesa do hipossuficiente e a administração do patrimônio privado. Assim, não cabe ao magistrado ampliar os limites da atuação institucional da defensoria pública, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes, valor caro ao Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, sem prejuízos da busca por soluções vivenciadas na prática pelo Defensor Público, uma preocupação permanente que deve sempre fazer parte da Defensoria Pública é a promoção de campanhas de esclarecimento ao público alvo, população carente, por meio da mídia e ampla divulgação. Objetiva-se não somente facilitar o acesso à justiça daqueles que sequer sabem dos seus direitos, mas também afirmar o papel da Defensoria Pública como instituição voltada à tutela dos direitos do hipossuficientes por expressa disposição constitucional.

#### **4 DESAFIOS**

Atualmente, a Defensoria Pública do Tocantins conta com 119 vagas preenchidas por Defensores Públicos, tendo recentemente sido publicada lei que aumenta esse quantitativo em 41 membros. Essa estrutura mais ampliada, juntamente com o recurso orçamentário próprio, corrobora com a ideia de uma Defensoria mais independente e atuante no Estado.

Ademais, a capilaridade da instituição é visível, sendo uma das primeiras Defensorias estaduais a contar com estrutura em todas as comarcas do Estado, funcionando em sede própria e com quadro próprio de servidores. Essa realidade é diversa de quando funcionava muitas vezes em locais cedidos pelo Judiciário, em salas emprestadas dentro dos Fóruns e com servidores cedidos pelo Estado ou municípios, além de atender inclusive regiões mais isoladas, como municípios de difícil acesso e áreas rurais por meio da Defensoria Pública Itinerante.

Diante de uma situação atual tão favorável ao crescimento e ao aperfeiçoamento das Defensorias Públicas no Brasil, desafios que surgem devem ser enfrentados, principalmente a fim de manter a qualidade do serviço. Esta lhe é essencial, ao conseguir atender a crescente demanda de ações que envolvem a instituição, assegurando com dignidade o acesso à Justiça para as pessoas de poucos recursos financeiros.

O aumento de atendimentos na área da família pode levar a Defensoria a se aperfeiçoar, como se vê na Central de Atendimento à Família (CAF). Para tanto, deve-se padronizar um modelo de atuação a partir de convênios com Faculdades de Direito, para se ampliar a capacidade de atendimento com supervisão de defensor público atuante na área da Família. Por exemplo: pode-se superar o modelo atual, em que cada defensor atuante é responsável direto por no mínimo 10 (dez) atendimentos diários, passando este a monitorar e acompanhar, por dia, 5 bancas de atendimentos feitos por acadêmicos ou bacharéis em Direito, cada uma responsável diretamente por 10 (dez) atendimentos diários.

E mais, com a demanda crescente, é imprescindível que o quadro de pessoal da instituição esteja sempre ocupado, com servidores e estagiários atualizados, treinados e satisfeitos, a fim de que o serviço prestado à população carente seja também expandido com a mesma qualidade que tem hoje.

## **CONCLUSÃO**

O conceito de família foi alargado atualmente, ademais, as relações afetivas estão cada vez mais sendo reconhecidas pelo direito. Por outro lado, a Defensoria Pública passa por processo de consagração na sociedade brasileira, ampliação e divulgação de suas ações, por meio de propagandas nas mídias chamando o assistido a procurar a instituição, caso haja lesão a direito seu. Esses acontecimentos influenciam sobremaneira no trabalho do órgão de execução da Defensoria.

O presente trabalho buscou dar uma visão do dia a dia do trabalho dentro da instituição no ramo da Família, especificando a característica do assistido, as ações mais procuradas, os problemas enfrentados e o que se

esperar da Defensoria nos próximos anos.

É vital o reconhecimento da importância de cada um que participa para que o hipossuficiente seja atendido satisfatoriamente e tenha seu problema resolvido efetivamente, buscando-se, assim, o princípio constitucional basilar de igualdade entre as pessoas, independentemente da condição financeira, ao garantir amplo acesso ao Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1985**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 80 de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 1.201.674-SP**, Rel. Min. Luis Felipe

Salomão, julgado em 6/6/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22219502/recurso-especial-resp-1201674-sp-2010-0130999-8-stj/in-teiro-teor-22219503>>. Acesso em: 1 jan. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 1 jan. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná. **As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

MARQUES, Eliale. **O atual conceito de constituição de família e a sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32837/o-atual-conceito-de-constituicao-de-familia-e-a-sua-positivacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro#ixzz3raa165dd>>. Acesso em: 1 set. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; TOFFOLI, José Antônio Dias. **Advocacia de Estados**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em: 1 set. 2015.

TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br/media/download/38699d58f1c74c17ee2b40985eb-511fa.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Resolução - CSDP n. 104/2014**. Disponível em: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br/defensoria/beneficiarios/>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Sistema de Atendimento da Defensoria Pública (SISAT)**. Disponível em: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br>>. Acesso em: 1 jan. 2016.



## COMUNICAÇÃO BREVE

### A ACEITAÇÃO DA PRODUÇÃO JORNALÍSTICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

Alessandra Bonfim Bacelar de Abreu Adrian<sup>1</sup>

Rose Dayanne Santana Nogueira<sup>2</sup>

**OBJETIVO:** verificar a aceitação das matérias produzidas pela equipe de jornalismo da Assessoria de Comunicação – Ascom da Defensoria Pública do Estado do Tocantins – DPE-TO, demonstrando a consolidação da DPE-TO como uma fonte de notícia confiável.

**MÉTODOS:** para essa verificação, optamos pela pesquisa aplicada, com objetivo descritivo, na qual utilizamos análises quantitativas e qualitativas dos dados coletados por meio da ferramenta de pesquisa on-line do Google. Essa ferramenta permite à pesquisa a obtenção de respostas tabuladas, após finalizada. Também foram utilizados dados referentes ao serviço de clipagem – catalogação das notícias veiculadas em TV, Rádio, Jornal Impresso e Sites de notícias.

**RESULTADOS:** a tabulação dos dados da consulta e clipagem revelam que os veículos de comunicação, em sua maioria, utilizam as informações repassadas por meio das matérias da Assessoria de Comunicação da DPE-TO.

**CONCLUSÃO:** pode-se concluir que o modelo de trabalho adotado pela Ascom da DPE-TO resultou em mais aceitação pelo material produzido, além de retorno em mídia espontânea.

---

<sup>1</sup> Graduada em Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo pelo CEULP/ULBRA - Centro Universitário Luterano de Palmas e Licenciada em Pedagogia com Habilitação em Magistério pela UFCe - Universidade Federal do Ceará. Especialista em Educação, Comunicação e Novas Tecnologias pela UNITINS e em Gestão da Comunicação e Marketing pela FACTO - Faculdade Católica do Tocantins. Pós-graduanda em Ensino da Comunicação/Jornalismo pela UFT - Universidade Federal do Tocantins. Vice-presidente do SINDJOR - Sindicato dos Jornalistas do Tocantins (Gestão 2013 a 2016). Analista em Gestão Especializado – Jornalismo na Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

<sup>2</sup> Analista em Gestão Especializada – Jornalismo da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Graduada em Comunicação Social – Habilitação em Jornalismo (ULBRA). Especialista em Gestão Pública e Sociedade (UFT) e Assessoria de Imprensa (IEP). Diretora da Comissão Estadual de Jornalistas em Assessoria do Sindicato de Jornalistas do Estado do Tocantins gestão 2013/2016.

## INTRODUÇÃO

Diariamente, a equipe de jornalismo da DPE-TO realiza um trabalho de articulação junto aos veículos de comunicação do Estado. Produzem e enviam matérias (diferentemente de *releases*), atendem jornalistas e assessorados – Defensores Públicos, Servidores, e até mesmo Assistidos – e fazem articulação da veiculação do material produzido na Ascom.

Essa Comunicação Breve tem por objetivo verificar a aceitação das matérias produzidas dentro da Assessoria de Comunicação de DPE-TO pela equipe de jornalismo e, assim, demonstrar a consolidação da Defensoria Pública do Estado do Tocantins como uma fonte de notícia confiável, em que o trabalho realizado pela equipe de jornalismo – junto aos veículos de comunicação para a divulgação das atividades realizadas pelos Defensores Públicos e Servidores da Instituição – vai além da produção de notícias. Visa também à Educação em Direitos, uma vez que os leitores podem se informar além do fato ocorrido, acessando informações sobre direitos, o que justifica, por assim dizer, a preferência em redigir matérias em que se utilizam personagens/Assistidos de forma ilustrativa, servindo de referência para outras pessoas que, por ventura, passem pelo mesmo problema.

Assim, no exercício diário, a Assessoria de Comunicação da DPE-TO se tornou uma fonte para os veículos de comunicação, por fornecer matérias, entrevistados, informações, sugerindo pautas de situações que poderão significar atendimentos para a Instituição.

## MÉTODOS

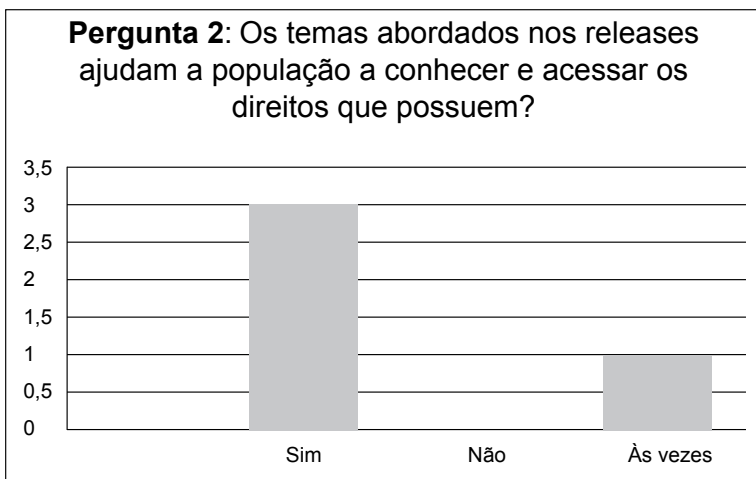
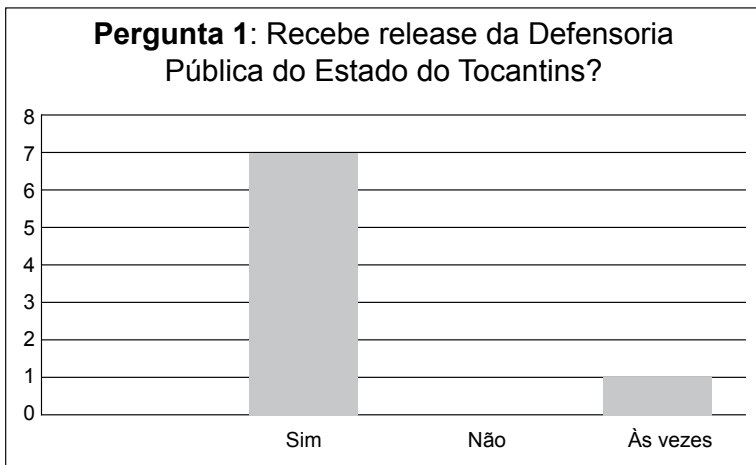
Para confecção desta Comunicação Breve, optamos por pesquisa de natureza aplicada com objetivo descritivo, utilizando análises quantitativas e qualitativas, a partir dos dados levantados (DALFOVO et al., 2008). Objetivou-se verificar a aceitação, por meio de uma consulta junto aos veículos de comunicação de Palmas, Araguaína e Gurupi, com intuito de colher informações de como eles percebem o trabalho da DPE-TO.

Para chegar aos resultados que subsidiassem a hipótese, foi elaborado um questionário on-line da Plataforma Google e distribuído a 10 veículos de comunicação, observando a constância nas publicações, além de serem os maiores publicadores de matérias produzidas pela Ascom.

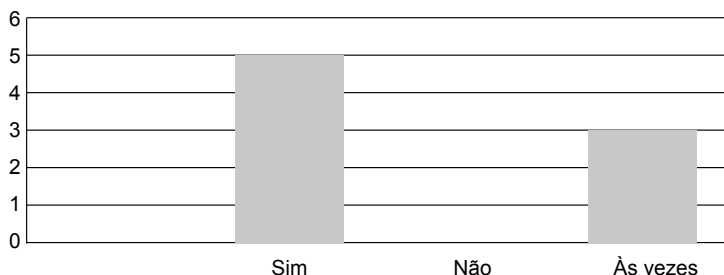
O questionário foi enviado via e-mail aos editores dos veículos de comunicação com uma mensagem explicativa do que se tratava e qual era a intenção com os resultados obtidos. Foi composto por cinco perguntas, sendo quatro fechadas e uma aberta, em que poderia incluir uma resposta diferente das indicadas. Estipulou-se um prazo de seis dias para

resposta e, após esse período, foi retirada do ar.

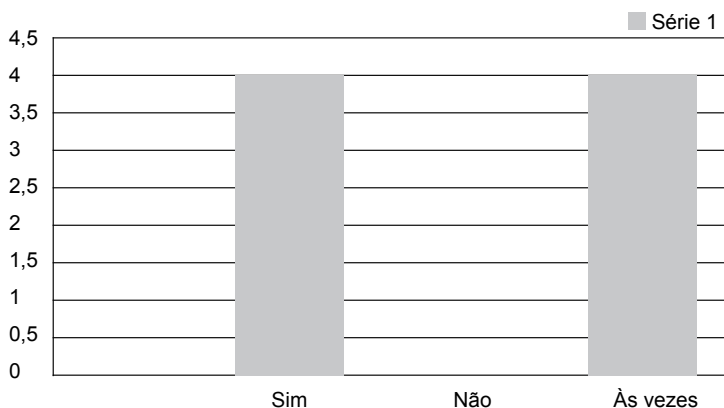
Os dados coletados já aparecem tabulados pela própria ferramenta, o que possibilitou a visualização de todas as respostas. Também foram utilizados os dados do serviço de clipagem, contratados via licitação, e da produção de textos das jornalistas.



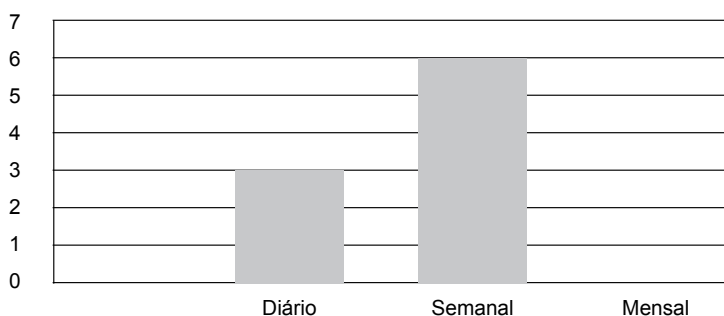
**Pergunta 3:** Os temas abordados nos releases são de relevância para a população hipossuficiente/carente?



**Pergunta 4:** Você utiliza na produção jornalística os releases enviados por jornalistas da Defensoria Pública?



**Pergunta 5:** Com qual frequência recebe o material produzido pelas jornalistas da DPE-TO?



## RESULTADOS

No ano de 2014, foram distribuídas 535 matérias para imprensa, produzidas pelas jornalistas nos municípios de Araguaína, Palmas e Gurupi, o que resultou, segundo dados da empresa responsável pela Clipagem, um total de 2.327 inserções na imprensa – Rádio, TV, Internet, Impresso.

Um total de oito veículos respondeu a consulta, dos 10 que a receberam. As perguntas e as respostas podem ser conferidas nos gráficos a seguir.

## DISCUSSÃO

Todos os dias, a DPE-TO produz notícias abordando a atuação dos Defensores Públicos e Servidores do Quadro Auxiliar da Instituição, distribuídos pelas nove Regionais no Estado, e um escritório de representação em Brasília, 11 Núcleos Especializados, Corregedoria Geral e do Centro de Estudos Jurídicos – Cejur. Esse material é feito no sentido de divulgar a Instituição, porém, com um olhar apurado, percebe-se que a produção jornalística pode ser utilizada com outro propósito, o de educar e desvendar o que de fato pode ser feito para a população hipossuficiente, no que diz respeito ao atendimento jurídico.

A consulta mostra que os veículos de comunicação têm na DPE-TO não apenas uma fonte de informação, mas, em um conceito ampliado de confiabilidade e aceitação, uma fonte de notícias para produção de matérias jornalísticas nos diferentes meios. Conforme aponta Schmitz (2011), nessa percepção, é preciso diferenciar o que ele chama de fonte de informação e fonte de notícia “no sentido de que qualquer informação está disponível a alguém. Já a fonte de notícia necessita de um meio de transmissão, de um mediador, que faça circular o seu conhecimento ou saber”.

Schmitz (2011, p. 9) diz que, no jornalismo, o significado de “fonte” é algo paradoxal, pois

De uma “fonte limpa” espera-se origem certa, segura; mediante informação insuspeita, autorizada. Igualmente, “ir à fonte”, sugere dirigir-se a quem pode fornecer informação exata sobre algo ou explicar a origem do fato. Isso se aplica ao jornalismo investigativo, mas perde a lógica, quando a fonte age proativamente, oferecendo notícia pronta. A maioria das informações jornalísticas advém de organizações ou personagens que testemunham ou participam de eventos e fatos de interesse da mídia. O mundo moderno obriga o jornalista a produzir notícias que não presencia nem entende. Isso pro-

vocou a difusão da assessoria de imprensa, que articula as informações entre a fonte e o jornalista.

As respostas nos trazem a percepção dos veículos de que a Instituição fornece informações de relevância aos cidadãos e, por esse motivo, merecem ser divulgadas por representar também garantia de audiência. Percebe-se, ainda, que os jornalistas dos veículos de comunicação encontram nos textos informações que podem ser aproveitadas nas matérias que produzem no dia a dia. Tanto é que das oito respostas cinco concordam ser temas de relevância para a população hipossuficiente. Logo, a DPE-TO pode ser considerada como uma fonte de notícias, ou seja, uma difusora de notícias, que se diferencia das tradicionais mídias.

Schmitz (2011, p. 9) explica que

Fontes de notícias são pessoas, organizações, grupos sociais ou referências; envolvidas direta ou indiretamente a fatos e eventos; que agem de forma proativa, ativa, passiva ou reativa; sendo confiáveis, fidedignas ou duvidosas; de quem os jornalistas obtêm informações de modo explícito ou confidencial para transmitir ao público, por meio de uma mídia.

E tal confiabilidade e aceitação advêm ainda da relação mútua, permanente e sustentável que a fonte estabelece com os meios de comunicação e, na maioria das vezes, tal articulação resulta em pautas positivas para a Instituição, o que conseqüentemente resulta em assuntos de interesse da população atendida pela Defensoria Pública.

Schmitz (2011, p. 12) afirma que,

Aliás, “os promotores de notícias” passaram a interferir de forma decisiva no processo jornalístico, sendo também produtores ostensivos de conteúdos com qualidade de notícias, garantindo o seu espaço nos processos jornalísticos. Enfim, têm o poder e a capacidade de criar acontecimentos públicos adaptados à noticiabilidade. Partem das práticas e critérios dos jornalistas e tratam de oferecer conteúdos que atendam aos requisitos que tornam um acontecimento, uma notícia irrecusável. Assim, o jornalismo torna-se apenas o mediador entre quem produz a notícia e o público, devido aos custos para obter a informação, ao enxugamento das redações, à pro-

liferação de assessorias e agências de comunicação e à capacitação das fontes para o relacionamento com a mídia.

## CONCLUSÃO

Para os jornalistas que atuam nas Assessorias de Comunicação, a grande vitória é verificar a repercussão/divulgação/aceitação do material produzido. Ocupar os espaços dos veículos de comunicação por meio da mídia espontânea é a certeza de um bom trabalho executado, exploração de um tema relevante e de interesse público. Segundo Kunsch (2003), as boas relações entre as instituições/organizações dependem de um bom relacionamento, a manutenção de diálogos contínuos, com foco a vencer todos os entraves, buscando atender aos interesses mútuos.

A verificação feita junto aos veículos de comunicação que mais publicaram matérias enviadas pela Assessoria de Comunicação da DPE-TO revela um *feedback* necessário ao trabalho, representa a consolidação de uma proposta de utilizar o jornalismo com o viés da Educação em Direitos, não apenas repassando fatos, mas se atentando a repassar aos leitores informações que podem influenciar positivamente em suas vidas. As repostas também refletem uma reputação em franca consolidação, baseado no que explicita Thevissen (2002), ao dizer que a reputação pode ser entendida como um crédito de confiança, adquirido pela empresa, estando esse crédito associado a um bom nome, familiaridade, boa vontade, credibilidade e reconhecimento.

Após análise das informações coletadas, da análise dos números da clipagem e da revisita à literatura, podemos concluir que o trabalho realizada pela equipe de jornalistas da DPE-TO vem a cada ano ganhando mais espaço e fortalecendo a Instituição como uma grande Fonte de Notícias.

## REFERÊNCIAS

DALFOVO, Michael Samir; LANA, Rogério Adilson; SILVEIRA, Amélia. Métodos quantitativos e qualitativos: um resgate teórico. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada**. Blumenau, v.2, n.4, p.01- 13, Sem II. 2008. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/metodos\\_quantitativos\\_e\\_qualitativos\\_um\\_resgate\\_teorico.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/metodos_quantitativos_e_qualitativos_um_resgate_teorico.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

KUNSCH, Margarida Maria Krohling. **Planejamento de relações públicas na comunicação integrada**. 4. ed. rev., atualizada e ampl. São Paulo: Summus, 2003.

SCHMITZ, Aldo Antonio. **Fontes de notícias**: ações e estratégias das fontes no jornalismo. Florianópolis: Combook, 2011.

THEVISSSEN, Frank. Belgium: corporate reputation in the eye of the beholder. **Corporate Reputation Review**, London, v. 4, n. 4, 2002.

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: O COMPANHEIRO COMO SUCESSOR NECESSÁRIO

Glauciana Silva Montelo<sup>1</sup>

### RESUMO

A inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil vigente resulta no fato de não reconhecer o companheiro como herdeiro necessário, garantindo-lhe somente direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência da união. Em contrapartida, a Constituição Federal vigente, com o escopo de conferir proteção especial à família, reconheceu a união estável como entidade familiar, em posição de igualdade com o casamento. Tal diferenciação resultou em nítido desprestígio ao companheiro, cujos direitos sucessórios são gravemente violados. A relevância deste artigo volta-se para a defesa da incompatibilidade desse dispositivo com a Carta Magna, por representar afronta à dignidade da pessoa humana e aos princípios atinentes ao assunto. Esta pesquisa foi desenvolvida a partir de estudos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais, o que permite uma análise crítica e apurada a respeito do reflexo social da questão.

**Palavras-chave:** Companheiro. União estável. Sucessão. Inconstitucionalidade.

### ABSTRACT

The unconstitutionality of article 1790 of Civil Code current results in fact does not recognize the partner as necessary heir, guaranteeing you only right the succession competition on goods purchased at Union duration. However, the current Federal Constitution, with scope to giving special protection to the family, recognized the stable union as a family entity, at position of equality with the marriage. Such differentiation resulted in sharp discredit to the partner, whose succession rights are severely violated. The relevance of this article, turns to the defense of the incompatibility of this device with the Magna Carta, to represent

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione de Araguaína-TO, Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.



affront to human dignity and the principles relating to the matter. This study was developed from bibliographic studies, doctrinal and jurisprudential, which allows a critical analysis and accurate about the social reflection of the question.

**Keywords:** Partner. Stable Union. Succession. Unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu à união estável o título de entidade familiar, tal qual já ocorria com o casamento. Tal postura denota clara intenção de proteger a família constituída pela convivência de pessoas que, apesar de não possuírem impedimentos para o casamento, optaram por não casar.

Em razão do princípio da igualdade, com a nova roupagem conferida à união estável, o companheiro passa a ter os mesmos direitos do cônjuge, pois casamento e união estável não diferem mais enquanto entidade familiar.

Assim, a promulgação da Carta Magna representou grande evolução, pois, a partir de então, os companheiros passaram a ter direitos familiares e sucessórios até então negados no ordenamento jurídico anterior.

Apesar disso, o Código Civil resolveu dar ao companheiro tratamento diferente do que garante ao cônjuge, em completo prejuízo ao primeiro.

A lei civilista diferencia de forma discriminatória a sucessão do companheiro em relação à do cônjuge, em completo retrocesso, a partir do momento em que limita a herança do convivente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Ainda, confere parcela inferior à do cônjuge na herança, não tratando aquele como herdeiro necessário, o que lança por terra várias conquistas sociais da sociedade para o reconhecimento da união estável como família.

Portanto, os parâmetros fixados pela Lei n. 10.406/2002 não respeitam a igualdade estampada na Constituição vigente, o que gera grandes discussões doutrinárias e jurisprudências sobre a sua constitucionalidade, especialmente do art. 1.790 da Lei, conforme se verá neste estudo.

## 1 DA UNIÃO ESTÁVEL: ASPECTOS HISTÓRICOS

A união entre homem e mulher, sem quaisquer impedimentos, foi chamada durante muito tempo de concubinato. Assim, perante a lei, era tida como uma relação irregular, não sendo reconhecida como uma entidade familiar, por mais que as contraentes estivessem completamente livres.

O Código Civil de 1916 criava sérias restrições à união estável, chegando a impedir, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou, ainda, a inclusão desta como beneficiária em seguro vida.

O status conferido a esse tipo de relação era infinitamente inferior ao

do casamento. Este, sim, era tido como uma união de acordo com bons preceitos morais da época.

Ocorre que essa sempre foi uma prática corriqueira, inclusive de pessoas que optavam por não formalizar a relação com o casamento, apesar de sempre ter sido vista como uma prática contrária às tradições e aos velhos costumes.

Especialmente com a revolução dos costumes de 1960, muitas pessoas de classe média e alta passaram a constituir família sem o casamento, sem nenhum tipo de impedimento, por mera opção. O pensamento da época era que o casamento representava tão somente uma folha de papel, sem qualquer diferença prática, e, portanto, desnecessário para constituir uma vida conjugal duradoura baseada no afeto e no companheirismo.

Todavia, embora não necessitassem do casamento para constituir o relacionamento que almejavam, as pessoas da época enfrentavam grandes entraves jurídicos quando da dissolução do vínculo, pois o ordenamento jurídico da época não o reconhecia como entidade familiar e suprimia vários direitos inerentes à união.

Sobre o assunto, explica Fábio Ulhoa Coelho (2012, *epub*) que

A visão daqueles jovens de classe média ou rica que optaram por se unir sem casar estava equivocada. O casamento não era apenas uma folha de papel, mas ato de que derivavam consequências jurídicas precisas. Quando o enlace não frutificava, era muito mais difícil a justa e equilibrada composição dos interesses, tanto pessoais (guarda do filho, visitas) como patrimoniais (divisão dos bens adquiridos pelo esforço comum). Na separação, a folha de papel mostrava sua serventia e os prejudicados lamentavam não ter atentado à importância jurídica que tinha então o casamento.

Com o passar do tempo, aos poucos, a união estável foi sendo fortalecida no ordenamento jurídico.

Já na segunda metade do século passado, foi conferido à companheira o direito de alimentos e, tempos depois, a união estável passou a ser reconhecida como sociedade de fato que já permitia a divisão dos bens adquiridos durante o relacionamento entre os consortes.

Por fim, em 1988, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, garantindo proteção especial a esse conceito de família.

## 2 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Não obstante o companheiro tenha exatamente a mesma função do cônjuge nesse sentido, aquele não recebeu o mesmo tratamento pelo Código Civil de 2002.

Para Fabio Ulhoa Coelho (2012, *epub*), a justificativa para a crescente valorização da figura do cônjuge no direito sucessório se dá “em função do reconhecimento de sua maior contribuição para a formação do patrimônio a partilhar”.

Inicialmente, tem-se que a sucessão do companheiro no Código Civil de 2002 não foi tratada no capítulo referente à vocação hereditária, juntamente com o cônjuge, mas nas disposições gerais.

Seguindo a toada da Constituição, a Lei n. 8.971/1994 regulamentou o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, ampliando o rol dos herdeiros estabelecido no art. 1.603 do Código Civil de 2016. Já a Lei n. 9.278/1996 regulamentou o art. 226, § 3º da CF, definindo a união estável como entidade familiar e dando ao companheiro o direito de herdar. Ademais, as supramencionadas leis conferiam à companheira o direito do usufruto viual e do direito real de habitação, e ao conferir tais institutos em qualquer caso ao companheiro, acabou por beneficiá-lo em relação ao cônjuge, que só teria direito aos benefícios a depender do regime de bens adotado.

Assim, em síntese, até 2002, quando foi modificada a sistemática sucessória dos companheiros e dos cônjuges, ambos tinham o mesmo tratamento. Já em relação aos companheiros, não existia sequer os incipientes direitos acima mencionados, e apenas em 1994, por meio da Lei n. 8.971, e em 1996, com a Lei n. 9.278, foram reconhecidos direitos sucessórios aos companheiros nos mesmos termos dos existentes até então aos cônjuges.

### 2.1 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO X SUCESSÃO DO CÔNJUGE (LEIS N. 8.971/1994 E N. 9.278/1996)

O Código Civil inovou no ordenamento jurídico, trazendo o cônjuge para posição mais privilegiada na ordem de vocação hereditária. No diploma de 1916, ocupava o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária e, na sistemática anterior a 1916, ocupava o quarto lugar, após os colaterais, os quais herdavam até o décimo grau!

#### 2.1.1 SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CC 2002

O Código Civil de 2002 disciplina a sucessão do cônjuge no art. 1.829, em que determina a ordem da vocação hereditária. Neste artigo, fica estabelecido

que o cônjuge concorre, na sucessão, com os descendentes e com os ascendentes do *de cujus*.

Note-se que, em concorrência com os descendentes, o cônjuge concorre a depender do regime de bens adotado no casamento, e concorrendo com os ascendentes não existe tal condição, já que concorre em todos os casos.

Inicialmente cumpre destacar que não se confunde meação com herança, aquela objeto do direito de família, decorrente do regime de bens adotado pelo casal, e esta decorrente da sucessão hereditária.

Ao se dar a morte do *de cujus*, a meação do companheiro resta intacta, pois a ele já pertencia durante toda a sociedade conjugal, não fazendo parte da herança. Quando o regime de bens adotado pelo cônjuge e o *de cujus* era o da comunhão universal de bens, depreende-se, da sistemática adotada pelo Código Civil, que ao cônjuge sobrevivente caberia apenas sua meação, não participando da sucessão quanto à meação do *de cujus*.

Quando casados no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge herdaria apenas sua parcela entre os bens particulares do *de cujus*, sendo mais uma vez excluído da partilha da meação do falecido. Por fim e de forma lógica, na separação obrigatória de bens, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro do *de cujus*. Entretanto, na separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente ingressa na sucessão como herdeiro necessário, concorrendo com os demais herdeiros.

Na sistemática atual, diferente da anterior, o cônjuge não concorre com os colaterais, de forma que, inexistindo ascendentes e descendentes do *de cujus*, o cônjuge herda a totalidade dos bens.

Entretanto somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente “se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente” (CC, art. 1.830).

Por fim, o usufruto viual, que era o direito que o cônjuge sobrevivente tinha de ficar com o usufruto vitalício de um quarto dos bens do *de cujus* foi extinto no novo Código, e o direito real de habitação foi mantido.

### 2.1.2 CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS* E OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

Inicialmente, cumpre destacar que, com o advento do Código Civil de 2002, que disciplinou a sucessão do companheiro, parte da doutrina entende que houve revogação tácita das Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996. Outrossim, existe corrente doutrinária sustentando que subsiste o disposto no art. 7º da Lei n. 9.278/1996, que regulamenta o direito real de habitação em favor do companhei-

ro sobrevivente. Tal se dá em virtude de o Código não ter disciplinado tal direito ao companheiro, não obstante o tenha feito para o cônjuge no art. 1.831.

Nesse sentido, o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”.

Enquanto todo o ordenamento jurídico caminha no sentido de igualar os direitos do companheiro e do cônjuge, o Código Civil andou em sentido contrário, fato que fica notável quando se faz uma análise do que dispõe o Código ao tratar da concorrência do companheiro tanto com os descendentes do *de cujus* e, mais acentuadamente, com os colaterais.

Conforme se depreende do *caput* do artigo 1.790 do Código Civil vigente, o companheiro só terá direitos sucessórios sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Tal regramento se distancia do que foi disposto para o cônjuge, que, quando casado em comunhão parcial de bens, é herdeiro quanto aos bens particulares do *de cujus*.

Prosseguindo, o artigo menciona que o companheiro, quando concorrer com filhos comuns, herdará cota igual a que caberia a cada um dos filhos. Entretanto, ao concorrer com descendentes exclusivos do *de cujus*, ao companheiro caberá apenas metade do montante que caberia a cada um daqueles.

Parcela majoritária da doutrina entende que houve óbvia atecnia na redação do inciso I do artigo, posto que deveria constar, igualmente ao II inciso, o termo descendentes, e não apenas filhos. Da mesma forma é a conclusão do Enunciado 266 CJP/STJ, da III Jornada de Direito Civil.

Caso haja sucessão híbrida, que, segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2011), ocorre quando presentes descendentes comuns e exclusivos do *de cujus*, a doutrina entende majoritariamente que devem se tratar todos os descendentes como se fossem comuns, aplicando-se o disposto no inciso I.

No inciso III, o Código dispõe que o companheiro concorrerá com os demais parentes sucessíveis, cabendo-lhe, nesse caso, um terço da herança. Por parentes sucessíveis, entende a melhor doutrina que estão incluídos ascendentes e os colaterais até quarto grau.

Dessa forma, tem-se que o cônjuge não concorre com os colaterais, e, na ausência de ascendentes e descendentes do *de cujus*, herda a totalidade da herança, conforme se depreende da inteligência do art. 1.838 do Código Civil. O mesmo não ocorre com o companheiro, que deverá herdar apenas um terço da herança, mesmo quando concorrer com colaterais até quarto grau.

Palpitante também é o tema em relação ao último inciso do artigo 1.790,

que prescreve que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança. Ocorre que a totalidade da herança diz respeito apenas aos bens adquiridos onerosamente, conforme já mencionado anteriormente. Assim, os bens particulares do *de cujus* seriam considerados vacantes e, por fim, entregues à Fazenda Pública, aplicando-se o art. 1.844 do Código Civil.

Questiona-se: caso o *de cujus* tenha deixado apenas bens particulares, deverão todos eles ser entregues à Fazenda Pública? A maioria da doutrina entende que os bens particulares, nesse caso, deverão ser entregues ao companheiro, em respeito à sistemática da Constituição Federal de 1988, que claramente colocou a união estável em posição de destaque, conferindo-a status de entidade familiar e aproximando-a dos efeitos do casamento.

Apesar dos debates que o tema enseja, a doutrina mais moderna diverge desse entendimento, defendendo que o regramento contido no art. 1.790 é eivado de inconstitucionalidade.

### **3 O COMPANHEIRO E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO**

O direito real de habitação é um direito sucessório previsto no art. 1.831 do Código Civil de 2002, que prevê ao cônjuge sobrevivente, em concorrência ou não, heteroaferivo ou homoaferivo, o direito de residir no imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único imóvel que compõe a herança.

Pela leitura do dispositivo legal em comento, é expressa a opção do legislador ordinário em beneficiar apenas o cônjuge sobrevivente, deixando de consagrar o companheiro como beneficiário do direito real de habitação sobre o imóvel do casal.

Sobre a possibilidade da extensão desse direito ao companheiro, formaram-se duas correntes diametralmente opostas. Para a corrente que não aceita tal extensão, utilizam-se dos argumentos de que o legislador fez um silêncio eloquente, pois se não previu nesse instituto o companheiro é porque não quis fazê-lo, bem como do argumento de que houve uma revogação tácita de todos os dispositivos que não foram incorporados pelo CC/02. Desse modo, a Lei n. 9.278/1996 teve vários dispositivos referentes à união estável consagrados no Novo Código Civil, com exclusão do seu art. 7º, parágrafo único, que tratava do direito real de habitação do companheiro.

Em que pese tal corrente ser sustentada por juristas de renome, este presente artigo filia-se à segunda corrente, qual seja, pela manutenção de tal direito sucessório ao companheiro.

Essa segunda corrente se sustenta em uma nova hermenêutica do Direito Civil Constitucional, levando em consideração o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88) e a proteção à moradia como direito

social previsto no art. 6º, *caput*, da CF/88. Bem como os princípios norteadores do Novo Código Civil, quais sejam, eticidade, sociabilidade e operabilidade.

Ademais, a doutrina e a jurisprudência amplamente majoritária entendem que, apesar do silêncio do legislador na previsão do companheiro como titular desse direito sucessório, de fato não houve a revogação expressa da Lei n. 9.278/1996, especificamente quanto ao art. 7º, parágrafo único, que tratava do direito real de habitação do companheiro.

Ou seja, apesar de o novo diploma civilista ter tratado da matéria, diante de sua omissão em tratar desse direito sucessório ao companheiro sobrevivente, deve prevalecer o princípio da especialidade, a fim de estender a esse direito real de habitação, em consonância com o art. 226, § 3º da CF/88.

Conforme mencionado acima, os tribunais vêm reconhecendo de forma ampla a extensão desse direito sucessório real ao companheiro, sendo essa diferenciação um atentado à isonomia das entidades familiares. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art. 7.º da Lei n. 9.278/1996. Recurso improvido. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7.º da Lei n. 9.278/1996. Precedente: REsp 1.220.838/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6.º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1.º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/1996 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido (BRASIL, 2012, *online*).

Direito civil. Sucessões. Direito real de habitação do cônjuge supérstite. Evolução legislativa. Situação jurídica mais van-

tajosa para o companheiro que para o cônjuge. Equiparação da união estável. 1. O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2. A Lei n.º 9.278/1996 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3. A Constituição Federal (artigo 226, § 3.º), ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2.º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4. Recurso especial improvido (BRASIL, 2011, *online*).

Por tudo que foi exposto, é possível, a partir de uma visão constitucional do Direito Civil, e por meio de uma interpretação sistêmica, harmonizar os dispositivos e postulados citados alhures a fim de estender ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação nos mesmos moldes previstos para o cônjuge sobrevivente.

#### **4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: O CÔNJUGE COMO SUCESSOR NECESSÁRIO**

O artigo 1.790 do Código Civil disciplina a sucessão do companheiro e é um dos dispositivos mais polêmicos e controversos na doutrina e na jurisprudência. Apesar de tal artigo estar alocado nas Disposições Gerais do Direito das Sucessões, o companheiro é, sim, um sucessor legítimo.

Zeno Veloso (2010, p. 166), publicando obra específica sobre o assunto, intitulada “Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro”, manifesta crítica severa ao art. 1.790 do Código Civil vigente, ao asseverar que

O art. 1.790 merece censura e crítica porque é deficiente e falho em substância. Significa um retrocesso evidente, representa verdadeiro equívoco. Tem alarmado e confundido a



doutrina; vem trazendo dúvida e incertezas para os tribunais; é forte elemento para a insegurança jurídica, com seus males formidáveis.

Da simples leitura, percebe-se que o artigo em comento reduz o companheiro para herdeiro somente quanto aos bens adquiridos durante a união estável, retirando-lhe o direito de herdar sobre os bens particulares do companheiro falecido.

Sobre o tema, explana Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2011, p. 420) que

O art. 1.790 do CC restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável!

De fato, o legislador desconsiderou o direito de herança do companheiro sobre os bens pertencentes ao outro, de antes da vigência da união estável. Tal direito é conferido de forma justa ao cônjuge, o que devia ser estendido ao companheiro, que formou família igualmente equiparada.

O prejuízo do companheiro é evidente, pois se fosse casada, a mesma pessoa herdaria a totalidade da herança, haja vista tratar-se de herdeira necessária.

Observe-se a discrepância na situação da companheira de muitos anos de um homem proprietário de vários bens antes do relacionamento deles. Caso ela venha a falecer, ela não herdará sobre tais bens. Tal situação é especialmente criticada pelo jurista Zeno Veloso (2010, p. 173), já que revela incontestemente prejuízo à companheira sobrevivente, pois

Essa restrição da incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma ra-

zão, quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse.

Resultado diferente teria se fosse casada, a quem caberia um quarto da herança, conforme preleciona o art. 1.832 do Código Civil, em verdadeira discriminação à companheira.

Além disso, é tema de fulminantes debates ainda o inciso III desse artigo, que disciplina que, se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, o que compreende ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a somente 1/3 da herança.

Sobre o assunto, Tartuce (2014, *epub*) destaca que,

[...] ao contrário do que ocorre em relação ao cônjuge, o convivente concorre com os colaterais até o quarto grau. Aqui, como se verá, a tese da inconstitucionalidade ganha reforço, inclusive deste autor, por colocar o companheiro em posição desfavorável no tocante a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social. Ora, em alguns casos não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo.

Também para Coelho (2012, *epub*), o regramento contido no inciso III do aludido artigo está em sentido diametralmente oposto aos preceitos constitucionais, sendo de clara inconstitucionalidade. O autor afirma que,

Em quarto lugar, é inconstitucional o art. 1.790, III, do CC. Quando concorre com os ascendentes do falecido, o companheiro deve ter o mesmo tratamento do cônjuge, com direito à metade da herança, exceto no caso de concurso com o pai e a mãe do falecido. Ademais, não precisa concorrer com os colaterais. Se o autor da herança não tinha descendentes nem ascendentes, o companheiro deve, a exemplo do cônjuge, herdar a totalidade da herança.

Frise-se, não há sentido no fato de a companheira ter de concorrer com parentes de até o quarto grau, como, por exemplo, tio do falecido, enquanto a pessoa casada não se submete a tal tratamento.

Na mesma situação, ou seja, não existindo descendentes do falecido, a esposa ou esposo herdam a totalidade da herança, pois é o tratamento que a lei lhes confere enquanto herdeiros necessários. Qual o problema com o direito sucessório do(a) companheiro(a)?

De acordo com o inciso V, somente se não houver parentes sucessíveis o companheiro herdaria a totalidade da herança, como se não fosse herdeira necessária. Além disso, ao companheiro não foi conferido direito real de habitação, da forma que é garantido ao cônjuge sobrevivente conforme visto alhures.

Dessa forma, questiona-se: tais diferenciações, evidentemente discriminatórias, estão em concordância com o princípio da igualdade e com o reconhecimento da união como entidade familiar feita pela Constituição Federal em vigor? Trata-se de algo irrazoável e desproporcional.

Nesse sentido, cabe destacar o ensinamento do civilista Zeno Veloso (2010, p. 159), jurista de inegável destaque a tratar do assunto:

Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família. Uma conclusão nesse sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com os fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna.

E complementa:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na

letra e no espírito, os fundamentos constitucionais (VELOSO, 2010, p. 165).

Trata-se de uma discussão que ultrapassa os fundamentos jurídicos, abrangendo também um fenômeno social cada vez mais consolidado e a que o Direito não pode conferir tratamento diferenciado, sobretudo para prejudicar os direitos sucessórios do companheiro.

Frise-se ainda que parte da doutrina, mesmo que minoritária, ainda trata da sucessão do companheiro considerando a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, colocando o companheiro em nítida desvantagem em questões sucessórias em relação ao cônjuge.

A argumentação doutrinária em prol da constitucionalidade do referido dispositivo gira em torno da equiparação ou não da união estável com o casamento, o que reflete em questões sucessórias. Defendendo tal posicionamento, Carlos Roberto Gonçalves (2012, *epub*) afirma que,

Efetivamente, a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse não teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo.

Ocorre que tal entendimento não se coaduna inclusive com a hermenêutica jurídica, já que um preceito constitucional, regulamentado por legislação infraconstitucional prevalece sobre a lei específica, em nome do princípio da Supremacia da Constituição.

A Constituição Federal equiparou expressamente a união estável com o casamento, inclusive tratando-a como entidade familiar sem qualquer distinção. Qualquer distinção deveria ter sido feita pela Lei Maior, e, em caso contrário, não há margem para o legislador ordinário assim proceder.

A respeito da hierarquia de normas, é indubitável no ordenamento pátrio que a Constituição ocupa posição de superioridade e que seus preceitos não podem ser contrariados pela legislação infraconstitucional.

De fato, o Código Civil é que deve ser alterado para estar de acordo com o texto constitucional, em nítida adoção de uma hermenêutica sistêmica, lógica e condizente com os princípios basilares da Carta Magna. Assim, o direito sucessório do cônjuge deve também ser equiparado pela legislação ordinária, por

ser o companheiro ente de um modelo familiar constitucional atento à realidade social e compatível com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, nota-se uma nítida incompatibilidade do art. 1.790 do Código Civil com o direito à herança protegido constitucionalmente. Ademais, tal dispositivo fere os princípios da igualdade no âmbito familiar, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante de tal situação, é urgente a necessidade de mudança para equiparar em nosso ordenamento jurídico o companheiro como herdeiro necessário, ou seja, conferir o mesmo tratamento que é dispensado ao cônjuge, haja vista todos serem igualmente formadores da família protegida pelo Estado Democrático de Direito.

## 5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Diante das considerações feitas até o presente momento sobre os dispositivos relativos ao tratamento desigual que o Código Civil de 2002 dispensa ao companheiro em relação ao cônjuge, impende trazer à baila o posicionamento da jurisprudência pátria acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790, CC/2002.

Conforme exposto no corpo deste artigo, existem diversos dispositivos civis que tratam o companheiro de forma discriminatória em relação ao cônjuge, entrando em rota de colisão constante com o art. 226, § 3.º, da CF/1988. Tal entendimento é chancelado por parte da jurisprudência pátria, que insiste em negar ao companheiro o direito sucessório como herdeiro necessário:

INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINOU QUANTO AO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA A APLICAÇÃO DA REGRA DISPOSTA NO ART. 1790, II, DO CÓDIGO CIVIL. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE. PRETENSÃO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. Em razão do falecimento do companheiro, ajuizou-se ação de inventário para partilha de bens, requerendo a agravante o reconhecimento do seu direito sucessório em concorrência com os descendentes do *de cujus* no tocante aos bens adquiridos a título gratuito, afastada a aplicação do art. 1790, II, do CC. 2. A constitucionalidade do art. 1.790 do CC já foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo e deve prevalecer. Em razão da cláusula constitucional de reserva e da súmula vinculante nesse

sentido, somente o Tribunal Pleno pode declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência, de modo que, já decidido em sentido contrário pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, não se admite solução diferente, cumprindo ao órgão de jurisdição fracionário de segundo grau aplicar a norma declarada constitucional. 3. Portanto, tendo o *de cujus* deixado herdeiros (descendentes), cabe à agravante apenas metade da herança que couber a cada um deles no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, além do direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Decisão mantida. Recurso não provido (SÃO PAULO, 2014, *online*).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações. 2. A teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do *de cujus* (MINAS GERAIS, 2014, *online*).

Trata-se de uma visão incompatível com os preceitos constitucionais, já que a Lei Maior equiparou como entidade familiar a união estável, conferindo o mesmo tratamento do casamento.

Polêmico, o assunto gera grandes discussões no meio jurisprudencial, pois enquanto há decisões que negam o direito sucessório do companheiro, sinalizando uma estreita constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, observa-se que não há ainda uma pacificação sobre a tese da inconstitucionalidade de todo o dispositivo do art. 1.790 do CC/2002. Nesse diapasão, é possível visualizar uma tendência em considerar o citado dispositivo inconstitucional por violar diversos postulados já expostos neste trabalho.

Vejamos os seguintes acórdãos que corroboram com a tese aqui sustentada:

União estável. Reconhecimento e dissolução. Companheiro falecido. Sucessão. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 II do CC/2002.** Falecido o companheiro deixando apenas um filho, sua companheira herda em concorrência com este, nos bens adquiridos a título gratuito. Interpretação sistemática da atual ordem constitucional. Art. 1.829, I, CC/2002 c/c 226 CF. Bem imóvel adquirido na constância da sociedade de fato deve ser partilhado. Recursos desprovidos (SÃO PAULO, 2009, grifos nossos).

Arrolamento. Companheiro sobrevivente. Reconhecimento incidental da união estável, à vista das provas produzidas nos autos. Possibilidade. Exclusão do colateral. **Inaplicabilidade do art. 1.790, III, do CC, por afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e leitura sistematizada do próprio Código Civil.** Equiparação ao cônjuge supérstite. Precedentes. Agravo improvido” (SÃO PAULO, 2009a, grifos nossos).

Sucessão do(a) companheiro(a). Decisão agravada que declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e determinou a retificação do plano de partilha apresentado pela companheira sobrevivente do autor da herança. Correção. **Inaplicabilidade do artigo 1.790 do CC/2002. Tratamento desigual dado pelo legislador aos viúvos (casados ou não) que afronta os postulados**

**constitucionais da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana.** Sucessão que deverá obedecer às regras da sucessão legítima dos cônjuges (art. 1.829 do CC/2002). Decisão mantida. Recurso desprovido, revogado o efeito suspensivo (SÃO PAULO, 2010, grifos nossos).

O entendimento acima apresenta, indubitavelmente, maior compatibilidade com os preceitos da Carta Magna, especialmente com o princípio da solidariedade social e confere maior eficácia aos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, que prevê expressamente a herança como direito fundamental. Somando-se a isso, conferiu o mesmo tratamento do casamento à união estável, traduzindo uma visão mais humana e condizente com a realidade social brasileira.

Em que pese os supracitados acórdãos não corresponderem a uma visão uníssona, consolida-se de forma crescente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, pois não é possível existir no sistema um tratamento desigual a institutos que foram considerados equivalentes (casamento e união estável), fundados em vínculos de solidariedade e afeto.

O assunto em tela é, além de polêmico, atual, haja vista que os direitos sucessórios do companheiro serão brevemente analisados de forma peculiar pelo Supremo Tribunal Federal, em um julgamento tendente a se tornar *leading case*.

Recentemente, em abril de 2015, a Suprema Corte reconheceu a repercussão geral do tema e irá julgar o Recurso Extraordinário (RE) 878.694, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

No caso concreto, oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a sentença de primeira instância reconheceu a companheira como herdeira universal do falecido, como se casada fosse. Tal decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça, que, entendendo pela constitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, conferiu apenas um terço da herança à companheira dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, em concorrência com os colaterais de quarto grau, e, ainda, excluindo-a da partilha da herança dos bens particulares do extinto.

Ao chegar à Corte Maior, a recorrente argumenta que o aludido artigo do Código Civil diferencia os direitos sucessórios entre companheira (o) e cônjuge, traduzindo em tratamento discriminatório à pessoa que vive em união estável, o que viola diretamente os artigos 5º, inciso I, e 226, § 3º, todos da Constituição. Além disso, pleiteia a aplicação do artigo 1.829 à união estável, dispositivo que trata sobre a ordem para a sucessão legítima, equiparando-se a pessoa que vive em união estável com a casada.

Dessa forma, é possível que seja uniformizado o entendimento juris-



prudencial acerca do tema, no sentido de estender à união estável o mesmo tratamento sucessório dispensado ao casamento. Isso porque seria o mais adequado aos preceitos do Direito Civil Constitucional vigente, já que reconhece a união estável como entidade familiar, garantindo integralmente todos os direitos sucessórios ao companheiro, especialmente os sucessórios.

## CONCLUSÃO

A história do Direito Civil brasileiro revela grande evolução no tocante ao reconhecimento da união estável. Hoje, tal relação é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, motivo pelo qual o ordenamento jurídico deve garantir direitos iguais, inclusive sucessórios, entre companheiro e cônjuge.

Destaca-se que essa equiparação é fruto de grandes lutas e conquistas sociais, pois, como se pode ver ao longo deste estudo, o companheiro sempre amargou uma inferioridade em relação ao cônjuge, especialmente no tocante ao direito das sucessões. Tal injustiça foi finalmente corrigida pela Constituição vigente, que garantiu a igualdade entre a união estável e o casamento, para todos os fins.

Por tais motivos, não se pode aceitar o tratamento desigual conferido pelo art. 1.790 do Código Civil ao disciplinar o direito do companheiro, tratando-o de forma inferior em relação ao direito sucessório do cônjuge, pois não guarda compatibilidade com os novos preceitos constitucionais.

A referida discriminação não merece proteção jurídica e representa, sim, verdadeiro retrocesso social, pois remonta à época em que a união não era considerada como entidade familiar, especialmente na questão sucessória.

O fato de ainda estar em vigor o referido dispositivo gera grave insegurança jurídica, pois, embora em contramão com os princípios constitucionais inerentes ao direito sucessório, ainda é aplicado por muitos magistrados, que entendem por sua constitucionalidade.

Finalmente, por todos os fundamentos supramencionados, o presente artigo permite a conclusão pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, devendo tal dispositivo ser totalmente revogado para que o companheiro seja realmente tratado como herdeiro necessário que é, em tal conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e como próprio Estado Democrático de Direito.

A polêmica que envolve a questão aqui tratada, principalmente jurisprudencial, pode ser pacificada por meio da edição de súmula vinculante, especialmente após o julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, ainda pendente de julgamento. Na ocasião do julgamento, o Supremo Tribunal Federal pode pronunciar-se, com efeito *erga omnes*, para garantir os direitos sucessórios do companheiro, conferindo, assim, força normativa à Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 117**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.156.744 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Rel: Min. BUZZI, Marco. Brasília, 09 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22614153/recurso-especial-resp-1156744-mg-2009-0175897-8-stj/inteiro-teor-22614154>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 821.660 do Tribunal do Distrito Federal e Territórios**. Rel: Min. BENETI, Sidnei. Brasília, 14 de junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletro-nica/stj-revista-eletronica-2011\\_223\\_capTerceiraTurma.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletro-nica/stj-revista-eletronica-2011_223_capTerceiraTurma.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 380**. Disponível em: <<http://www>.

stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\_301\_400>. Acesso em: 11 mar. 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil, família e sucessões**. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 7: Direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder** - Passado e Presente da Transmissão Sucessória Concorrente. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 10024131124562001 MG**, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 05/06/2014, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/06/2014. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 11 mar. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Arguição de Inconstitucionalidade nº 00326654020118190000**. Rio de Janeiro, 11 de junho de 2012. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 609.024.4/4**, Acórdão 3618121, 8ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 06.05.2009, DJESP 17.06.2009a. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 994.09.283225-0**, Acórdão 4391378, 1ª Câmara de Direito Privado, Bauru, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 23.03.2010, DJESP 12.05.2010. Recurso Extraordinário (RE) 878.694. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 00781868620138260000**. Rel: Des. SANDEVILLE, Eduardo Sá Pinto. São Paulo, 07 de abril de 2010. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 21616945620148260000 SP 2161694-56.2014.8.26.0000**, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 28/10/2014, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2014. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 520.626.4/3**. Acórdão 4223691, 4ª Câmara de Direito Privado, Piracicaba, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 26.11.2009, DJESP 18.12.2009. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 99408061243-8**. Rel: Des. TRUJILLO, Elcio. São Paulo. Disponível em: <www.

tjsp.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. v. 6: direito das sucessões. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. Coord: Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

## A NULIDADE EM VIRTUDE DA UTILIZAÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO ACUSADO NO PLENÁRIO DE JULGAMENTO

Danila Gama Abreu <sup>1</sup>

Gardene de Sousa Ferro Barbosa <sup>2</sup>

Naira Aires Ribeiro <sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda o uso dos antecedentes criminais pela acusação como argumento de autoridade durante a sessão do Tribunal do Júri. Trata-se da interpretação extensiva do artigo 478 do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) e da nulidade da sentença decorrente do desrespeito causados por esta prática. O objetivo da pesquisa é demonstrar que o uso dos antecedentes criminais tratados como argumento de autoridade é causa de nulidade absoluta bem como deve ser extirpado dos debates no conselho de sentença. Para a realização da pesquisa foi utilizado o método indutivo operacionalizado pelas técnicas de pesquisas bibliográficas, tais como páginas webs, artigos científicos, monografias, dissertações e livros, além de normas, jurisprudências e acórdãos.

**Palavras-chaves:** Antecedentes criminais. Tribunal do Júri. Nulidade da sentença.

<sup>1</sup> Assistente da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Graduada em Licenciatura Plena em História, pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Bacharel em Direito, pela Fundação Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em Gestão Pública e Sociedade, pela Universidade Federal do Tocantins- UFT.

<sup>2</sup> Analista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Pós-graduada em Direito Público pelo Anhanguera/UNIDERP/ LFG. Graduada em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

<sup>3</sup> Gerente de Pesquisa do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Tocantins. Graduada em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

## ABSTRACT

This article discusses the use of criminal records by the prosecution as argument from authority during the jury session. It deals with the broad interpretation of Article 478 of the Criminal Procedure Code (Legislative Decree no. 3,689, of October 3, 1941) and the constitutional principles violated by this practice. For this purpose we used articles in legal journals and books of specific criminal proceedings. To carry out the research we used the inductive method operated by library research techniques, such as webs pages, scientific articles, monographs, dissertations and books, as well as standards, jurisprudence and judgments.

**Key words:** criminal history. Jury court. Nullity of sentence. .

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo tratar do uso dos antecedentes criminais como argumento de autoridade pela acusação perante o Conselho de Sentença. Aborda o aspecto da configuração do “direito penal do autor”, bem como a possibilidade da interpretação extensiva do art. 478 do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Sucedee que a utilização dos antecedentes criminais do réu pela acusação durante a sustentação oral nos julgamentos do Tribunal do Júri é causa de nulidade absoluta, uma vez que influencia a formação do convencimento dos jurados. Ademais, trata-se de manifestação clara do direito penal do autor. Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 107) ensinam que

Um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação [...].

O ordenamento jurídico brasileiro é desenvolvido para que o acusado seja tão somente julgado pelos fatos narrados na peça acusatória, e não por aquilo que fez ou tenha eventualmente feito no passado.

Destarte, trabalha-se com o direito penal do fato, afastando-se o horrendo direito penal do autor.

Ademais, os antecedentes e a reincidência devem ser levados em conta somente no momento da aplicação da pena pelo juiz togado, e não para a

formação do juízo de culpabilidade.

Por todo o exposto, seja pela vedação implacável da aplicação do “direito penal do autor”, bem como por não ter os antecedentes criminais correlação com o fato “sub judice”, não se pode, de forma alguma e sob pena de nulidade absoluta, fundamentar a tese acusatória, durante a sustentação oral perante o Conselho de Sentença, no passado criminal do acusado. A convicção dos jurados deverá se basear somente nas provas constantes nos autos colhidas sob o crivo do contraditório.

Não há dúvidas de que a mais gravosa interferência dos antecedentes criminais diz respeito à sua valoração como critério de prejulgamento. Essa, na verdade, é uma das causas de grandes injustiças cometidas pelo conselho de sentença.

A tese aqui desenvolvida visa a garantir ao acusado um julgamento justo e baseado na prova, sem qualquer espécie de influência relacionada à sua vida pregressa que possa contaminar a decisão dos juízes leigos.

Para tanto, utilizou-se de artigos de revistas jurídicas e de livros específicos de processo penal.

## 1.1 O QUE SÃO ANTECEDENTES CRIMINAIS? HISTÓRICO

Na época medieval, entre a Idade Média e o Iluminismo, o instituto dos antecedentes criminais não era definido, tendo em vista que o ordenamento penal voltava-se para a punição.

Segundo Costa (1985), naquela época, o Estado exercia um controle social por meio do estigma e da infâmia, pois o juiz detentor de poder aplicava a sanção cruelmente e publicizava a prática dos ilícitos.

Tanto o estigma quanto a infâmia caracterizavam-se ao se dar publicidade à sanção imposta ao acusado e pelo caráter cruel da aplicação da pena. Tal crueldade poderia ser evidenciada pelos registros das mutilações, as quais, naquela época medieval, aconteciam pela retirada dos dedos, das mãos ou dos pés, de olhos, entre outros meios cruéis de sanção.

Observa-se o caráter “estigmatizante” daquele que praticava crime, já que, pela mutilação, era possível identificar que determinada pessoa havia sido autor de um delito (COSTA, 1985).

Segundo Costa (1985), com as revoluções históricas e com as conquistas de direitos individuais, alguns países da Europa passaram a adotar mecanismos facilitadores na identificação de pessoas com antecedentes criminais e começaram a desenvolver cadastros referentes aos dados e às anotações criminais.

O Código Filipino, quando das Ordenações do Reino de Portugal, evi-

denciava uma preocupação com a personalidade daquele que houvesse praticado algum delito, razão pela qual surgiram as chamadas folhas ou folhas corridas (PIERANGELLI, 2001). Essas anotações também advertiam os corretores de folhas, bem como os juizes, quando da soltura do réu. Nessa oportunidade, criou-se o rol de culpados, instrumento no qual ficavam registrados os nomes dos autores condenados criminalmente.

Segundo Francisco Bissoli Filho (1998), o Código Penal Brasileiro – CPB, Decreto-lei n. 2.848 de 1940, restou influenciado pelo positivismo, o que fez com que os antecedentes passassem a ser um fator relevante na aplicação da pena, isso porque, segundo essa escola, o “homem criminoso” é o objeto da investigação”.

Na atualidade, a expressão mais forte de antecedentes criminais está estampada na súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça: “é vedada a utilização de Inquérito Policial e ações penais em curso para agravar a pena base”.

Da análise do enunciado, conclui-se que, na atualidade, antecedente criminal só pode ser assim considerado quando há uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

## 1.2 CONCEITO

Ao contrário do que se dizia e disseminava no passado, antecedentes criminais são, somente, as condenações criminais com trânsito em julgado que uma pessoa sofreu no decorrer de sua vida após a maioridade penal.

A ideia de que antecedentes criminais são todos os registros criminais de uma pessoa ao longo de sua vida, quais sejam inquéritos policiais ou processos criminais ainda em curso, é ultrapassada e incompatível com a atual Constituição da República. Isso porque essa premissa violava o princípio constitucional da não-culpabilidade ou presunção de inocência.

O Superior Tribunal editou o enunciado da súmula n. 444, e com esse entendimento, o Tribunal orienta os operadores do Direito no País quanto ao real significado de antecedentes criminais.

Esse é o conceito atual e mais adequado ao Direito Penal Constitucional.

## 2 VALORAÇÃO DO ANTECEDENTE CRIMINAL COMO CRITÉRIO DE PREJULGAMENTO

O direito de acusar, especialmente perante o Tribunal do Júri, deve encontrar limites, ou seja, deve estar adstrito ao fato delituoso imputado. Os aspectos ligados ao passado criminal do autor ou partícipe devem ser restringidos ao juiz togado.



Tendo em vista que no Tribunal do Júri a carga subjetiva decorrente dos antecedentes criminais ganha uma dimensão sem tamanho – já que a liberdade de convencimento dos jurados dispensa qualquer motivação, podendo eles reconhecerem a culpabilidade do acusado em função de outros fatos não imputados, e pior, exclusivamente na vida pregressa do ser em julgamento –, a proibição da utilização dos antecedentes em plenário de julgamento é uma medida para se evitar injustiças. Daí a oportuna abordagem formulada por Lopes (2010, p. 341), ao afirmar que

A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência, física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.

Ao serem levantadas nos debates orais informações pessoais sobre o passado criminal do acusado, há prejuízo à sua defesa, haja vista que pode estar sendo julgado pelo que fez anteriormente ao fato sob julgamento e, assim, correr o risco de ser julgado duas vezes pela mesma imputação. E mais, ser condenado duas vezes pelo mesmo fato.

Considerando que o Tribunal do Júri é composto por juízes leigos, que podem ser mais facilmente influenciados pelos antecedentes penais do réu, a liberdade de se utilizar a ficha criminal é causa de condenações relacionadas ao direito penal de autor, ou seja, pune-se o autor do crime pelo que é (rótulo – condenado), e não pelo que fez.

Ensina Badaró (2012, p. 510-511) sobre a leitura da folha dos antecedentes criminais em plenário de julgamento que,

No que diz respeito à leitura da “folha de antecedentes”, tal prática deveria ser banida, posto que pode claramente induzir o jurado a erro pela propensão de considerar que quem já delinuiu uma vez deve ser o autor de um novo crime que se lhe

atribui. Não é por outra razão que, no sistema da common law existe a regra de caráter (*character rule*), que proíbe a admissão de prova desabonadora do caráter do acusado.

Os antecedentes criminais servem somente para que o juiz togado possa aplicar a pena.

Inclusive uma medida adequada ao Processo Penal Democrático é permitir-se a autuação dos antecedentes criminais em apartado ao processo principal, impossibilitando o acesso dos juízes leigos ao seu conteúdo. Afinal, essas informações só interessam ao juiz togado em caso de condenação.

A nosso ver, proibir os jurados de terem acesso aos antecedentes criminais do denunciado não viola a regra descrita no art.480, § 3º do Código de Processo Penal, em que está explícito que o jurado pode solicitar ao juiz togado acesso aos autos do processo.

O acesso aos documentos do processo é irrestrito, porém os antecedentes criminais devem ser limitados ao juiz togado e às partes. Afinal, qual interesse teria o jurado em conhecer a vida pregressa criminal do ser em julgamento, se não será ele o aplicador da reprimenda penal?

A nosso ver, o acesso dos juízes leigos à ficha criminal só tem um objetivo: indicar que aquela pessoa que está sendo julgada é um ‘monstrinho’, haja vista possuir condenações penais.

Na prática, não raras vezes se vê acusadores se utilizarem dos antecedentes criminais do denunciado como argumento de autoridade para buscar uma condenação injusta. Na verdade, na maioria das vezes, a prova produzida em contraditório judicial contra o acusado é frágil e, sem o elemento surpresa – os antecedentes –, o pedido seria improcedente.

Assim, busca-se evitar que os jurados condenem o acusado em face de sua ficha penal, sem que seja devidamente comprovada a autoria ou materialidade do delito que responde, mas tão somente em razão de ter sido ele etiquetado e rotulado como criminoso em decorrência de seu passado. Não se julga o fato, julga-se o ser (o ladrão, o estuprador, o traficante, ou qual for o estigma que os antecedentes fazem pesar sobre o denunciado).

Sobre o tema, o professor Nucci (1999, p. 158) ensina que

Equiparar o julgamento realizado pelos juízes leigos, muito influenciados pela aparência, pelos mínimos gestos, pelas palavras mais singelas e pelo comportamento apresentado em plenário por qualquer das partes, especialmente pelo réu, ao realizado pela magistrada togada é, no mínimo irresponsável.

O juiz tem condições de separar em sua mente – ainda que seja difícil, pois também é ser humano e, por isso, falível – o mau comportamento de um réu em audiência da prova de sua culpa [...]. Não porque o magistrado seja superior aos jurados, mas porque seu conhecimento técnico fornece-lhes instrumentos para fazê-lo [...].

O julgamento na sessão do júri deve ser abarcado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Estampar na cara dos jurados os registros penais do acusado é, no mínimo, tratá-lo como diferente de todos, como se tratava no passado o leproso.

### **3 INTERPRETAÇÃO DO ART. 478 DO CPP**

A reforma processual ocorrida em 2008 no Código de Processo Penal trouxe inovações no tocante a proibições às partes em plenário de julgamento no tribunal do júri. Vejamos:

Art. 478 - Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Quanto ao inciso I do referido artigo, infere-se que a vontade do legislador foi no sentido de impedir que a acusação fizesse uso da argumentação referente à decisão de admissibilidade da acusação para que não influencie os jurados em relação ao posicionamento do magistrado togado, fazendo crer aos julgadores que a decisão de admissibilidade fosse uma sentença de mérito que devesse ser seguida. No tocante ao uso de algemas, a proibição visa a impedir que a acusação demonstre que o acusado é animal que precisa ser acorrentado para não atacar a sociedade e os próprios jurados, implicando-lhe uma imagem de periculosidade.

Já o inciso II indica a proibição quanto ao silêncio do réu, ou seja, vem no sentido de preservação de que o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, evitando, assim, que os jurados leigos sejam influenciados por afirmações no sentido de que ‘quem cala consente’.

A questão que é apresentada nesse texto é a seguinte: a proibição de utilização dos antecedentes criminais do denunciado em plenário está encampada pela regra do art. 478?

A resposta, a nosso ver, é simples: sim.

Ora, o mencionado dispositivo legal traz regras em que a atuação do orador, seja acusador ou defensor, não pode se pautar por critérios não relacionados ao fato em julgamento. E, por óbvio, como não foi possível ao legislador abarcar todas as situações em que haveria prejuízo ao acusado, é perfeitamente aceitável e correto sob o prisma processual a aplicação da interpretação extensiva.

O artigo 3º do Código Processual Penal preconiza que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Prontamente, conclui-se que uma interpretação “extensiva” do artigo 478 do Código de Processo Penal nos levará a incluir no rol de vedações também a proibição de se utilizar os antecedentes criminais do réu como argumento de autoridade em plenário de julgamento.

Essa interpretação não limita a carga probatória da acusação. O que há, ao revés, é uma limitação na exposição dos argumentos, possibilitando-se um controle judicial mais efetivo sobre o conteúdo dos debates e, com isso, evitando-se juízos perigosos de presunção de culpa e baseados em um direito penal de autor.

Poder-se-ia falar o mesmo da proibição da leitura da decisão que decreta a prisão preventiva ou temporária.

Essas decisões podem influenciar os jurados a decidirem não de acordo com as provas, mas sim com base em uma decisão processual momentânea.

Basta pensar: quantas pessoas passam o processo todo presas e depois são absolvidas?

A decretação da prisão não é sinônimo de culpa, porém essa expertise só é possível ao operador do Direito, e não ao leigo, que, certamente, não saberá diferenciar.

O pensamento do leigo provavelmente será: “se há prova para determinar a prisão, há também para a condenação”. Porém, nós, operadores, sabemos que não se podem confundir ‘alhos com bugalhos’.

Assim, a leitura do decreto de prisão preventiva ou da folha de antecedentes com o objetivo de extrair uma “presunção de culpa” (argumento de autoridade), haverá indevida influência no julgamento dos jurados e eventual veredicto condenatório será nulo. Qualquer outra linha argumentativa, com finalidade persuasiva, mas que possa induzir o jurado a erro, implicará nulidade

de julgamento.

Outrossim, no atual Estado Constitucional Direito, o papel do juiz vai muito além da mera observância pacífica do direito posto, ou seja, da lei, ele deve garantir a prevalência dos princípios, sobretudo, daqueles que se referem à dignidade da pessoa humana. A atual Constituição erigiu como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”, megaprincípio que tem como corolário grande parte, se não a totalidade, das garantias fundamentais trazidas no rol do artigo 5º da Constituição da República, bem como das garantias insculpidas nos inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos.

Por garantia desse princípio, não há como aceitar a realização de um julgamento com base no “direito penal do autor”, porquanto se estaria derrubando por terra todas as conquistas da humanidade na seara dos direitos humanos, as quais visam justamente a coibir as arbitrariedades e as injustiças cometidas em épocas passadas.

Conclui-se, portanto, ser o “direito penal do fato” aquele que atende aos anseios sociais cotidianamente estabelecidos – à custa de muita luta e muitas vidas –, não podendo sequer cogitar sobre algo diferente disso.

#### **4 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA**

Trata-se de tema ainda pouco discutido em âmbito nacional. Todavia, pode-se dizer que, atualmente, há uma tendência, a nosso ver equivocada, de não se declarar a nulidade do julgamento quando o acusador se utiliza dos antecedentes criminais como argumento de autoridade para convencer os jurados da culpa do acusado.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não há nulidade por falta de prejuízo quando a folha de antecedentes já estava juntada nos autos. Além disso, não haveria a mencionada mácula processual, haja vista que os juízes leigos têm acesso amplo e irrestrito aos autos do processo, conforme preconiza o art. 480, § 3º, do Código de Processo Penal. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. MENÇÃO EM PLENÁRIO A ANTECEDENTE CRIMINAL DO RÉU. ARGUMENTO DE AUTORIDADE NÃO CONFIGURADO. NULIDADE INEXISTENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 478, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESE DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 3º, 476 E 564, do Código de Processo Penal. TEMAS NÃO DEBATIDOS PELAS

INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULAS 282 E 356, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PRE-QUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NELA NÃO PROVIDO. 1. O texto do art. 478 deve ser analisado em cotejo com o art. 480, do Código de Processo Penal, que possibilita aos jurados e às partes “a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado”. E o art. 480, § 3º, acrescenta que “os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.” **Portanto, não há ilegalidade na menção do antecedente do réu que já constava dos autos, ao qual os jurados têm amplo e irrestrito acesso, com a possibilidade de requerer esclarecimentos. Ademais, a menção de tal peça processual não foi feita como argumento de autoridade.** 2. “A Suprema Corte possui precedentes no sentido de que”a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta”(HC 85.155/SP, Segunda Turma, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ de 15/4/05). 7. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado” (RHC 114739/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/10/2012, DJE 10/12/2012). 3. O Tribunal de origem, ao analisar a questão referente à nulidade do Júri, consignou apenas que não houve violação ao art. 478, do Código de Processo Penal, deixando de analisar as questões referentes à aplicabilidade dos arts. 3º, 476 e 564, do Código de Processo Penal. Ausente, portanto, o devido prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356, do STF, aplicáveis por analogia. 4. Recurso especial conhecido em parte e nela não provido (BRASIL, 2014, *online*) (grifo nosso).

Por outro lado, há alguns julgados, sobretudo provenientes do Estado do Mato Grosso do Sul, em que o Tribunal de Justiça local declarou a nulidade da sessão de julgamento, sob o argumento de que, ao se utilizar a ficha de antecedente criminal com o argumento de autoridade, o acusador está maculando o juízo de culpabilidade, haja vista a impossibilidade de o juiz leigo diferenciar as situações e não ser influenciado com esse dado. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO – LEITURA DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE REFERENTE À FATO POSTERIOR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – INDEVIDA INFLUÊNCIA NO JUÍZO DE CONVENCIMENTO DOS JURADOS – PREJUÍZO COMPROVADO – NULIDADE FACE A OCORRÊNCIA DE VÍCIOS DURANTE OS DEBATES – JULGAMENTO ANULADO – PREFACIAL ACOLHIDA.I  
- Cristaliza-se o entendimento de que os registros criminais são representados por condenações com trânsito em julgado por fatos anteriores ao crime que se apura e que não induzem reincidência. Assim, muito embora os magistrados possuam plena capacidade de ignorar os antecedentes do réu sem etiquetá-lo para a formação do juízo de condenação, os juízes leigos (jurados), no mais das vezes, não têm o mesmo discernimento. Desta forma, ocorrência vício na formação do juízo de culpabilidade, deve o julgamento ser anulado a fim de que outro seja realizado (MATO GROSSO DO SUL, 2011, *online*) (grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL DO JURI – AUSÊNCIA DE VISTA DOS AUTOS À DEFESA PARA SE MANIFESTAR SOBRE A DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA – REJEITADO – ART. 461, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – TESTEMUNHA EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO – FOLHA DE ANTECEDENTES JUNTADA AOS AUTOS E APRESENTADOS AOS JURADOS SEM REQUERIMENTO E SEM VISTA PRÉVIA – ACOLHIDA – PREJUÍZO

COMPROVADO – NULIDADE DO JULGAMENTO FACE A OCORRÊNCIA DE VÍCIOS DURANTE OS DEBATES – JULGAMENTO ANULADO – PREFACIAL ACOLHIDA.

I – Conhece-se do recurso quando ele apresenta os pressupostos de admissibilidade necessários para o seu conhecimento, tais como, legitimidade para recorrer, interesse recursal e possibilidade jurídica do pedido.

II - Nos termos do art. 461, § 2.º, do Código de Processo Penal, certificado por Oficial de Justiça que a testemunha não foi localizada no local indicado, como ocorreu nos autos, o julgamento será realizado sem a sua presença, e, tal como no sistema anterior, não haverá qualquer nulidade.

III - Cristaliza-se o entendimento de que maus antecedentes são representados por condenações com trânsito em julgado por fatos anteriores ao crime que se apura e que não induzem reincidência. Assim, muito embora os magistrados possuam plena capacidade de ignorar os antecedentes do réu sem etiquetá-lo para a formação do juízo de condenação, os juízes leigos (jurados), no mais das vezes, não têm o mesmo discernimento. Desta forma, se o conhecimento dos antecedentes criminais dos réus pelos jurados já influencia a formação de seus juízos de culpabilidade, da mesma forma o é a ciência pelos jurados de prática de delito posterior ao crime pelo qual o réu esteja sendo julgado (MATO GROSSO DO SUL, 2011a, *online*) (grifo nosso).

Assim, em que pese haja algumas decisões contrárias à tese que se sustenta no Superior Tribunal de Justiça, há ainda esperança nos tribunais estaduais e Tribunais Regionais Federais, para que o direito penal do fato seja observado, afastando-se o direito penal de autor.

É uma briga encampada pelas Defensorias Públicas desse País. Tanto isso é verdade que o Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (Condege) editou o enunciado n. 4, que salienta sobre a nulidade do julgamento quando da leitura dos antecedentes criminais em prejuízo do acusado:

Enunciado n. 4: No Tribunal do Júri, quando a acusação fizer menção aos antecedentes do acusado em seu prejuízo, a defesa deverá imediatamente, em questão de ordem, fazer constar na ata dos trabalhos a referida menção, por macular a formação do convencimento dos jurados, a fim de, eventualmente, arguir a nulidade do julgamento.



Esperamos que as Defensorias Públicas saiam vitoriosas nessa batalha.

## CONCLUSÃO

Pelos argumentos expostos e com o apoio na interpretação extensiva do artigo 478 do Código de Processo Penal, cabível à defesa pugnar pelo reconhecimento da nulidade absoluta, submetendo, assim, o acusado a um novo julgamento, vedando expressamente a utilização dos antecedentes durante a sustentação oral.

Entendemos que, a partir do momento que a acusação se utiliza de argumento de autoridade, gerada pela exposição dos antecedentes criminais, o juízo de culpabilidade está maculado, haja vista que o juiz leigo não possui conhecimento técnico suficiente a discernir comprovação de culpa com aplicação da pena.

A tese debatida será julgada pelo Supremo Tribunal Federal e, assim, espera-se que o erro de interpretação, data vênica, do Superior Tribunal de Justiça, não persista.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevir, 2012.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1407113 SP 2013/0325968-5**, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25259343/recurso-especial-resp-1407113-sp-2013-0325968-5-stj/relatorio-e-voto-25259345>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 444**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Reincidência e antecedentes criminais**: abordagem crítica desde o marco garantista. Porto Alegre: Revista de estudos criminais, 2001.

CONDEGE. Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais. **Enunciado n. 4**.

Disponível em: <<http://www.condege.org.br/>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

COSTA, António Manuel de Almeida. **O registro criminal**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985.

LOPES, Júnior Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Criminal n. 2011.004280-6**. Primeira Turma Criminal. Relator Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa. Julgado em 30.05.2011. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128020652/apelacao-apl-104310520088120002-ms-0010431-0520088120002/inteiro-teor-128020661>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Criminal n. 2010.032253-6**. Primeira Turma Criminal. Relator Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa. Julgado em 23.05.2011a. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128020652/apelacao-apl-104310520088120002-ms-0010431-0520088120002/inteiro-teor-128020661>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michele Santiago de Oliveira. **Considerações acerca dos maus antecedentes criminais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14920>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Paulo Osório Gomes; Guilherme Batista Gomes; ROCHA, Elquisson Sidney Gomes. **Nulidade evidenciada na utilização dos antecedentes criminais do acusado como argumento de autoridade no plenário do júri**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3156>>. Acessado em: 29, Jan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v.1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

## A PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA SOBRE A SUBSTITUTA E O PROCEDIMENTO JUDICIAL DE ADOÇÃO SEGUNDO A LEI N. 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009

Téssia Gomes Caneiro<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem o intuito de estudar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, bem como o princípio da provisoriedade do acolhimento de crianças e adolescentes. Analisará, ainda, alguns dispositivos procedimentais da Lei Federal n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que realizou alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao discorrer sobre a adoção e, então, indicar que, verificadas as situações de absoluta impossibilidade da permanência junto à família natural, mediante decisão judicial, será permitida a inserção em família substituta, seja por meio de famílias cadastradas, seja pela adoção dirigida, em situações excepcionais decorrentes do vínculo de afeto já estabelecido.

**Palavra-chave:** Família Natural. Procedimento judicial de adoção. Cadastro. Adoção *intuitu personae* ou dirigida.

### ABSTRACT

This paper aims to study the fundamental right to family and community, as well as the principle temporariness of childcares and adolescents. Consider also some procedural devices of the Federal Law n° 12.010, of August 3, 2009, that made changes to the Statute of Children and Adolescents to discuss the adoption and then checked to indicate that the situations of absolute impossibility of remaining close to the natural family by decision court, will be

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (2004), especialização em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás (2007) e mestrado-profissionalizante em Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional pela Universidade Federal do Tocantins (2015). Atualmente é Defensora Pública na Defensoria Pública do Tocantins e Coordenadora do Núcleo Especializado de Conciliação e Mediação – NUMECON da Regional de Araguaína..

allowed to enter in a foster family, either through registered families, either by adopting customized, in exceptional situations arising from the bond of affection already established.

**Keyword:** Natural family. Prosecuting adoption. Register. Adoption *intuito personae* or directed.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispôs a família como base da sociedade no artigo 226, inserido no Capítulo VII, denominado como “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” e a ela dispensou especial proteção.

No artigo seguinte, especificou, entre os direitos fundamentais correlatos às crianças e aos adolescentes, o direito a convivência familiar e comunitária. Assim dispõe o artigo 227, da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É 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<sup>2</sup>.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990, apontou a família como lugar privilegiado para o bom desenvolvimento daqueles e inclusive resguardou o direito à convivência familiar, conforme se visualiza da redação seguinte:

Art. 4º. 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.

No mesmo sentido, o ECA, assegurando tal direito e excepcionando a inserção em família substituta, dispõe:

---

<sup>2</sup> Redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A prevalência da família natural é, portanto, opção do legislador pátrio, o qual trouxe na atual Constituição o direito à convivência familiar e comunitária como um direito fundamental a ser assegurado às crianças e aos adolescentes.

Apesar de tal direito fundamental atender à doutrina da proteção integral, o Brasil já vivenciou um passado em que o ‘menor’ era colocado sob a tutela vigilante do Estado. Válido recordar que, no final do século XIX, com a passagem para a República, o País presenciou um sentimento de mudança, de reforma, por meio de propostas ‘saneadoras’ que abrangeram inclusive a família e a infância.

A história nos indica um Estado paternalista e com argumentos ideológicos durante a transição da monarquia para o regime republicano, em que famílias pobres eram por vezes apontadas como incapazes de bem educar seus filhos.

A criança simbolizava o ‘futuro da nação’ e deveria ser educada para ser útil à sociedade. Caso a família ‘falhasse’ em tal educação, o Estado, por meio de uma política paternalista, assumiria tal responsabilidade que, por sua vez, recairia principalmente sobre aquelas menos abastadas, também consideradas famílias desordenadas. Sobre isso, Rizzini (2011, p. 24) ensina que,

Através do estabelecimento de uma concepção higienista e saneadora da sociedade, buscar-se-á atuar sobre os focos da doença e da desordem, portanto, sobre o universo da pobreza, moralizando-o. A degradação das “classes inferiores” é interpretada como um problema de ordem moral e social. Garantir a paz e a saúde do corpo social é entendido como uma obrigação do Estado.

As crianças pobres, tidas como problema social, deveriam ser ‘salvas’ e, para tanto, era permitido inclusive a suspensão do poder familiar pelo Estado sob o argumento ideológico da incapacidade da família de bem educar seus filhos.

A preservação dos vínculos familiares não era importante frente à necessidade de proteção, ainda que por meio do recolhimento em instituições totais, como verdadeira prática assistencialista. Para Irene Rizzini (2011, p. 28), “tais representações não por acaso estavam associadas a determinados estratos sociais, sendo a periculosidade invariavelmente atrelada à infância das classes populares”.

Ocorre que a institucionalização por longos períodos vem acompanhada de consequências negativas, como bem aponta Erving Goffman (2013, p. 42), ao discorrer sobre as instituições totais e expor acerca das rotinas que fragilizam a autonomia do indivíduo: “Numa instituição total, no entanto, os menores segmentos da atividade de uma pessoa podem estar sujeitos a regulamentos e julgamentos da equipe diretora”.

A mudança de perspectiva deu-se com a adoção da doutrina da proteção integral inserta no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, que primaram pela manutenção dos vínculos familiares ao reforçarem o especial papel da família.

Em síntese, conforme redação do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) acima transcrita, o Estado deve primar pela manutenção de crianças e adolescentes sob os cuidados da família originária, a qual, se necessário, deverá ser reestruturada.

Somente em última hipótese, quando não houver condições de manutenção da criança ou adolescente em seu seio natural, deverá, em caráter de exceção, ocorrer a inserção em família substituta, após processo judicial de destituição do poder familiar.

Importante esclarecer que, apesar da legislação atual assim sinalizar, a maioria dos institucionalizados ainda é composta de crianças e adolescentes pertencentes às famílias excluídas socialmente. Cuneo (2007, p. 1) assevera que

A violação de direitos que acomete grande parte da população infanto-juvenil tem sido tema recorrente da literatura especializada. Indicadores sociais refletem o abismo que marca a distância entre dois mundos: o dos excluídos e o dos incluídos socialmente. A sociedade que não proporciona condições básicas para os desfavorecidos sociais é a mesma que os culpabiliza por sua situação de passividade diante da vida e pelo seu fracasso na criação da prole, é a mesma que lhes empresta descrédito em relação à capacidade de oferecer afeto, proteção e amor aos seus filhos, é a mesma que os estigmatiza, os discrimina e os exclui.

Do cenário acima exposto, visualiza-se a real necessidade de ver colocada em prática ações que atendam à doutrina da proteção integral com a finalidade de se evitar a crescente institucionalização de crianças e adolescentes pobres. O abrigamento, quando necessário e como última medida, deverá ser restrito aos casos em que não for possível a real reinserção no seio da família natural ou extensa.

## **1 DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA SOBRE A SUBSTITUTA**

Conceitua o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) como família natural ou substituta aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. É no seio dela que a criança ou adolescente serão educados com prioridade, em respeito ao direito fundamental à convivência familiar, descrito no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Excepcionalmente, crianças e adolescentes em situações de risco serão colocados em núcleo familiar substituto, isto é, somente quando constatada a total impossibilidade de permanência no seio originário e após a promoção de ações que visem a naquele mantê-los. A retirada sem as cautelas necessárias poderá implicar verdadeiro equívoco, como bem aponta Carvalho (2013, p. 12), ao constatar que

Muitas das vezes se tem observado que o Estado (mediante as atividades dos Conselhos Tutelares e decisões do Poder Judiciário) tem incorrido em equívocos ao retirar os filhos da família natural, quando seus direitos estão ameaçados, e entregá-los a famílias substitutas, mediante guarda ou adoção, com destituição do poder familiar, ou até mesmo recolhê-los e, entidades de acolhimento, ao invés de implementar ações e medidas, inclusive as pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129, ECA).

Nos casos em que seja necessário o afastamento da criança ou do adolescente de sua família natural, será dada prioridade à inserção daqueles junto à família extensa ou ampliada composta por parentes próximos, tais como avós, nos moldes do parágrafo único do artigo 25 do diploma em comento:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada

aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade<sup>3</sup>.

A retirada excepcional da criança ou do adolescente do seio originário é permitida apenas em situações de extrema necessidade, por prazo curto, até que os pais estejam em condições de voltar a zelar pela prole. É, portanto, dever do poder público oportunizar meios de reorganização da família natural, de modo a priorizar o direito à convivência familiar.

As ações de destituição do poder familiar devem ser vistas com cautela. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não permite o abrigo sem critérios; em consequência, sempre que possível, a criança ou o adolescente permanecerá sob os cuidados da família natural. Carvalho (2013, p. 13) explica que

A orientação (ou reorientação) legislativa deve frear, ou pelo menos diminuir, a enxurrada de adoções cumuladas com destituições do poder familiar dos pais, por motivos injustificáveis, que poderiam ser solucionados com a intervenção do poder público, mantendo-se os adotandos em suas famílias de origem.

Reforça, ainda, o direito à convivência familiar e a manutenção dos laços de afeto, o disposto no artigo 1.513 do Código Civil, ao mencionar ser proibida a interferência na comunhão de vida instituída pela família. Dessa forma, apenas quando verificada a total incapacidade de sustentação na família originária, após ações do Poder Público para sua promoção, e por intermédio de processo judicial de destituição do poder familiar, será a criança ou adolescente inserido em família substituta. Nesse sentido, o artigo 1.638 do Código Civil pátrio trouxe um rol taxativo de situações compulsórias que ensejam a perda do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

---

<sup>3</sup> Parágrafo único incluído pela Lei n. 12.010, de 2009.



IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A ação de destituição do poder familiar não deverá, todavia, ser proposta durante a execução das medidas de recuperação familiar. Também as visitas deverão ser incentivadas e não proibidas pelo judiciário em tal fase, uma vez que de extrema importância para o desenvolvimento afetivo e social satisfatório do filho. Rappaport (2011, p. 93) conclui que,

Enfim, o papel dos pais como agentes socializadores é fundamental. São eles as primeiras pessoas com as quais as crianças se identificam. Suas características de personalidade bem como o clima criado na família pela adoção de um tipo ou outro de prática de criação infantil são decisivos para determinar o desenvolvimento social dos filhos.

Intervenções drásticas são traumáticas e necessitam ser evitadas. Para tanto, durante o processo de reestruturação do lar originário, mister a viabilização das visitas pelos genitores como forma de manter o vínculo de afeto com os descendentes.

Nesse sentido a articulação de esforços, em âmbito nacional, para garantir o direito à convivência familiar e comunitária, bem como o atendimento ao princípio da provisoriedade do acolhimento de crianças e adolescentes. Ambos foram dispostos como objetivos da Estratégia Nacional de Defesa da Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no anexo I, artigo 1º, incisos I e V da Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente, a ser executada de forma conjunta pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Ministério da Justiça, Ministério da Educação, Ministério do Trabalho em Emprego, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e Ministério da Saúde.

Também o inciso II do anexo I, do artigo 1º, da referida Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente indicou a necessidade de priorizar a proteção à família e orientar os agentes que integram a rede de proteção acerca das medidas alternativas à institucionalização, de forma a reduzir os índices atuais de acolhimento.

Note-se que o anexo I, da Carta de Constituição de Estratégias em

Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente traz que a Estratégia Nacional de Aperfeiçoamento do Sistema Socioeducativo aponta como prioritárias as ações que visem a efetivar a manutenção dos vínculos de filiação:

Art. 2º A Estratégia Nacional de Defesa da Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes terá as seguintes ações prioritárias:

V – articular ações conjuntas que propiciem e estimulem a reintegração familiar e a convivência comunitária de crianças e adolescentes durante o período de acolhimento;

No mais, a doutrina da proteção integral não permite a punição da pobreza, como ocorria no antigo Código de Menores elaborado em 1979, sob o viés higienista. Neste, as intervenções estatais sobre as famílias pobres eram permitidas, de modo a retirar o filho e colocá-lo sob a vigilância do poder público com o mero argumento de ‘salvação’ moral. Na lição precisa de Irene Rizzini (2011, p. 64/65), “a intervenção sobre a família, retirando-lhe a autoridade sobre os filhos era defendida como uma necessidade dos tempos modernos”.

A proibição atual da retirada de filho do seio familiar por questões econômicas encontra-se prevista no artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e vem ao encontro do rompimento de um Estado tutelar, ao mencionar que:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar.<sup>4</sup>

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

A inserção em abrigos ou em família substituta somente será aceita após o esgotamento dos mecanismos protetivos, tais como a inclusão em programa comunitário de auxílio à família, em programa oficial para tratamento de alcoólatras e toxicômanos, além do encaminhamento para tratamento psicológico ou psiquiátrico, entre outras medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme artigo 19:

---

<sup>4</sup> Expressão substituída pela Lei n. 12.010, de 2009.

Art. 19. [...]

§ 3o A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do *caput* do art. 101 e dos incisos I a IV do *caput* do art. 129 desta Lei.<sup>5</sup>

Nessa direção, a atuação efetiva da rede de proteção deverá priorizar a manutenção junto à família natural por meio do suporte necessário à sua reestruturação, e com isso evitar abrigamentos indiscriminados, os quais, quando exigidos, ocorrerão mediante decisão judicial, atendidos o caráter excepcional e provisório.

## 2 CARACTERÍSTICAS E PROCEDIMENTO LEGAL DA ADOÇÃO

A Constituição da República de 1988, pautada nas transformações ocorridas no seio da família, rompeu com velhos paradigmas relacionados ao matrimônio ao, por exemplo, pôr fim na distinção entre filhos legítimos e ilegítimos nascidos fora do casamento, os quais não poderiam ser registrados até o advento da Lei n. 883/1949.

Embasada no texto atual da Constituição brasileira, em especial no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e na solidariedade, a filiação socioafetiva ganhou espaço ao ver proibida, no parágrafo § 6º, do artigo 227, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação:

Art. 227. [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A distinção entre filiação legítima e ilegítima foi assim abolida do ordenamento pátrio em virtude do cunho discriminatório. São aceitos sem qualquer adjetivação de legitimidade os oriundos ou não da relação casamentária, bem como os adotados como forma de proteção dos Direitos Humanos no seio das relações familiares.

A adoção é forma de inserção em família substituta, e os filhos advin-

---

<sup>5</sup> Parágrafo incluído pela Lei n. 12.010, de 2009.

dos de tal processo não deverão sofrer distinções preconceituosas, pois frutos de uma relação amorosa proporcionada pela convivência familiar. Nessa direção, Carvalho (2013, p. 5) conceitua tal instituto: “não se trata a adoção de um ato de caridade, mas o estabelecimento de uma relação de filiação sem vínculos biológicos, que se dá no campo do afetivo e do amor, independente da genética, construída na convivência, no afeto recíproco”.

Importante pontuar que a adoção passou a ser regulada no Brasil por intermédio do Código Civil de 1916, o qual inicialmente permitia apenas aos maiores de 50 (cinquenta anos), sem prole, adotar. Posteriormente, com as modificações inseridas pela Lei n. 3.133/1957, tal exigência foi reduzida para 30 (trinta) anos e a diferença de idade entre adotante e adotado caiu de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos.

Hodiernamente, a Lei Federal n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, realizou alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao discorrer sobre a adoção. Referida Lei priorizou a educação dos filhos no seio da família de origem, bem como ressalvou que somente em situações de absoluta impossibilidade dessa permanência, mediante decisão judicial, seria permitida a inserção em família substituta por meio da adoção, conforme artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no *caput* do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Da redação supra é possível observar que a Lei Federal n. 12.010/2009, em consonância com a doutrina da proteção integral, apontou como prioridade o respeito ao direito à convivência familiar junto à família natural ou extensa. Essa doutrina rompeu com a concepção de uma política assistencialista de ‘proteção ao menor’ prevista no Código de Menores (Lei n. 6.697/1957) ao propor medidas de apoio à manutenção junto ao seio familiar originário.

Em virtude de seu caráter excepcional e irrevogável, a adoção somente ocorrerá mediante sentença judicial (art. 47, ECA), sendo proibida sua cons-

tituição por procuração, com a finalidade de evitar arrependimentos futuros (art. 39, § 1o e § 2o, ECA).

Também o estágio de convivência supervisionado por equipe interprofissional foi exigido pelo legislador pátrio (art. 46, § 4o, ECA), no intuito de confirmar a intenção dos adotantes, haja vista que, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, a adoção tornar-se-á definitiva e não será permitido àqueles refluírem em sua decisão.

O estágio poderá ser dispensado, caso o magistrado repute possível a análise do vínculo de afeto, a partir do tempo em que a criança ou adolescente permaneceu sob a guarda ou tutela legal da família adotante (art. 46, § 6o, ECA).

Desde 2009, com a nova lei de adoção, o adotado cuja idade for superior a 12 (doze) anos será questionado sobre o seu consentimento em audiência. Todavia a recusa não implicará negação imediata do pedido. Argumentam Olesco e Xavier (2013, p. 155): “Porém, a discordância para adoção não gera automática improcedência desta. Outrossim, a concordância também não gera uma dispensa de análise para os demais requisitos da adoção, o que se passa a analisar”.

Findo o processo de adoção, a sentença judicial será inscrita no registro civil e consignará no campo referente à filiação o nome dos adotantes e de seus ascendentes, sendo o registro original do adotado cancelado (art. 47, § 1o e § 2o, ECA).

Note-se que a adoção desliga o adotado do vínculo com a família biológica, exceto no que diz respeito aos impedimentos para o casamento, bem como atribui a condição de filho àquele, o qual passa a ter iguais direitos e deveres no seio da nova família, inclusive sucessórios (art. 41, ECA), em virtude da atual igualdade constitucional entre filhos.

A idade para ingressar com pedidos na Vara da Infância e Juventude foi delineada no artigo 40 do ECA, que previu a necessidade de o adotando ter, no máximo, dezoito anos de idade, salvo em situações cuja guarda ou tutela já tenham sido deferidas anteriormente aos adotantes. Fora desse cenário, a ação será protocolizada nas Varas de Família.

Quanto à idade do adotante, o artigo 42 do diploma em comento apontou a necessidade daquele contar com mais de 18 (dezoito) anos; todavia, quando realizada por casais, a doutrina sinaliza ser suficiente o preenchimento da idade por um deles. Farias e Rosenvald (2010, p. 920) explicam que,

Naturalmente, quando se tratar de adoção por casal, bastará que um deles preencha o referido requisito, não se exigindo de ambos. Ademais, a nós, parece que a referida norma pode ser afastada por decisão judicial, casuisticamente, na defesa

do melhor interesse da criança ou do adolescente e de sua proteção integral, em especial quando o pedido de adoção é antecedido de período razoável de convivência afetiva.

Comumente a adoção ocorrerá de forma conjunta por casais que comprovem estabilidade familiar. Contudo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também permitiu aos separados adotarem, se verificado o afeto entre adotantes e adotado e estiverem preenchidos os seguintes requisitos:

Art. 42. [...]

§ 4o Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão<sup>6</sup>.

Inclusive em situação de falecimento será aceita a adoção póstuma, quando o óbito ocorrer durante o procedimento, após a manifestação positiva de vontade, anterior à prolação da sentença constitutiva (art. 42, § 6o, ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente permitiu também a extinção do parentesco de forma parcial nas situações de adoção unilateral (art. 47, ECA). Em tais casos, permanecerá a filiação e o registro de um dos pais biológicos, como, por exemplo, na hipótese de o padrasto adotar o filho de sua esposa/companheira em virtude do vínculo de afeto com aquele estabelecido.

Quando a criança ou adolescente possuir registro apenas do pai ou mãe biológicos, o adotante necessitará somente da anuência deste. Porém, quando o adotado possuir em sua certidão de nascimento a identificação de ambos, a ação será precedida de pedido de destituição de poder familiar para a exclusão do genitor cujo laço de afeto é inexistente, seja pelo abandono afetivo, seja pelo falecimento. Olesco e Xavier (2013, p. 157) explicam que, “já na segunda possibilidade trata-se do caso da concordância do pai ou mãe, mas justamente se tem a destituição do poder familiar de apenas um dos vínculos (esta tem necessidade de comprovação e processo de destituição do poder familiar)”.

A adoção unilateral é forma de exceção ao cadastro descrito no artigo 50 do ECA, cuja finalidade é manter o registro atualizado de crianças e adolescentes aptos a serem adotados, bem como dos interessados em adotar, por se

---

<sup>6</sup> Parágrafo incluído pela Lei n. 12.010, de 2009.

tratar de uma adoção direta em que o adotando é conhecido.

Quanto ao procedimento judicial para a adoção, a Lei Federal n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, trouxe a figura dos cadastros nacional e estaduais de adoção, com a finalidade de impedir eventual tráfico de crianças, bem como oportunizar condições de igualdade aos pretensos adotantes, cuja inscrição dar-se-á após prévia habilitação dos postulantes, por meio de procedimento específico descrito no artigo 197-A e seguintes do ECA.

O pedido inicial do interessado em adotar será formulado diretamente na Vara Especializada da Infância e Juventude ou por intermédio de advogado ou Defensor Público, com o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 165 do ECA, que solicita, além da qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge ou companheiro, a indicação de eventual parentesco com a criança ou o adolescente e seus genitores.

Será necessária, ainda, a informação referente ao cartório onde foi inscrito o nascimento do adotando e a declaração da existência ou não de patrimônio relativo a este.

Em seguida à inscrição, a autoridade judiciária determinará, no intuito de apreciar se a adoção apresentará benefícios reais ao adotando, a realização de estudo social, sendo dada vista deste ao Ministério Público após sua elaboração, o qual atuará como fiscal da lei no processo judicial (art. 167 e 168, ECA).

Ato contínuo será deferida a habilitação, se constatado que os pretendes preenchem os requisitos legais para a adoção e participaram da prévia preparação psicossocial e jurídica, dando-se, então, início ao estágio de convivência (art. 50, § 1º, 2º e 3º, ECA).

A adoção poderá, todavia, ser deferida a candidato não cadastrado previamente, nas situações descritas no § 13º, art. 50, do diploma em questão, isto é, quando se tratar de pedido de adoção unilateral; for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou o pedido partir de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade. Acrescentam, ainda, Farias e Rosenvald (2010, p. 939), que “é possível ao juiz, em cada caso concreto, autorizar a adoção por pessoa ou casal fora da lista ou fora de sua vez”.

Visualiza-se, assim, não ser absoluto o cadastro, cujas exceções deverão passar pela análise do caso concreto com amparo no Princípio do Melhor Interesse da Criança ou do Adolescente, de modo a prestigiar o vínculo afetivo construído entre as partes. Nesse sentido, corrobora a doutrina: “o cadastramento não pode ser visto como regra absoluta para os casos de adoção, diante

da singularidade que envolve o desejo e o afeto já sacralizados entre os maiores envolvidos: crianças a serem adotadas e pessoas que querem adotar” (SANTOS; SOUSA; RIBEIRO, 2012, p. 172).

Ressalte-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre relatividade do cadastro e a permissão da adoção *intuitu personae*, nos casos em que o estabelecimento do vínculo de afetividade sobrepor-se àquele:

ADOÇÃO. CADASTRO DE ADOTANTES. RELATIVIDADE. PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS. PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO. ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO. ART. 197-E, § 1º, ECA. PRECEDENTES DESTA CORTE RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. (...) 5. A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança. 6. Alegações preliminares de nulidade rejeitadas. 7. Recurso Especial provido (BRASIL, 2012, p. 156-157).

Depreende-se do exposto que, apesar do cadastro descrito no artigo 50 do ECA possuir entre suas finalidades a de organizar a ordem de preferência entre interessados em adotar e àqueles inseridos na fila para a adoção, por vezes pessoas não habilitadas poderão ter preferência sob determinada criança ou adolescente em virtude do vínculo de afeto já existente. Entender de forma diversa significaria ater-se ao tecnicismo da lei e inclusive submeter o adotando a novo rompimento, isto é, a novo trauma decorrente da nova perda. Assim, adverte Bordallo (2010, p. 228):

Não se justifica que, em nome ao respeito a uma regra que tem finalidade única de dar publicidade e legalidade às adoções, o sentimento, o sustentáculo da adoção, seja colocado em segundo plano e a criança seja obrigada a passar por outro drama em sua vida, sair da companhia de quem aprendeu a amar.

Recorde-se que a adoção pauta-se pela socioafetividade e, em caráter



de exceção, será viabilizada a forma dirigida ou *intuito personae* para atender ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, pois em tais situações o adotando já se encontra amparado e possui vínculos de afeto com a família que pretende adotá-lo. Pensar de modo diverso significaria prestigiar a legalidade em detrimento da mola propulsora da adoção, qual seja o amor filial.

## CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1959<sup>7</sup>, no princípio denominado 6º, firmou que a criança deverá crescer sob o amparo de seus pais, em ambiente de afeto e segurança, cabendo à sociedade e às autoridades públicas a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência.

Da legislação acima apontada verifica-se que somente depois de finidos os recursos para a permanência no âmbito da família originária poderão os pais serem destituídos do poder familiar e, por consequência, a criança ou adolescente inseridos em cadastros de adoção. Nesse sentido também sinalizam os objetivos gerais do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, elaborado pelo CONANDA<sup>8</sup>.

Contudo, ocorrendo a destituição do poder familiar, como medida última, o procedimento para a adoção instituído pela Lei Federal n. 12.010/2009 passou a exigir obediência ao cadastro de adotantes, cuja inscrição dar-se-á após prévia habilitação dos postulantes.

Como já explanado, referido cadastro comporta exceções, nas situações em que os laços de amor e a compreensão estiverem solidificados com determinada criança ou adolescente.

Nesse ínterim, a decisão judicial será efetiva e atenderá ao Princípio do Melhor Interesse quando sensível às diversas situações que envolvem o tema, tais como na determinação da permanência do filho junto ao seio da família natural, na destituição do poder familiar com a consequente inserção da criança ou adolescente em cadastro, ou mesmo na permissão de uma adoção dirigida, quando já formado o laço de afeto com a família substituta.

## REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Fer-

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm>> Acesso em: 3 nov. 2013.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc>> Acesso em: 5 nov. 2013.

reira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Carta de Constituição de estratégias em defesa da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. **Publicado no DJ-e n. 189**, página 3, de 15/10/2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/acordos\\_termos/Car-ta\\_001\\_2012.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/acordos_termos/Car-ta_001_2012.pdf)> Acesso em: 20 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos por Yussef Said Cahali. RT MiniCódigos. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 65, de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente, e dá outras providências. Organização dos textos por Yussef Said Cahali. RT MiniCódigos. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. CONANDA. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Recurso Especial n. 1.347.2008; Proc. 2012/0096557-1; SC; Terceira Turma; Rel.Min. Sidnei Beneti; Publicado no DJE de 20 de novembro de 2012. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 31, ano XIV, Porto Alegre: Lex Magister, dez./jan. 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, guarda e convivência familiar**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento prolongado:** os filhos do esquecimento – a institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam. Artigo doutrinário. n. 93. Caxias do Sul: Juris Plenum, 2007. Disponível em: <<https://>

[www.plenum.com.br/Plenum\\_jp/lpext.dll/Dou/douciv/1c5f/2110/2111?f=temp](http://www.plenum.com.br/Plenum_jp/lpext.dll/Dou/douciv/1c5f/2110/2111?f=temp)>  
Acesso em: 28 out. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1959. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/declara.htm> > Acesso em: 3 nov. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**: explicitação das normas da ABNT. 16. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2013.

OLESCO, Mariana Assumpção; XAVIER, Marília Pedroso. Características, requisitos e procedimentos legais para a adoção à luz da lei 12.010/2009. In: KIM, Richard Pae; SARAIVA, João Batista Costa (coord.). **Revista de direito da infância e da juventude**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, v. 1, p. 151-166, jan./jun. 2013.

RAPPAPORT, Clara Regina; FIORI, Wagner Rocha; DAVIS, Cláudia. A idade escolar e a adolescência. **Psicologia do desenvolvimento**, v. 4. São Paulo: E.P.U., 2011.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães; RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. **Nova lei de adoção comentada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

## **DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA**

Pedro Paulo Valadão Coelho<sup>1</sup>

O livro do advogado Doutor Rodrigo Cunha Pereira – fruto de sua tese de mestrado empreendido entre 1994 e 1996 – chegou, em 2012, à 4ª edição, e, com certeza, é uma contribuição relevante àqueles que perquirem o entendimento de enunciados pertinentes à pesquisa em direito de família e a sua articulação com conceitos caros ao arcabouço teórico da psicanálise.

O autor é Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), membro da Sociedade Internacional de Direito de Família e professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Cabe salientar que o mesmo fora um dos palestrantes no seminário “Direito de Família”, realizado em junho de 2014, pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

O autor traz diversas referências à vasta obra do pai da psicanálise, Sigmund Freud, e do notável psicanalista francês, Jacques Lacan. Notoriamente, o diálogo entre a psicanálise de Freud e Lacan ganha forma ao serem introduzidos também os enunciados do grande antropólogo Claude Levi Strauss, do jusfilósofo Hans Kelsen, bem como do empréstimo literário e filosófico de autores renomados.

No que tange à ciência jurídica, o livro traz uma revisão histórica do conceito de família desde a Constituição de 1824 (Constituição do Império do Brasil) até a Carta Magna vigente, bem como das mudanças introduzidas no Diploma Civil de 2002. E é exatamente no que concerne à evolução da estrutura familiar para além do núcleo familiar elementar legitimado pelo casamento (pai, mãe e filhos) que se introduzem a teoria da sexualidade freudiana, o “tabu do incesto”, bem como a teorização do desenvolvimento da civilização por meio do assassinato do pai da horda primeva. Este último assunto é investigado por Freud na obra Totem

---

<sup>1</sup> Psicólogo, Graduado pela Universidade Católica de Goiás, Analista em Gestão Especializado - Psicologia da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Psicoterapeuta, Especialista em Psicoterapia de Base Psicanalítica pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Docente na Faculdade Guarai (IESC), Pós-graduando em Psicologia Jurídica pela Faculdade Integrada AVM.

e Tabu e retomado em *Moisés e o Monoteísmo* (principais textos da literatura freudiana visitados por Rodrigo da Cunha Pereira na consecução de sua obra).

Porém, é cabível de nota que, entre os postulados freudianos, houve uma grande influência no sistema de pensamento apresentado pelo autor no que diz respeito à premissa: “Onde exista uma proibição tem de haver um desejo subjacente” (FREUD, 1914 *apud* PEREIRA, 2003, p. 18), transcrito por Rodrigo da Cunha Pereira em termos que mais se acercam da seara do direito: “Podemos dizer então que a toda lei corresponde um desejo que se lhe contrapõe” (Ibidem, p. 19). E, diante disso, o autor salienta a necessidade da análise do desejo enquanto parte fundante do sujeito, da sociedade e seus mecanismos de normatização da vida comum.

Não obstante, o autor trata de diversos institutos do Direito de Família, como o exercício da maternidade e da paternidade, a evolução legislativa no Brasil sobre a concepção de família e sua dissolução e a guarda dos filhos. Leva em consideração a metáfora paterna em Lacan no que concerne à articulação teórica dos “nomes do pai” ou “a lei do pai” e a função do Estado enquanto “Grande Pai”, nos termos de Felix Guattari e Giles Deleuze, em o Anti-Édipo.

Outro ponto culminante desta obra diz respeito ao diálogo criado pelo autor entre Sigmund Freud e Hans Kelsen sobre uma indagação comum entre esses dois grandes teóricos: qual seria a primeira lei ou lei fundamental? E, tomando de empréstimo o requinte literário de Gilberto Freyre, em “Casa Grande e Senzala”, conclui que já nos primórdios da civilização a interdição ao incesto se fazia presente na normatização da vida em grupo, e a lei do pater famílias torna-se fundante na estruturação psíquica dos membros do contexto familiar. E, não bastasse a genialidade desse colóquio imaginário, o autor traz a esse campo *As Estruturas Elementares do Parentesco*, de Claude Levi Strauss, em que o grande antropólogo contribui com a análise da função paterna biológica e social em diversas sociedades primitivas.

A diferença de gêneros e o ideal de igualdade – “falácia do nosso tempo” (título de um dos capítulos do livro) – é algo que também se faz presente na discussão apresentada pelo autor, em que ele analisa a aquisição de direitos por parte da mulher, ponderando o discurso fálico que faz sentir seus efeitos na estruturação da subjetividade feminina.

Além disso, o autor aponta que, por meio do reconhecimento da desigualdade e não da igualdade, tendo como ponto de partida a dialética do desejo, se faz possível a aproximação do ideal de justiça.

Ademais, é possível afirmar que a obra “Direito de Família: uma Abordagem Psicanalítica” brilha por seu pioneirismo, fazendo-se uma leitura que pode contribuir tanto a juristas quanto a outros profissionais interessados na articulação entre o discurso psicanalítico e a construção interdisciplinar do conhecimento.

## ENSINO JURÍDICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS AO ACESSO À JUSTIÇA

Paulo André de Sousa Gratão<sup>1</sup>

### RESUMO

A ideia matriz que conduz este trabalho é a tentativa de compreender o que há de provocativo, epistemologicamente, em alguns aspectos, do que se pode humanisticamente desenvolver como objeto de pesquisa: os sentidos construídos no ensino jurídico na formação do indivíduo e sua integração no mundo da vida (comunidades) sobre os usos e as apropriações auferidos com saberes jurídicos mínimos. Esses aspectos envolvem a proposta de que, no campo da educação, a compreensão das relações do cidadão com o direito não se resume a uma ação do sujeito sobre a sociedade, ampliando-se a uma práxis em que a ação cidadã põe em relação um sujeito com outro, com o Estado e seus agentes, cujas significações agenciadas, entre os sujeitos em interação, via sociabilidade, ganham dimensionamentos outros pela intervenção da educação para direitos pelo desenvolvimento social.

**Palavras-chave:** Ensino Jurídico. Saberes jurídicos mínimos. Exercício da cidadania. Educação para direitos. Sociabilidade.

### ABSTRACT

The main idea that guides this paper is the attempt to understand what is provocative, epistemologically, in some aspects, that can humanistically propose as a research object: the senses constructed in the minimum legal education for the citizen development and his integration in the interpersonal relationship (life in society); about the uses and appropriations acquired with

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins -UFT, 2010. Pós-graduado em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal do Tocantins — UFT, 2012. Pós-graduado em Criminologia pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT, 2014. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, 2016. Analista Jurídico e Conciliador do Núcleo de Mediação de Conciliação Cível da Defensoria Pública do Estado do Tocantins-Comarca de Palmas-TO.

minimum legal knowledge.

These aspects involves the proposal that, in the field of education, the comprehension of the citizen's relationship with constitutional rights, is not resumed to an action of the subject about the society, but to a praxis in which the exercise of citizenship puts in relation one subject with the other, with the State and its agents whose acquired teaching, between the subjects in interaction, via sociability, gains new size, through intervention of the education for rights for social environment.

**Keywords:** Legal educations. Minimum legal knowledge. Exercise of citizenship. Educations for rights. Sociability.

## INTRODUÇÃO

A garantia do acesso à Justiça é um dever do Estado, que deve buscar soluções criativas e construídas de forma participativa, para possibilitar que todas as pessoas solucionem adequadamente seus conflitos e assegurar seus direitos sem sofrer qualquer tipo de discriminação. Paralelamente, não se pode esquecer de que, nesse cenário, a sociedade civil organizada desempenha um papel essencial na concretização do acesso à Justiça e na defesa de cidadãos cujos direitos foram violados.

Nesse sentido, foi desenvolvido este trabalho com a finalidade de dar visibilidade a um viés alternativo para que governos e instituições do sistema judiciário possam trabalhar de maneira que o ensino jurídico ultrapasse os âmbitos das cátedras de formação de bacharéis.

Enquanto proposta de conteúdo programático do ambiente de exercício da vida em sociedade é uma proposta pedagógica factível, para remover barreiras econômicas, sociais, culturais, estruturais, institucionais e legais que impedem ou dificultam a vivência da cidadania.

O acesso à formação educacional é um direito fundamental básico e estruturante da democracia, de forma que o seu conceito atualmente vai muito além do direito a frequentar um ambiente pedagógico que confira ao seu usuário alfabetização e capacidade limitada de lidar com numeração. Também é necessário um indivíduo integrado a um Estado de Direito, ao processo de construção de saberes voltado ao saber jurídico ou à denominada educação para direitos.

Em verdade, o acesso à educação é compreendido como direito fundamental, com acesso a todos os meios legítimos de formação inclusiva com vistas à cidadania. Assim, suscita-se, aqui, a legitimação da abordagem em educação para direitos como conteúdo programático pela efetivação de direitos individuais e coletivos, o que inclui não somente o direito ao acesso à justiça, mas também

a garantia de acesso à educação cidadã disponibilizada por mecanismos justos, ágeis, eficazes, eficientes e efetivos. Esses mecanismos devem possibilitar o resultado adequado e tempestivo da experiência de formação pedagógica que será projetada na sociedade em geral e na cultura democrática do País.

Em razão da importância do acesso ao ensino jurídico em sua forma basilar, defende-se seu estudo como método de pensamento, de forma a estabelecer novos horizontes reflexivos tanto para a Filosofia do Direito e a Filosofia da Educação quanto para a Teoria Geral do Estado, que é a aproximação do cidadão comum dos atos e normas da vida civil.

Pensar o Direito é pensar sua efetividade! Pensar a democracia é pensar também no direito fundamental à educação e no acesso à mínima formação jurídica, forma verossímil para alcançar uma sociedade justa e igualitária. Trata-se da educação que lhe dê condições de se tornar um ser produtivo e em constante realização, enquanto sujeito integrado, não apenas em seu grupo, em sua nação, mas a toda a plêiade de seres que compõem o planeta.

Assim, defender o direito à educação para direitos serve como um impulso para recolocarmos o nosso saber e suas formas de produção no contexto social, induzindo o cidadão em formação a reflexões mais profundas (geradoras, por isso) sobre as condições nas quais se desenvolvem o Estado brasileiro e sobre as condições nas quais são ensinados e aprendem.

Não por outra razão, aquele que mais levou adiante a tarefa de meditar sobre o que fazer da educação no Brasil disse, desde o seu primeiro escrito, que

[...] organicidade do processo educativo implica a sua integração com as condições de tempo e do espaço a que se aplica para que possa alterar ou mudar essas mesmas condições. Sem esta integração, o processo se faz inorgânico, superposto e inoperante. Desse modo, preocupa-nos, predominantemente, a indagação das marcas mais acentuadas da nossa atualidade com que teremos de sintonizar nossa educação (FREIRE, 2001, p. 11).

A defasagem do conhecimento do texto jurídico que disciplina a sociedade – questão de ordem cultural – é também um dos óbices de acesso à Justiça no Brasil e fato gerador de uma infinidade de pequenas causas que demandam o judiciário. Uma formação pedagógica que se aproxime do humanismo cidadão e o conhecimento adequado do sistema de direitos ou interesses coletivos, de normas civilistas comuns a todos já seria um fator de importante melhoria da operacionalização do Direito e da vida em sociedade.



Quando se busca apoio na Antropologia Filosófica em busca de resposta à questão “o que é o homem?”, verifica-se que o ser humano apresenta múltiplas características e dimensões. Percebe-se também que tais dimensões clamam por desenvolvimento. Virtudes e capacidades de ação, salvo os dons naturais, não nascem conosco e mesmo estes, quando existentes, carecem de aperfeiçoamento. Em nossa plenitude como homem, desenvolvemo-las.

As virtudes estão na humanidade enquanto sementes que precisam ser regadas, alimentadas, principalmente durante sua infância e adolescência, a fim de que tais potencialidades se transformem em verdadeiras características desenvolvidas, que irão integrar os comportamentos físicos, psíquicos, morais e culturais que compõem a personalidade do indivíduo.

A ele, indivíduo, assim se referiu Rousseau (1999, p. 8) em sua celebre obra “Emílio” ou “Sobre a Educação”: “Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência, nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação”.

Hobbes (1993, p. 281-282) via a educação do homem como sendo o fator que possibilita a formação da sociedade. Assim, afirma no “De Cive” que

[...] é evidente, portanto, que todos os homens, pois são crianças ao nascer, nascem incapazes de sociedade civil; e que muitos talvez a maior parte, ou por deficiência intelectual, ou por falta de instrução, continuam incapazes por toda a vida. No entanto, todos eles, crianças e adultos, têm a natureza humana.

Portanto, não é pela natureza que o homem se torna capaz de formar a sociedade, mas pela *educação*.

Explica Muniz (2002, p. 7-8) que o vocábulo “educar” tem dupla origem etimológica: os verbos latinos *educare* e *educere*. O termo *educare* compreende um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano em geral, visando a sua melhor integração individual e social. Nesse contexto, tal verbo significa criar, alimentar, subministrar o necessário para o desenvolvimento da personalidade. E “*educere* possui o sentido etimológico inclinando-se por uma educação em que o mais importante é a capacidade interior do educando, cujo desenvolvimento só será decisivo se houver dinamismo interno”.

Arruda Aranha (2002, p. 51) distingue educação, ensino e doutrinação. Para ela,

[...] educação é um conceito genérico, mais amplo, que supõe o processo de desenvolvimento integral do homem, isto é, de sua capacidade física, intelectual e moral, visando não só a formação de habilidade, mas também do caráter e da personalidade social. O ensino consiste na transmissão de conhecimentos, enquanto a doutrinação é uma pseudo-educação que não respeita a liberdade do educando, impondo-lhe conhecimentos e valores. Nesse processo, todos são submetidos a uma só maneira de pensar e agir, destruindo-se o pensamento divergente e mantendo-se a tutela e a hierarquia.

Percebe-se, igualmente, que o homem é um ser capaz de aprender e ensinar. E que, quando ensina, ainda mais aprende. Esse processo de desenvolvimento do ser humano – que, em verdade, deve durar a vida toda e, mesmo assim, será sempre inacabado – é o que se denomina educação.

## **1 ENSINO JURÍDICO: A DESCOBERTA DO SABER COMO DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

No estágio atual de racionalidade científica e tecnológica, ‘estranhamento’ do cidadão comum ao conteúdo do texto constitucional é uma palavra que não deixa de soar representativa de uma condição precária, que a nossa *ratio* incita a ultrapassar. Por ser imprescindível ao desenvolvimento da própria pessoa, ao afetar vários aspectos de sua vida enquanto existência e modo de ser, a educação veio a merecer proteção do Direito. Em razão da relevância do valor nela presente, passou a significar, na esfera jurídica contemporânea, um direito fundamental.

Desconhecer, já dizia o insigne geógrafo Milton Santos (2002, p. 214), é viver ‘quimeras’, é não estar no mundo. Entretanto a consequência dessa premissa tem sido bem mais perversa do que ela própria. De fato, a trajetória desse paradigma indica que a superação da condição de ignorância se dá sempre em um processo de ‘dominação’ do ‘objeto’ a ser conhecido. É o que Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 26) descreve com um percurso que vai sempre do ‘caos’ para a ‘ordem’.

Cientes da relevância da educação – não só para o indivíduo, mas à própria viabilidade da democracia, acolhida esta na fórmula política do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*, da CF/1988) –, os constituintes fixaram, no texto da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, os alicerces constitucionais fundamentais disciplinadores da educação (título VIII, capítulo III, seção I, arts. 205 a 214, da CF/1988). Vinculada a estes, visando a dar-lhes concretização, está toda a legislação infraconstitucional que rege a matéria.

O fim primeiro dessa explanação está longe de questionar as razões de lacunas dentro do conteúdo programático aplicado no ensino do Brasil, ou tampouco de definir com precisão os contornos daquilo que se reivindica – educação para direitos. Qualquer dessas ações implicaria aprofundar estudos de temas que extravasam o âmbito da presente investigação, os quais vão desde entender conceitos de filosofia da educação, da exposição de motivos determinantes de comportamentos culturais, quase absolutamente disciplinares e conservadora que domina o Ensino com um todo, até seus possíveis impactos sobre as relações de poder que perpassam ao acesso do ensino crítico, cuja origem remonta ao obscuro período histórico medieval, em que apenas à Igreja e à parte da nobreza foi permitido acesso ao saber.

A Lei de Diretrizes e Bases (LDB) da Educação estabelece que o sistema nacional de ensino tenha como fins estabelecer “a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade” (art. 32, inc. II). Também que se desenvolva a capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores (art. 32, inc. III) para o que, na intenção do legislador, certamente contribuirá para “[...] a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática” (art. 27, I). Essa normativa é a tradução do conceito filosófico de *paidea*, palavra de origem grega, quem tem o ideal de formação do homem para a liberdade, desenvolvendo dimensões estética, ética e científica.

Coube à Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional. Explicita esta, em seu art. 1.º, *caput*, a abrangência da educação a ser promovida: “A educação abrange processo formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. O art. 2.º da mesma lei dispõe ainda: “[...] A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

A categoria que nos permite observar a carência de uma mesma situação de conhecimento jurídico expansivo à sociedade em geral é o conservadorismo. Ele é que mantém, salvo esparsas exceções, a continuidade da visão teórica, metodológica e epistemológica do Direito em que o domínio das cátedras é exclusivo aos que em graduação superior se dedicam a construir o conhecimento sobre a ciência jurídica.

Evidencia-se, nos textos normativos citados, que, do ponto de vista le-

gislativo, estão lançados os fundamentos necessários para a desafiadora e indispensável empreitada, que significa a construção de uma sociedade democrática, com apoio da educação. Isso porque, somente por meio desta, é possível desenvolver o ser humano de forma integral. O texto constitucional é explícito em seu art. 205 quanto aos objetivos da educação: “[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo desta para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Apenas em 2004 foi criada, no Ministério da Educação, uma unidade especializada em pensar a relação entre educação e cidadania, a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade – SECAD/MEC. E só mais recentemente o tema da “formação de professores”, que seria estruturante de uma pauta com esse colorido, passou a ser discutido com mais profundidade e obsessão.

Qual é, portanto, a nossa particularidade situacional no tempo presente que pode construir a realidade de aproximação de saber jurídico aos cidadão que compõe e fazem existir o Estado que os governa?

Boaventura Sousa Santos (1996 *apud* SILVA, 2007, p. 15) assevera que

Vivemos num tempo paradoxal. Um tempo de mutações vertiginosas produzidas pela globalização, a sociedade de informação. Mas também um tempo de estagnação, parado na impossibilidade de pensara transformação social, radical. Nunca foi tão grande a discrepância entre a possibilidade técnica de uma sociedade melhor, mais justa e mais solidária e a sua impossibilidade política. Esse tempo paradoxal cria-nos a sensação de estarmos vertiginosamente parados.

É insuficiente ao indivíduo o mero desenvolvimento de algumas habilidades técnicas. Embora isso faça parte de sua educação, não é o bastante. O pleno desenvolvimento da pessoa significa dar vida a todas as faculdades desta (física, racionais, volitivas, emocionais) de modo a possibilitar-lhe um convívio saudável consigo mesma, com as demais pessoas e com múltiplas facetas da sociedade e do mundo em que se insere. Só assim o homem poderá integra-se nas dimensões a que se volta seu próprio ser (natural, cultural, solidária e espiritual).

No que tange à solidariedade, esta requer do Estado a materialização da dignidade declarada. E a Educação em Direitos Humanos é um veículo dessa materialização enquanto entendida como formação de cidadãos cientes de sua cidadania e respeitadores da cidadania dos outros que, com eles, participam da formação do Estado Democrático de Direito, que somente é democrático por essa

participação ativa, conjunta, plural e igual em dignidade.

No campo da educação, entende-se que, para promover uma educação ética e voltada à cidadania, deve-se partir de temáticas significativas do ponto de vista constitucional. Devem-se propiciar condições para que os educandos desenvolvam sua capacidade dialógica, tomem consciência de seus próprios sentimentos e emoções e desenvolvam a capacidade autônoma de tomada de decisão em situações conflitantes do ponto de vista ético/moral. Documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto dos Idosos e muitos outros possuem programas institucionais que podem fornecer as bases para uma educação em valores.

Desde a implantação dos primeiros cursos de Direito no Brasil, em uma então sociedade monárquica, escravocrata, que nem ao menos ensaiava, ainda que timidamente, assimilar os ideais iluministas de *liberté, égalité e fraternité*, seguida por um levante militar que veio a instituir a república no Brasil, o que se viu foi a implantação de cursos de Direito “[...] instituídos com uma tarefa bem definida: formar funcionários para os quadros do governo [...]” (PAULINO, 2008, p. 163). Isso, ao longo das gerações, terminou no quadro atual de distanciamento, desconhecimento e deslumbramento da população comum com os textos legais.

## **2 EDUCAÇÃO PARA DIREITOS: A EXPERIÊNCIA EXITOSA DO PROGRAMA JUSTIÇA COMUNITÁRIA**

O dinamismo da vida social e a passagem do tempo provocam radicais modificações na realidade econômica, social e também nos costumes e nas convicções morais dos cidadãos. Isso gera conflitos e situações concretas que precisam conformar-se à norma constitucional, sob pena de perda de sua efetividade.

Para solucionar conflitos, o caminho que se abre é o de “bater às portas” do Poder Judiciário, a quem cabe – no Estado de Direito – exercer o poder jurisdicional, ou seja, de “dizer o direito” no caso concreto.

O que tem gerado bastante sucesso e satisfação entre seus beneficiários é o denominado Programa Justiça Comunitária, projeto originário da Jurisdição do Distrito Federal, posteriormente adotado como política pública de adesão voluntária pelo Ministério da Justiça.

No Estado do Tocantins, desde o ano de 2010, dentro da jurisdição da Comarca de Palmas, a Defensoria Pública Estadual, a partir de um convênio de transferência de repasses financeiros e apoio interinstitucional firmado com a União, por intermédio da Secretaria de Reforma do Judiciário com o apoio do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), gere as atividades preconizadas pelo ‘método’ Justiça Comunitária.

Suas proposições de ação têm por objetivo promover a pacificação so-

cial e democratizar o acesso à Justiça, aproximando-a do cidadão e de sua comunidade. Suas atividades estão fundamentadas em três pilares: (i) mediação e conciliação comunitária de conflitos; (ii) educação para os direitos; (iii) animação de redes sociais.

Na presente explanação, apegamo-nos somente à educação para direitos que, como pilar do Programa Justiça Comunitária, possui aspecto tridimensional: a) preventivo, pois evita futuros litígios que seriam deflagrados pela ausência de informação; b) emancipatório, na medida em que confere empoderamento às partes para eventuais soluções de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem judicial); e c) pedagógico, ao consubstanciar condições para que o cidadão compreenda como buscar, na via judiciária ou na rede social, a satisfação dos direitos, quando necessário.

Os conteúdos e as abordagens da educação para direitos consistem no ensino jurídico elementar intrinsecamente relacionado com aspectos do trabalho sobre o ensino de valores, como família, sustentabilidade e meio ambiente, saúde, moradia, urbanismo, seguridade social, educação para a paz, para a solidariedade, para o desenvolvimento, para o consumo responsável, para a igualdade de gênero etc.

Nesse cenário, a formação em educação para direitos tem por premissa apoiar os processos de maturação e socialização de indivíduos, a fim de capacitá-los para atuar como cidadãos de uma sociedade democrática. Ou seja, essa formação permite aos capacitados atuar como conhecedores dos direitos e deveres individuais, entender a estrutura do Estado e como o Sistema Judiciário aborda os problemas sociais que os afetam. Também incentiva a construir opinião própria e de participar responsavelmente de assuntos da comunidade em que estão inseridos.

Sua proposição tem esteio na premissa de que o desconhecimento dos cidadãos sobre as normas civis e sobre os instrumentos disponíveis para sua efetivação constitui um dos obstáculos para a realização da justiça. Isso ocorre pela ausência de instrução para compreender a linguagem forense, cunhada no ordenamento jurídico pelos seus operadores, ou mesmo pela distância do cidadão comum ao formalismo e à complexidade dos procedimentos que compõem o sistema judicial.

A existência de oferta formal e informal de ensino jurídico à população dentro dos contextos sociais significa fazer valer o ideal de Cidadania e Direitos Humanos.

Essa aquisição de conhecimentos fornece a oportunidade não só de direcionar, a partir de uma idade precoce e de forma sistemática, as habilidades e as atitudes necessárias para o exercício da cidadania responsável e convivência social democrática, como também serve de importante apoio realizado, seja na

primeira infância ou na juventude, seja no ambiente doméstico familiar, na escola e, adiante, na fase adulta, nos demais ambientes de convívio social.

Em uma primeira concepção, minimalista, o objetivo é apenas a aprendizagem do exercício do papel social, em função de códigos estabelecidos. É a formação básica que cabe assumir a responsabilidade dessa tarefa. O objetivo é a instrução cívica concebida como uma alfabetização de cidadania político social elementar, mas, mais ainda do que no caso da tolerância, essa instrução não pode ser, apenas, uma simples matéria de ensino entre outras. Não se trata, com efeito, de ensinar preceitos ou códigos rígidos, acabando por cair na doutrinação.

Trata-se, sim, de fazer das possibilidades de ensino modelos de prática democrática que leve os discentes a compreender, a partir de problemas concretos, qual seu patrimônio jurídico, e como o exercício da sua liberdade é limitado pelo exercício dos direitos e da liberdade do próximo.

Por outro lado, sendo a educação para a cidadania e democracia, por excelência, uma educação que não se limita ao espaço e ao tempo da educação formal, é preciso gestá-la para que seus efeitos surjam diretamente nos núcleos familiares e nos demais núcleos da comunidade.

## CONCLUSÃO

A carência de aprendizagem gerada pela ausência de ensino jurídico mínimo dentro do processo educacional do cidadão origina uma parte das dificuldades de convívio social. Tal situação está ancorada especialmente em uma visão limitada das relações entre saberes escolares e práticas sociais. Trabalhando para favorecer a transferência de conhecimento e o desenvolvimento de competências de cidadania, combate-se uma das causas do atraso do progresso social coletivo.

Pouco adianta que haja dentro do poder judiciário endurecimento de fiscalização, correições de suas atividades, estabelecimento de metas e ampliação de comarcas e vagas destinadas a membros e servidores dos órgãos que prestam apoio à justiça se não há, entre o cidadão beneficiário das atividades desse poder, proximidade e identificação com as normas por ele resguardadas e apreciadas em litígio ou consenso.

Pouco contribui reformar as normas processualísticas usuais que conduzem aos procedimentos de autotutela pela resolução de conflito de forma a conferir às partes envolvidas instrumentos como conciliação, mediação ou arbitragem, se o volume maior de beneficiários de tais medidas pouco ou nenhum conhecimento possuem acerca de seu patrimônio jurídico ou das normas que disciplinam o convívio social.

Sobre o assunto, salutar a oração produzida por Juan Méndez (2000, p. 245):

Uma justiça acessível aos não privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo de democráticos. [...] A não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito.

O processo educacional aqui defendido se apresenta com instrumento para interferir na propagação espontânea de conceitos que não condizem com os predicados constitucionais do País e que são necessários, tanto para a superação das desigualdades quanto para a diminuição da exclusão social e da eliminação da pobreza.

Nesse contexto, a educação tem papel primordial para o efetivo exercício da cidadania, a qual tem pautado inúmeras discussões acerca da construção do seu real significado nos dias atuais.

Relembrando que, conforme estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, os Estados têm o dever de assegurar que a educação tenha como objetivo promover o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Urge, pois, preparar cada pessoa para essa participação, ao ofertar o ensino para o cabedal dos seus direitos e deveres, desenvolver as suas competências sociais e estimular o trabalho em equipe nos ambientes de integração social (escolas, centros culturais, Defensorias Públicas, Conselhos Sociais etc.).

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo aceito como um direito social básico em âmbito nacional, sua efetividade é, ainda, pouco difusa. A efetividade plena, no contexto de oportunidade de acesso à justiça, poderia ser expressa como ‘paridade de armas’ – sendo a garantia de que o desfecho da reivindicação pelo usufruto dos direitos assegurados aos cidadãos brasileiros seja a consecução destes a todos sem a permissividade de qualquer tipo de distinção. Essa perfeita paridade por natural é utópica.

As diferenças entre os constituintes de uma nação, as partes antagônicas, ainda que o ideal de Estado seja constitucionalmente declarado o mesmo a todos, não podem jamais ser completamente erradicadas. A defesa pela educação, não aquela apenas formal que garanta a mínima alfabetização e a introdução às ciências sociais e exatas, é a alternativa a ser seguida à exaustão pela administração pública e por quem quer que dela faça uso como ator social.



O ponto principal pela sociedade justa e igualitária promulgada em 1988 é saber até aonde avançar, que diretrizes eficazmente cumprir na direção do objetivo utópico e a que custo. Nesse aspecto, o acesso à educação para direitos pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos a todos.

Uma tarefa básica, *condictio sine qua non*, às Defensorias Públicas brasileiras é expor o impacto substantivo das várias ações educativas realizadas em suas dependências ou em seu exercício itinerante de seu serviço diuturno de orientação e esclarecimento jurídico que, no mais das vezes, foi o que faltou em dado momento ao hipossuficiente que lhes apresenta uma demanda judicial a ser defendida.

O acesso à educação para direitos traduzido como ensino jurídico não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido. Ele é, também, necessariamente, o ponto central a ser perseguido pelos operadores do direito. Sua aplicação pressupõe um alargamento e aprofundamento de objetivos, métodos e procedimentos da moderna ciência jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/ccivil/Constituicao/Constituicao.htm>> Acesso em: 18 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em: 18 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Avaliação do impacto Social do “Programa Justiça Comunitária”**. Instituto de estudos da Religião. Organização Miriam Krenzigueuer A. Guidani, Silvia Vieira, Moniza Rizzini Ansari, Calor Eduardo Brandão. Brasília: SRJ, 2012.

\_\_\_\_\_. **Programa Ética e Cidadania**: construindo valores na escola e na sociedade, inclusão e exclusão social /organização. FAFE – Fundação de Apoio à Faculdade de Educação (USP) equipe de elaboração Ulisses F. Araújo (et al.). Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2007.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da educação**. São Paulo: Moderna, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BROCHADO, Mariá. **Paideia jurídica**: pressupostos e caracterização. Publicação eletrônica pela Revista Eletrônica do Tribunal de Constas do estado de Minas Ge-

rais. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1274.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

HOBBS, Thomas. **De Cive**: Elementos Filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993.

MÉNDEZ, Juan E. Reforma institucional, inclusive acesso à Justiça. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNEL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, Violência e Injustiça**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à Educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. **O ensino do direito em crise**: reflexões sobre seu desajuste epistemológico e a possibilidade de um saber emancipatório. Porto Alegre: SAF, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. Para uma pedagogia do conflito. In: SILVA, Luiz Heron da; AZEVEDO, José Clóvis de; SANTOS, Edmilson Santos dos. (Orgs.). **Novos Mapas culturais, novas perspectivas educacionais**. Porto Alegre: Sulina, 1996.

SANTOS, Milton. **A natureza do Espaço**: Técnica e Tempo, Razão e Emoção. São Paulo: Edusp, 2002.

SILVA, Fábio Costa Moraes de Sá e. **Ensino Jurídico**: a descoberta de novos saberes para a democratização do direito e da sociedade. Porto Alegre: SAFE, 2007.

ROSSEAU, J.J. **Emílio ou da Educação**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

## **LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA COLETIVA. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FATORES QUE SUSTENTAM E ENTRAVES INCONSTITUCIONAIS IMPOSTOS EM DESFAVOR DE SUA EFETIVAÇÃO**

Arthur Luiz Pádua Marques<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Esta pesquisa traz uma reflexão sobre a visão do processo civil social no campo coletivo e seu exercício pela Defensoria Pública. Denota a necessidade de uma interpretação técnica levando em consideração os fatos sociais que violam os direitos do ser humano, ao unir a reflexão nos parâmetros e a concretude do tema qual seja o acesso à justiça e à igualdade. Abordam-se a proposta de Salles (2006) e a teoria do “Free Riding” como uma necessidade processual para implementação dos direitos de massa, pensamento que amplia a importância da opção brasileira em adotar um modelo de legitimidade concorrente e disjuntiva. Nesse mote, há premente necessidade de se entender e, posteriormente, pacificar o entendimento no sentido de que o importante papel da Defensoria Pública no exercício de seu dever Constitucional de Tutelar os interesse da coletividade (diga-se: o interesse público primário) certamente refletirá de forma positiva na construção de uma Justiça célere e eficiente ao cidadão, além de contribuir como um especial reforço na construção de igualdade real e na formação do próprio conceito de Justiça. Diante desse cenário, a formação de enunciados e a publicação de decisões que contrariem a Constituição e negam vigência ao microsistema da tutela coletiva, além de fechar os olhos ao novo modelo de Estado advindo em 1988, com inúmeras políticas públicas em fase de implementação, desequilibra a ideia de acesso à justiça de forma igualitária.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela FEV– SP, em 2003. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Especialista em Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Doutorando em Direito. Foi advogado de abril de 2004 a dezembro de 2007, em São Paulo. Foi Coordenador do Núcleo Especializado de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos e Membro Eleito do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Atualmente é titular da 17ª Defensoria Pública da Fazenda e Registros Públicos da Capital e Coordenador do Núcleo de Defesa da Saúde.

O trancamento da atuação “coletiva e difusa” não pode ser admitido pela sociedade, sobretudo pela parcela de pessoas carentes que sequer conhecem seus direitos ou que os conhece, mas que, individualmente, é impossível ou inviável de se acessar, esperando na Defensoria Pública o seu “seio” de defesa coletiva.

**Palavras-chave:** Legitimidade. Tutela Coletiva. Defensoria Pública.

## **ABSTRACT**

The proposal presents a reflection on the vision of social civil procedure in collective and its exercise by the Ombudsman denoting the need for a technical interpretation taking into account the social facts that violate the rights of human beings by attaching a reflection in the theme parameters and concreteness that is, access to justice, equality and addressing the proposed Salles, the theory of “Free Riding” as a procedural necessity for implementation of mass rights, thinking that this increases the importance of the Brazilian option to adopt a legitimacy model competitor and disjunctive. In this motto, there is urgent need to understand and then pacify the understanding in the sense that the important role of the Ombudsman in the exercise of his constitutional duty Guardianship the interest of the community (say: The primary public interest), certainly reflect positively in building a speedy and efficient justice to citizens, and contribute as a special reinforcement in the construction of real equality and training the very concept of justice. Given this scenario, the formation of statements and the publication of decisions contrary to the Constitution and denies the validity microsystem of collective protection, and close our eyes to the new state model arising in 1988 with numerous public policies being implemented unbalances idea of access to justice equally. The locking action of “collective and diffuse” can not be accepted by society, especially the share of poor people who do not even know their rights or who knows but that, individually, it is impossible or impractical to access, waiting in the Public Defender his “bosom” of collective defense.

**Keywords:** Legitimacy. Collective Protection. Public Defense.

## **INTRODUÇÃO**

A Defensoria Pública, por força normativa do art. 134 da CRFB/88 (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014), c/c art. 128, inciso X, da Lei Complementar Federal nº 80/1994, c/c art. 1º, *caput*, e seus incisos VII, VIII, X e XI, c/c art. 1º, incisos IV e VIII, c/c art. 5º, inciso II, ambos da Lei Federal nº 7.347/1985, c/c art. 81, incisos I e II na forma do art. 90 do Código

de Defesa do Consumidor passou a integrar, como legitimada ativa e passiva, o microssistema de tutela jurisdicional coletiva. Esse microssistema é formado pela completa interação entre as Leis Federal nº 7.347/1985 e 8.078/1990, em seus arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, o que possibilitou o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso (REsp 1098669/GO), somados à legislações especiais. Apesar da vasta legislação citada e dos últimos precedentes da Suprema Corte, a Defensoria Pública vem encontrando entraves na sua labuta diária da atuação coletiva.

O caminho escolhido pelo legislador brasileiro muito tem a ver com a evolução das demandas sociais de massa e a ampliação da busca pela satisfação do direito da coletividade, por vezes questionado, fato que terminou por trazer à baila a discussão acerca da legitimação ativa da Defensoria Pública para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Seguindo em frente, ademais de o texto constitucional não restringir de nenhum modo a atuação da Defensoria Pública, ao revés, é possível dele se extrair diretamente a legitimidade da Instituição para o exercício da ação civil pública. Isso porque não há como garantir o acesso pleno e efetivo à justiça (ditame expresso na Carta Republicana) sem disponibilizar instrumentos reais de tutela das coletividades hipossuficientes (GRINOVER *apud* MAIA, 2015), seja sob o aspecto econômico, seja sob o aspecto organizacional, como bem esposou a Professora das Arcadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Outra leitura importante surge com a ideia de um processo civil social que tenha o objetivo de acompanhar a evolução constitucional no que tange ao surgimento de inúmeras políticas públicas que estão em fase de implementação no Brasil pós Constituição de 1988. Nesse aspecto, o processo civil superou a noção romana de apenas “dizer de quem é o direito” em um pensamento de dizer apenas quem “ganhou ou quem perdeu”, justamente pela necessidade de enfrentar novas questões relacionadas a novos direitos fundamentais sociais que brotaram com a Constituinte e que nos dias hodiernos estão gerando transtornos e até desumanidades e desfavor ao destinatário final de determinada política pública.

Nesse ponto, cumpre-nos sedimentar o entendimento do professor Salles (2006, p. 177) quando afirma que “o tratamento pelo Judiciário de políticas públicas não é algo a ser reputado anormal. Ao contrário, a intervenção judicial nessa área ocorre em razão da ligação, direta ou indireta, com políticas públicas ser característica marcante do próprio Direito contemporâneo”.

A isso se soma a desvairada corrupção, os excessivos gastos públicos desnecessários, o desperdício de dinheiro público em razão de gestões frau-

dulentas na área da saúde e educação, o que nos permite afirmar que o efeito negativo de tudo isso quem experimenta, de fato e em tempo real, é a população carente.

Nesse toar, a partir do cenário constitucional com um enxame de direitos a serem implementados, sobretudo em favor das pessoas carentes, em que está o foco da atuação da Defensoria Pública, questionamos os motivos pelos quais permanecem decisões que tendem a restringir a possibilidade de defesa e proteção desses direitos por pessoas ou instituições eleitas pelo legislador a assim proceder.

Basta observarmos que o microsistema da tutela coletiva está balizado e regulamentado objetivamente quanto à atuação da Defensoria Pública. O Poder Judiciário já deu a última palavra, quando da apreciação da matéria no Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943, sobre o entendimento do art. 4º, inciso VII, Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro 1994: “quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”, não restando espaço para o Judiciário, nos Estados, aferir e muito menos publicar enunciados que contrariam a legislação vigente.

Acaso seja preponderante a interpretação no sentido de que a Defensoria Pública atue quando todo o grupo de pessoas for carente, estaria totalmente inviabilizada a aplicação da mesma norma quando esta autoriza a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pela Defensoria Pública, caso o resultado da demanda possa refletir na esfera de direitos do grupo hipossuficiente (lembrando: “um grupo não são todos os grupos”), além de gerar um real desprestígio à igualdade. Isso porque, caso um grupo de “pessoas carentes” tenham seus direitos violados e algumas pessoas “ricas” também tenham a violação do mesmo direito, em razão de uma situação de fato ou por determinado vínculo jurídico, tem-se a tese de que o rico não poderia se servir de uma sentença prolatada na defesa de um determinado grupo de hipossuficientes. Isso terminaria implicando aceitação tácita da desigualdade, já que quase sempre o direito é de todos e, mesmo quando não o for, certamente será verificado no momento do recebimento da execução da sentença coletiva.

A Interpretação restritiva do manejo de Ações Coletivas pela Defensoria Pública, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (dicção legal, reitero), reduz as forças da população de baixa renda, atenta contra os fundamentos da república esculpidos no art. 3º da CF e torna a Instituição vocacionada e legitimada pela constituição para a defesa de pessoas hipossuficientes totalmente fragilizada, já que, nos dias de hoje, as violações em massa contra grupos carentes não tendem a terminar ou

diminuir (v.g. falta de acesso à saúde, à educação, violência no campo etc.). São as pessoas hipossuficientes as destinatárias imediatas do produto da corrupção e das gestões ineficientes.

Imaginemos o exemplo de uma determinada Ação Civil Pública em que a Defensoria Pública maneja o pleito de regularização do acesso de exame de diagnóstico e tratamento padronizado pelo SUS de uma doença (fibrose cística) que atinge expressivamente as crianças de tenra idade. Na decisão, confusa em definir o que é difuso e o que é individual homogêneo, os fundamentos focam no sentido de que todos do grupo devem comprovar a hipossuficiência e ainda afirma, em contrariedade à posição do STF que, para aquele caso específico, a saúde seria um direito individual homogêneo (ACP n. 5042739-80.2013.8.27.2729, TJTO).

Ainda tratando do ponto casuístico proposto, registramos que o pedido na citada Ação Civil Pública foi expresso no sentido de que o exame e o tratamento deveriam ser acessíveis a todos que dele necessitarem. Para nosso absoluto luto, data máxima vênia, o Magistrado jamais poderia afirmar que todas as crianças com essa doença no âmbito do Estado do Tocantins seriam apenas aquelas indicadas, a título de exemplo, na inicial. Nem mesmo o autor afirma isso e nem poderia fazê-lo, já que todos os dias outras tantas crianças podem ser diagnosticadas com esse mal, outras já diagnosticadas, mas que ainda não acessaram o tratamento possivelmente existem. Por essa razão, na grande maioria dos casos de saúde pública, os sujeitos são indeterminados e indetermináveis e, portanto, o interesse a ser tutelado é difuso.

A proposta de trazer o exemplo acima citado soa interessante para demonstrar que as posições restritivas pouco avançam no sentido da máxima efetividade dos direitos fundamentais e no aspecto processual porque contrariam o microsistema da Ação Civil Pública e a nova Ordem Constitucional. Porém, aos olhos dos mais esquecidos, essas decisões estão na parcela das minorias, já que na grande maioria das decisões relacionadas ao tema, seja nos tribunais estaduais, a exemplo do TJTO, STF e STJ, os Colegiados não limitam a atuação da Defensoria Pública em casos de defesa de direitos fundamentais.

Em geral, os desvios, omissões no dever de garantir e as violações comissivas aos direitos metaindividuais, sobretudo as praticadas por grandes grupos econômicos e quase sempre pelo Poder Público, legitimam toda a sociedade de forma individualizada ou de forma coletiva, sempre na expectativa de ampliar os legitimados para a defesa desses interesses. Trata-se de direitos fundamentais quase sempre ligados ao mínimo existencial e que muitas vezes o cidadão não os acessa de forma individual (economicamente, v.g.).

## 1 ACESSO À JUSTIÇA

Adentrando na seara de se buscar sustentação e embasamentos sólidos para a ideia de legitimidade coletiva à Defensoria Pública para a tutela dos direitos metaindividuais, seja na atuação coletiva no polo ativo ou no polo passivo, de modo a afastar a ideia proposta por alguns órgãos e poderes, iniciamos afirmando que a reação contrária à atuação da Defensoria está atrelada à ideia de dominação oriunda da ditadura e de outros movimentos do sistema de Justiça contrários ao princípio consagrado do acesso amplo e democrático à Justiça. Fora esses dados, é pura vaidade e não se sabe por que, já que, na verdade, há uma real sub-representação desses direitos.

É sabido que há direitos em massa diuturnamente violados que sequer são tutelados pela pessoa ofendida simplesmente porque a demanda, analisada sob o aspecto individual, ou não surtirá efeitos, e muitas vezes faltará ao titular o interesse de agir individual, ou trará ao seio social decisões conflitantes em casos análogos, violando a igualdade e contaminando um acesso à justiça pleno, que deve seguir sem mácula de ordem substancial.

Negar acesso à Justiça não é apenas não oportunizar a apreciação do Poder Judiciário. O acesso deve ser pleno em todas as suas vertentes, seja do ponto de vista individual ou coletivo, seja sob o aspecto formal e material. Não se pode falar em garantia de acesso à Justiça por pessoas hipossuficientes sem que estas sejam amplamente defendidas e protegidas em toda sua esfera de proteção jurídica e sem que o Poder Judiciário as reconheça como sujeitos de direito, o que evita decisões que jogam no lixo pretensões humanitárias e deixa o interessado totalmente desassistido, como ainda ocorre em todo território nacional.

Por outro lado, quanto ao acesso à Justiça sob o ponto de vista resolutivo e extrajudicial, o mesmo pensamento se aplica, já que a Defensoria Pública não apenas pode atuar com medidas de pacificação do conflito coletivo, como deve fazê-lo, já que a prioridade é garantir e efetivar direitos.

Além dos Termos de Ajustamento de Conduta, reuniões, recomendações e outras medidas extrajudiciais, a audiência de conciliação e justificação designada preliminarmente nas demandas coletivas já judicializadas que envolvem políticas públicas têm sido eficazes, sobretudo para contribuição na construção de uma política pública ideal ao cidadão. Observa-se que, quando o conflito é coletivo, os recursos financeiros e os impactos sociais são mais altos e graves, respectivamente, necessitando de um cuidado redobrado, especialmente para que a decisão proferida após audiência venha farta de dados e já com exercício do contraditório.

Na perspectiva de Capelleti e Garth (1988), de onde nasceram muitos



conceitos e legislações brasileiras sobre acesso à Justiça e Tutela Coletiva, observa-se que nos séculos XVIII e XIX os estados liberais, burgueses, adotavam medidas várias para solução de litígios escorados na concepção individualista, romana (dizer o direito), em que acesso à justiça era limitadamente conceituado como um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.

Nesses tempos, o Estado ainda não evoluíra para o modelo atual em que temos um uma garantia material de acesso à Justiça como um direito humano e fundamental. Na atual Constituição Federal e na legislação vigente, o hipossuficiente e/ou aquele que tenha seu direito violado pode defendê-lo diretamente ou por meio de uma ação coletiva, desde que um grupo esteja no mesmo parâmetro fático a ser observado para eventual demanda.

Nesse ponto, preciosas também as lições de Salles (2006), em que propõe uma reflexão sobre a “teoria do free riding”, justamente porque há casos que, obrigatoriamente, na perspectiva do resultado exequível e ideal da demanda e também amparado pelo primado do acesso à Justiça, a propositura da ação individual estabelecerá uma confusão quando da execução da medida (v.g. casos de cirurgias eletivas em que há filas para procedimentos cirúrgicos – o trato da questão obrigatoriamente deverá ser coletivo).

Quanto a soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) estabeleceram uma subdivisão cronológica dos movimentos de acesso à justiça pensando na efetividade desse acesso, e cada movimento foi chamado pelos autores de “onda”. A primeira “onda” teria sido a assistência judiciária; a segunda referia-se à representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e, finalmente, a terceira “onda” que seria o “ênfase de acesso à justiça”, a qual compreendia os posicionamentos anteriores e tinha como objetivo enfrentar contundente e articuladamente as barreiras ao acesso efetivo à justiça.

Daí se inicia o laço umbilical da Defensoria Pública como legitimada, individual e coletiva com o acesso à Justiça. Em resumo, Capelletti e Garth (1988, p. 31) vislumbraram que “os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos aos pobres”.

Para eles, a assistência jurídica/judiciária aos mais carentes é um processo natural do capitalismo em que essa opção fez emergir a desigualdade, se constituindo em um processo de exclusão, tanto do ponto de vista econômico e social, quanto do ponto de vista da defesa dos direitos dos mais fracos.

Daí que, no Brasil, optamos pelo modelo de defesa dos necessitados se dar pela Defensoria Pública, uma instituição permanente, autônoma, seja do ponto de vista funcional ou administrativo e com condições de demandar a

defesa dos direitos individuais e coletivos, já que as populações mais carentes foram renunciando a seus direitos em razão da falta de Defensoria Pública estruturada.

Calha anotar que a assistência jurídica foi muito precária e ineficiente com o sistema *judicare*, adotado por alguns países ocidentais, que consistia na utilização de advogados particulares custeados pelo poder público, com o objetivo de proporcionar uma representação igualitária aos pobres. Mas esse sistema se apresentou falho, pois os advogados que auxiliavam essas populações só defendiam os interesses individuais e a população continuava ignorante em relação aos seus direitos coletivos, sobretudo quando a demanda é proposta em desfavor de grandes empresas e contra o Estado (sem autonomia não se exerce direitos contra o Estado).

A segunda onda veio para tentar superar a barreira do acesso à justiça, em relação à representação dos direitos difusos e coletivos, eis que o processo civil clássico estava preparado para a tutela de interesses que não fossem individuais e patrimoniais, como a grande maioria das demandas que envolve os interesses difusos e coletivos.

Na realidade, a segunda onda consistiu na reforma das noções tradicionais do processo civil e o papel dos tribunais para garantir a tutela jurisdicional dos direitos de massa. Daí a necessidade e o nascimento da legitimidade concorrente e disjuntiva de modo a ampliar o acesso para que muitos possam defender os interesses não apenas sob o aspecto individual, mas também sob o aspecto coletivo. Mesmo com essa ideia, ainda temos um quadro negativo de sub-representação.

A terceira onda de acesso à justiça, portanto, refere-se à questão interna do processo que, conforme os autores, percorre “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67). Essa terceira onda tem como um de seus pilares a concessão de representação de todos os tipos de direitos, sejam eles individuais, coletivos, difusos, privados, públicos ou de tutelas de urgência, preenchendo os chamados “vazios de tutela”. Para os autores citados, “de crucial e decisiva importância mostra-se igualmente a superação da barreira da visão conservadora do processo civil, arraigada em suas origens da tutela individual” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.67).

Anote-se ainda que o caminho normativo evolutivo do acesso à justiça continuou ocorrendo no Brasil com as reformas na Lei da Ação Civil Pública, das Leis que organizam a Defensoria Pública, Emenda Constitucional n. 80/2014, Reforma da Lei de Execuções Penais, entre tantas outras legislações que ampliam a defesa coletiva dos direitos. Esse foi um gesto positivo e louvável.

vel de tentar proteger o cidadão dos abusos do mercado capitalista de consumo e das ações maculadas e nefastas perpetradas pelas Administrações Públicas, em todos os seus níveis, muitas vezes amparadas pela corrupção.

## **2 IGUALDADE, TEORIA DO “FREE RIDING” (EFEITO CARONA) E ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

A dificuldade em buscar a proteção individual dos direitos de massa fazia com que a coletividade suportasse uma situação de pura inviabilidade do pleno exercício da garantia de acesso à Justiça.

A título de exemplo, um dano ambiental cometido por empresa poluidora e que atinge uma comunidade carente de certo bairro pobre continuava ocorrendo por falta de meio hábil que pudesse pleitear a interrupção desse mal. Quero dizer que uma pessoa hipossuficiente/vulnerável sozinho não vai demandar em ação individual em desfavor de uma grande Hidrelétrica e da União (v.g. Belo Monte).

Em geral, se observarmos os nossos índices atuais de Desenvolvimento Humano, a diversidade cultural, nossos parques e muitas vezes ineficientes recursos “aplicados” na educação, somados à questão geográfica, perceberemos que ainda não se tem maturidade para afirmar que nosso povo não dependa de educação em direitos.

Para isso, somos sempre pela ampliação da distribuição dos legitimados pelo máximo possível de representações organizadas de modo ampliar e a democratizar o acesso à justiça no plano coletivo. Incluem-se, então, a educação e os direitos como prioridade da atuação, fazendo com que os envolvidos tenham sempre a oportunidade, seja em audiências públicas ou via atendimentos coletivos, de conhecer e escolher seus direitos dentro de seu contexto cultural, social e humanitário.

O vulnerável carente, sem condições de pagar advogado e sem condições educativas para pensar em uma responsabilização de tal empresa poluidora ou mesmo do Estado (do qual ele quase sempre é vítima), nunca pensava em buscar a tutela do direito a um meio ambiente saudável. Essa sim é a grande “onda” em que podemos enxergar que a fragilidade do cidadão quanto ao pré-requisito da “educação em direitos”, aliadas às poucas condições de o mesmo produzir provas, faz com que ofertemos mais importância às Ações coletivas que, na verdade, servem para evitar desigualdades.

No caso, se o citado homem vizinho do ambiente poluidor fosse vitorioso em sua demanda individual, poderia obter a tutela apenas para si, segundo nossas “antigas” regras de processo. Assim, outras pessoas que estão na mesma situação jurídica ou na mesma situação de fato não teriam o mesmo resultado,

seja porque sequer ingressaram no Judiciário seja porque receberam uma sentença de improcedência diferente da que foi dada em favor do seu “vizinho-cidadão”.

Cumpre frisar que diuturnamente somos impelidos a responder ao assistido aquilo que realmente não parece óbvio, ou seja, que para casos análogos de “José e Maria, o José conseguiu e a Maria não”. Isso é reflexo do abandono do ideal em dar solução coletiva aos conflitos coletivos.

Vale destacar ainda os casos de saúde em que as pessoas necessitam de acesso aos serviços e procedimentos médicos. Caso recente ocorreu nas Unidades de Terapia Intensiva neonatais, na Maternidade Pública em Palmas, em 6/3/2015, em que uma mãe procurou a Defensoria Pública relatando que precisava de leito (UTI) para o seu filho recém-nascido. Recebemos a mãe e a acompanhamos até o hospital para protocolizar um expediente. Nesse momento, fomos informados de mais 3 (três) recém-nascidos na mesma situação, e no dia seguinte se transformou em mais 5 (cinco) que necessitavam de leitos (UTIs), todos de famílias de baixa renda.

Imediatamente, restou identificado que não agiríamos de forma individual em defesa de cada um dos recém-nascidos. Era uma ação emergencial, mas que deveria buscar tutelar a todos que da tutela necessitassem em pé de igualdade, de modo que a Decisão emanada fosse dada a todos os que estão na mesma condição clínica. A providencia foi adotada em atuação conjunta entre Ministério Público e Defensoria Pública da Saúde de forma imediata, e a liminar foi deferida, garantindo, enfim, o direito de acesso ao serviço.

Com destaque, nesse ponto, para a teoria do *free riding* (efeito carona), proposta por Salles (2006), em que se demonstra a possibilidade do efeito carona nas ações coletivas, por nós pensada na atuação da Defensoria Pública. Objetiva-se sempre estabelecer igualdade da defesa de situações semelhantes e sob a perspectiva de se garantir a todos que necessitem e que façam parte de grupo de hipossuficientes, como querem a lei e a Constituição Federal.

A ideia do Professor Salles (2006) caminha no sentido de ser importante ampliar os legitimados porque, na verdade, há uma atual sub-representação, já que vários grupos não avançam na defesa coletiva dos direitos em razão dos custos que um processo coletivo pode gerar. Daí nossa crença vai no sentido de que, quando tratar-se de grupos vulneráveis, eles estarão aguardando um agir da Defensoria Pública sob o aspecto coletivo e se aproveitarão do efeito carona para chegarem a sua tutela, mesmo que não tenham buscado o serviço.

Das conclusões do professor citado, extraímos outra vertente de interpretação do *free riding* – não apenas se fundaria a teoria do efeito carona na questão das custas e dificuldades de se estabelecer um processo coletivo

adequado no que tange à representação, pois pensamos que deva se reconhecer que em várias ações coletivas o efeito carona é uma realidade e surge sempre no aspecto da necessidade do cidadão.

Vale ressaltar que a ideia do *free riding* é vista muitas vezes nas atuações extrajudiciais coletivas, em que os órgãos legitimados coletivos buscam mecanismos legais como audiências públicas, reuniões, Termos de Ajuste para pacificar eventuais conflitos passíveis de solução fora do Juízo e garantir maior efetividade e em menor tempo, na construção das políticas públicas.

Nesse ponto, cumpre estabelecer que a solução dos conflitos sem intervenção do Poder Julgador é o ponto chave para avançarmos sob a perspectiva de que os direitos sociais fundamentais, que sempre estão em jogo, merecem atenção especial não apenas do Poder Judiciário, mas principalmente dos Poderes competentes para implantação de políticas públicas respectivas.

Registre-se que, assim ocorrendo, os cidadãos que necessitam ter acesso à determinada política pública serão contemplados, serão sujeitos do efeito carona e evitarão bater às portas do Poder Judiciário para judicializar individualmente matérias relativas a políticas públicas.

Nesse gancho, oportuno enfatizar que, além do inciso II, do art. 4º, da LC 80, o mesmo artigo traz ainda outras evidências de que a busca pela tutela dos direitos metaindividuais de forma prioritariamente extrajudicial é o caminho a ser trilhado pela Defensoria Pública. Principalmente porque é a instituição que recebe diariamente a população de baixa renda, foco principal das políticas públicas que deveriam ser implantadas pelo Poder Público em benefício de quem realmente precisa.

Promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico são funções, em última hipótese, judicializáveis que a Defensoria Pública vem exercendo por meio de projetos. Como exemplo, a aproximação da instituição com as comunidades mais carentes, proximidade com Organizações não Governamentais, proximidade das Associações de bairros buscando a conscientização da população, projetos de aproximação dos moradores da zona rural, aproximação com as comunidades quilombolas, projetos com o cadastramento de pessoas com deficiência no âmbito da Defensoria Pública, entre outros.

Esse papel dos Defensores Públicos é que legitima sua atual condição de agentes de transformação social e, nesse viés, traz-nos a certeza de que essa atuação extrajudicial e coletiva também garante direitos e concretiza cidadania e dignidade à população de baixa renda. Também evita a judicialização, “instituto” criado pelo cotidiano descumprimento, pelo Poder Público e por grandes empresas, de seus deveres, que ultimamente tem se transformado em uma real

banalização do provimento jurisdicional.

Muitas sentenças que condenam o Poder Público a ofertar vagas em escolas de ensino infantil (creches) e ofertar abastecimento de hospitais públicos (v.g.) permanecem anos, senão décadas, sem o efetivo cumprimento. Isso faz com que o direito não se satisfaça e que a comunidade envolvida permaneça incrédula na atuação do sistema de Justiça que não consegue garantir direitos, pós-ineficiência comprovada do órgão responsável que viola a regra, com equidade e efetividade.

Registre-se que os mecanismos extrajudiciais de atuação coletiva, quando utilizados de forma devida e observados os limites da lei, são, além de resolutivos, peças fundamentais para o revigoramento do Poder Judiciário com a diminuição de demandas judiciais repetitivas, que muitas vezes são coletivizadas e não chegam à pacificação.

Nesse íterim, quando o legislador infraconstitucional afirma “todas as espécies de ações” (art. 4º, VII, LC n. 80/1994), podemos interpretar o termo “ações” não apenas como o direito de ação ou à propositura de demanda judicial. Ação, no sentido lato, leva-nos à interpretação de que a Defensoria Pública age para garantir direitos à coletividade com amplas ações e projetos que prescindem de decisão judicial proferida pelo juiz togado, deixando a propositura da demanda apenas para os casos em que a tentativa da solução extrajudicial se mostrar frustrada.

Nesse colóquio, aliás, podemos observar que, nas demandas sociais coletivas, não há de se falar em vencedor e vencido, como ocorre no puro direito das obrigações. Nas demandas que tutelam o direito metaindividual, os interesses da coletividade (interesse público primário) estão em ambos os polos, de modo que o exercício do direito a ser entregue pelo Judiciário ou de forma extrajudicial pelos legitimados certamente refletirá uma necessidade real de exercer o direito por parte do grupo envolvido.

### **3 UM EPISÓDIO CONTRADITÓRIO: O CASO DOS ENUNCIADOS NO TOCANTINS**

Recentemente, tivemos a insatisfação de ler (mesmo sem acreditar) alguns enunciados propostos por alguns Magistrados em um determinado encontro na Escola Superior da Magistratura-TO sobre a temática da legitimação da Defensoria Pública para externar a tutela coletiva em juízo.

Enunciados contrários à Constituição Federal pós EC n. 80/2014 direcionam no sentido de inviabilizar o controle social de violações de direitos humanos de massa, via Ações Coletivas pela Defensoria Pública na busca por efetivação de direitos dos excluídos. Isso porque nega a legitimidade para a

tutela dos interesses difusos (pessoas indeterminadas são titulares) e limita, além dos limites já regulamentados em lei, a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos (MAZZILLI, 2007).

Em grandes hospitais e grandes cadeias, o estado sequer tem o controle de quem realmente está ali e muitas vezes não se pode precisar quantos e quais dependem da tutela jurisdicional.

É verdadeira limitação do acesso à Justiça, sobretudo da imensa massa carente do Tocantins, violando preceitos constitucionais em grotesca atitude antagônica às últimas decisões do STF e de outros Tribunais do País. Desse modo, é bem verdade que alguns casos práticos seguiram a ideia dos enunciados ora citados, mas a posição do Tribunal de Justiça e de muitos outros magistrados é que vem mantendo a legitimidade ampla da Defensoria Pública para as demandas coletivas. Um verdadeiro avanço em relação à matéria e à democracia.

Friso mais uma vez que o Tribunal de Justiça Tocantinense tem demonstrado posição antagônica aos enunciados aprovados pelo grupo de magistrados via Escola Superior da Magistratura, pois prestigiou o acesso amplo à Justiça quando definiu:

A alegação de que a presente ação pode alcançar também aqueles não necessitados é um contrassenso. A eventual procedência da demanda não pode afastar o efetivo benefício às pessoas realmente necessitadas pelo simples fato de também poder beneficiar aqueles que não se enquadram na definição de hipossuficientes. Ademais, é de conhecimento público que a grande maioria dos pacientes do SUS são pessoas necessitadas que carecem de assistência. Do disposto na Constituição Federal e nas leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07) e Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) conclui-se que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados/hipossuficientes, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei, de modo a garantir, primordialmente, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito [...] (TOCANTINS, 2014, *online*).

Veja que os enunciados referidos inviabilizam a própria existência do conjunto de normas que entregaram à Defensoria Pública a defesa coletiva dos direitos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupos de pessoas hipossuficientes (art. 4º, VII da LC n. 80/1994), além de contrariar disposição expressa da Constituição pós EC n. 80/2014:

Enunciado 1 - “A Defensoria Pública não tem legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de interesses difusos, quando não for possível delimitar o universo dos substituídos, diante da sua função constitucional de defesa dos necessitados”;

Enunciado 2 – “Defensoria Pública tem legitimidade para ingressar com Ação civil pública na defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos, desde que os titulares do direito discutido enquadrem-se no conceito de hipossuficiente/necessitado”.

Cumpre assinalar, por final, que é notória a quantidade de ações coletivas propostas pela Defensoria Pública na defesa de grupos de pessoas necessitadas. Uma série de resultados tem ocorrido, inclusive em ações junto ao STF, em que sequer o Ministério Público Federal ou qualquer dos Ministros do Supremo inviabilizaram a aplicação da legislação, a despeito de promover interpretação.

Assevero mais: o acesso à justiça por parte dos necessitados foi entregue à Defensoria Pública pela Constituição Federal, assim, não pode se limitar ao plano do individualismo, sob pena de inversão total da ordem constitucional, que busca a máxima efetividade e o amplo e igualitário acesso ao Direito.

Fato notório, e que já não nos remete a dúvidas, é que a atuação coletiva da Defensoria Pública ou tem trazido resolutividade extrajudicial ou tem levado à apreciação do Poder Judiciário temas relevantíssimos do ponto de vista da proteção dos direitos do cidadão e dos direitos inerentes à pessoa humana. Isso faz valer as normas esculpidas na Constituição e na legislação de regência que exige apenas que a Defensoria Pública atue em demandas em que o resultado puder beneficiar grupo de hipossuficientes.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, reafirmamos que a reflexão sobre a visão do processo civil social no campo coletivo e seu exercício pela Defensoria Pública denota a necessidade de uma interpretação técnica que leve em conside-



ração os fatos sociais que violam os direitos do ser humano. Une-se uma reflexão nos parâmetros e a concretude do tema, qual seja o acesso à justiça e à igualdade. Abordam-se a proposta de Salles (2006) e a teoria do *Free Riding* como uma necessidade processual para implementação dos direitos de massa, pensamento que amplia a importância da opção brasileira em adotar um modelo de legitimidade concorrente e disjuntiva. Para nós é o que deve prevalecer, pois foi esse o intuito legislativo quando optamos pelo modelo democrático de acesso coletivo à Justiça, seja quando do surgimento da Lei n. 7347/1985, seja quando da realidade da Lei n. 8078/1990, o CDC.

Nesse mote, pensamos que o julgamento da ADI n. 3943 pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, reconhecendo a legitimidade universal da Defensoria Pública para demandas coletivas, inclusive sob o manto da reformada Lei da Ação Civil Pública com atribuições inclusive para defesa do patrimônio público e social, consolidou o importante papel da Defensoria Pública no exercício de seu dever Constitucional de Tutelar os interesse da coletividade (diga-se: o interesse público primário).

Certamente, entendendo o verdadeiro papel institucional da Defensoria Pública na defesa de direitos, avançaremos para a construção de uma Justiça célere e eficiente ao cidadão, além de contribuir como um especial reforço na construção de igualdade real e na formação do próprio conceito de Justiça, dando a pessoas necessitadas igualdade de tratamento, seja com ricos ou pobres. A vedação de atuação no campo difuso macula ao menos a oportunidade de levar a juízo matéria que viola direitos de pessoas carentes. Isso é inaceitável. Como se somente os mais afortunados fossem os titulares de direitos humanitários, como é o meio ambiente, o patrimônio público e social.

Diante desse cenário, a formação de enunciados que contrariem a Constituição e o julgamento pelo Pleno do STF negam vigência ao micro-sistema da tutela coletiva, além de fechar os olhos ao novo modelo de Estado advindo em 1988, com inúmeras políticas públicas em fase de implementação, desequilibrando a ideia de acesso à justiça de forma igualitária. O trancamento da atuação “coletiva e difusa” não pode ser admitido pela sociedade, sobretudo pela parcela de pessoas carentes, que sequer conhecem seus direitos ou que os conhece, mas que, individualmente, é impossível ou inviável de se acessar.

A defesa coletiva ampla aos necessitados é um desafio e uma obrigação também entregue pela Constituição Federal e pela Lei, à Defensoria Pública.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 80, de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1098669**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17552770/recurso-especial-resp-1098669-go-2008-0225509-9>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290988>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 11381-RS**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338053/reclamacao-rcl-17744-d-f-stf>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

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

MAIA, Maurilio Casas. **ADI n. 3.943**: O STF adotou o conceito amplo de necessitado constitucional, específico para o processo coletivo. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/tag/maurilio-casas-maia/>>. Acesso em: 1 fev. 2015>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São

Paulo: Saraiva, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOCANTINS. 1º Vara da Fazenda e Registros Públicos de Palmas. **Ação Civil Pública n. 5042739-80.2013.827.2729**. Disponível em: <[https://eproc2.tjto.jus.br/eprocV2\\_prod\\_1grau/](https://eproc2.tjto.jus.br/eprocV2_prod_1grau/)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0005299-43.2014.827.0000**. Disponível em: <[https://eproc2.tjto.jus.br/eprocV2\\_prod\\_2grau/](https://eproc2.tjto.jus.br/eprocV2_prod_2grau/)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Enunciado n. 1**. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Enunciado n. 2**. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **ACP n. 5042739-80.2013.8.27.2729**. Disponível em: <<http://wwa.tjto.jus.br/>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Ap 0005299-43.2014.827.0000**, Rel. Des. Eurípedes Lamounier, 3ª Turma da 1ª Câmara Cível, Julgado em 10/12/2014. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/pautas/arquivos\\_pautas/PAUTA%2048-%20PUBLICA%C3%87%C3%83O.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/pautas/arquivos_pautas/PAUTA%2048-%20PUBLICA%C3%87%C3%83O.pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

## **LEI MARIA DA PENHA: MULHERES E DIREITOS – DEFENSORIA PÚBLICA E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES**

Ana Claudia Moura Figueiredo<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo apresentar um olhar crítico sobre a evolução dos mecanismos e dos instrumentos de combate à violência, oferecidos à mulher no Brasil. Tecem-se comentários acerca das questões constitucionais relevantes e de novas normas em tramitação no Poder Legislativo e se traz uma abordagem singela sobre as inovações que o diploma legal apresenta e as interpretações atuais, promovidas pelos tribunais superiores. Mostra-se, também, o papel relevante da Defensoria Pública no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, com foco especial na atuação da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

**Palavras-chave:** Violência doméstica. Violência familiar. Lei Maria da Penha. Defensoria Pública – Tocantins.

### **ABSTRACT**

This article aims to present a critical eye on the evolution of mechanisms and legal instruments to combat violence against women in Brazil. To comment on relevant constitutional issues and new norms still in transaction on Brazilian Legislative Branch. To bring a simple approach on the legal innovations and current interpretations promoted by the Brazilian higher courts. To comment on relevant role of the Public Defender in to combat the domestic and family violence against women, with special focus in the actions of the Public Defender.

**Keywords:** Domestic violence. family violence. Maria da Penha Law. Public Defender - Tocantins.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito. Pós-graduada em nível de Especialização em Direito Ambiental. Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Foi advogada por 20 anos.

## INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei n. 11.340/2006 veio tardiamente, após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ter reconhecido o gênero feminino como um grupo vulnerável, que aspirava por cuidados e atenção internacional. Por conta disso, a Comissão exigiu dos países signatários da Convenção Americana dos Direitos do Homem medidas e intervenções no sentido de que fosse resguardada a integridade física das mulheres, a serem implementadas por meio de políticas públicas e normas específicas garantidoras de direitos fundamentais.

A Lei ganhou um apelido, pelo qual se tornou conhecida, em virtude do caso de uma mulher brasileira, Maria da Penha Fernandes, que, por duas vezes, sofreu tentativa de homicídio, por parte de seu marido e, em decorrência das tentativas, ficou paraplégica. Somente após 19 (dezenove) anos de espera, viu seu algoz ser punido, e isso somente aconteceu em decorrência da repercussão nacional e internacional do seu caso, que inclusive ensejou a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Destarte, o diploma legal inovador trouxe como base o princípio da isonomia<sup>2</sup>, aplicando tratamento jurídico diferenciado às vítimas de violência doméstica, isso tudo tendo como objetivo a redução da desigualdade de gênero. Coroando essa fase do direito brasileiro de proteção à mulher, a Lei Maria da Penha impôs no seu bojo diversos instrumentos que pudessem resguardar a integridade física e psíquica da mulher, entre os quais as medidas protetivas de urgência, em seus artigos 22 a 24. A violência doméstica abarcada pela Lei Maria da Penha não é apenas a violência física, mas inclui a violência psicológica, patrimonial e sexual. Tais inovações foram muito bem recebidas no direito pátrio e, logo depois, a sua aplicação passou a ter previsão no direito processual penal, para aqueles grupos de pessoas em situação de fragilidade, principalmente os casos agravados pela hipossuficiência.

Com efeito, o legislador não se acautelou quanto à importância das medidas protetivas de urgência, ou seja, não previu procedimento incontroverso a sua aplicação. Na verdade, a lei trouxe apenas a descrição de um procedimento genérico. Como consequência disso, restaram muitos questionamentos no que concerne ao descumprimento desses instrumentos. Diante das omissões trazidas pela lei, adotou-se o entendimento de que a medida protetiva tem natureza de tutela cautelar de urgência, divergindo de seu caráter cível ou penal, o que acarretou decisões divergentes em um mesmo tribunal.

Claro que não é possível e nem razoável que um tribunal tenha vários

---

<sup>2</sup> Segundo o Princípio da Isonomia, devem-se observar aqueles que, em situação de igualdade, devem ser tratados igualmente, e os desiguais na medida de suas desigualdades.

procedimentos para uma mesma matéria ou mesmo que cada tribunal do País demande um procedimento acerca das medidas protetivas de urgência, pois, se assim o for, os princípios do contraditório e da ampla defesa estariam comprometidos.

Os doutrinadores divergem se as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha possuem caráter de cautelar criminal ou cível. Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007), as medidas protetivas de urgência são bipolares, por vezes assumem caráter cível e, por outras, criminal.

## **1 MARIA DA PENHA NA ÁREA CÍVEL**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão inovadora da 4ª Turma do STJ<sup>3</sup>, em julgamento do Recurso Especial n. 1.419.421-GO, admitiu a aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) em Ação Cível, sem que houvesse um Inquérito Policial ou mesmo processo penal investigatório contra o suposto agressor.

Para o relator do caso, Ministro Luiz Felipe Salomão, a agregação do caráter cível às medidas protetivas de urgência à mulher previstas na Lei Maria da Penha estende consideravelmente a proteção das vítimas de violência doméstica, e a explicação é que são medidas de eficácia preventiva.

Oportuno destacar o art. 22 da Lei Maria da Penha:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
  - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
  - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por

---

<sup>3</sup> RECURSO ESPECIAL N. 1.419.421-GO (2013/0355585-8). Ementa: direito processual civil. Violência doméstica contra a mulher. Medidas protetivas da lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Incidência no âmbito cível. Natureza jurídica. Desnecessidade de inquérito policial, processo penal ou civil em curso.

qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

O Ministro Luiz Felipe Salomão ponderou, na conclusão do seu voto, que:

[...] As medidas de proteção em apreço possuem natureza satisfativa, ou seja, encerram por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada, independentemente de propositura de qualquer outra ação. Não sendo, portanto, o caso de cautelar preparatória, mas em se tratando de cautelar satisfativa, em que nem mesmo é obrigatório o ajuizamento da ação principal, incabível a extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de ajuizamento da ação principal no prazo legal, devendo as questões debatidas ser decididas nos próprios autos [...] (BRASIL, 2003, *online*).

No citado julgado, ainda sobre a violência contra a mulher, Dias (2012, p. 45) afirma que

A violência doméstica normatizada pela Lei Maria da Penha não guarda correspondência com qualquer delito tipificado no Código Penal. A lei primeiro identifica as ações que configuram violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois define os espaços onde o agir configura violência doméstica (art. 5º, I, II e III): no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral [...].

Este é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha: abarca um conceito de violência doméstica completamente afastado da prática de crimes e de forma alguma inibe a proteção da vítima, não impede a atuação da autoridade policial e nem a concessão das medidas protetivas pelo juiz.

O Ministro, sabiamente, em seu voto destacou que as medidas pro-

tativas previstas na Lei Maria da Penha, especialmente as dos artigos 22 a 24, podem ser requeridas de forma autônoma com fins precípuos de cessar ou acautelar a prática da violência doméstica contra a mulher. Isso independente da existência de processo crime ou uma ação principal contra o agressor, e explicita que, nesses casos, a medida de urgência tem natureza de cautelar cível satisfativa, portanto, não exige a existência de outro processo cível ou criminal, pois, nesse caso, não se busca obrigatoriamente a garantia da eficácia prática da tutela principal.

O objetivo das medidas protetivas é proteger e garantir direitos fundamentais, rechaçando a continuidade do ciclo de violência e das consequências advindas dela. As medidas protetivas não são preparatórias para um processo judicial, seu objetivo principal são as pessoas.

## **2 DEFENSORIA PÚBLICA NA ATUAÇÃO À ASSISTÊNCIA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Muitas mulheres sofrem com a violência doméstica e familiar, sem qualquer assistência jurídica ou psicológica. A lei Maria da Penha estabelece política pública que tem como objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio de um conjunto de ações articuladas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e também de ações não governamentais, integrando o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, com as áreas de segurança pública, saúde, assistência social, trabalho, educação e habitação.

Não há como prescindir de educação, saúde, assistência, trabalho e moradia ao resgate da estima e valores da mulher, após libertação de anos de submissão e violência. Tão grave quanto à violência praticada contra a mulher, seria deixá-la sem qualquer apoio ou assistência, abandoná-la à própria sorte, muitas vezes com filhos e sem qualquer qualificação profissional para concorrer no mercado de trabalho e sobreviver a sua conta.

Missão deveras importante a da Defensoria Pública, pois além da garantia de acesso à justiça, deve buscar convênios, ajustes, termos, parcerias entre órgãos governamentais ou não, objetivando programas de qualificação profissional da mulher vítima de violência doméstica, inserindo-a no mercado de trabalho.

É de conhecimento público que muitas mulheres acabam voltando ao lar conjugal, sob o julgo do agressor, por conta de não terem condições de sobreviver, de trabalhar e de morar. Assim, terminam por sucumbir, retornam ao lar e ao sofrimento promovido por seu companheiro, e o que se vê é a perpetuação da violência e do estado de submissão ao agressor.

A Defensoria Pública, que tem como missão a proteção aos hipossufi-



cientes, oferece à mulher vítima de violência toda a assistência necessária, seja ela jurídica ou psicológica, em pertinente harmonia com o determinado pela legislação pátria. Adota, para tanto, todas as providências cabíveis para a tutela e a proteção da mulher, especialmente requerendo medidas protetivas de urgência e prisão preventiva, no caso de descumprimento das mesmas, conforme determina o art. 18 da Lei n. 11.340/2206.

Segundo a Lei Maria da Penha, a vítima de violência doméstica deverá estar acompanhada de um Defensor Público, garantido a ela todos os serviços de Defensoria Pública ou Assistência Judiciária Gratuita, em sede policial e judicial, por meio de um atendimento específico, digno e humanizado, como determina o art. 28 da citada lei. A assistência de que fala a lei deve ocorrer em qualquer posição que a mulher se encontre, seja como vítima, assistente de acusação no crime ou mesmo autora na ação civil, pois a lei assegura a participação da defensoria, ainda que por ventura não seja concedida pelo juiz a gratuidade da justiça. Ademais, importante lembrar que o mesmo art. 28 frisa que não há necessidade de advogado ou de instauração de inquérito policial para as medidas protetivas de urgência, pois que podem e devem ser requeridas diretamente pelas vítimas.

Para evidenciar e efetivar ainda mais o acesso à justiça, facilitando a ação da mulher vítima de violência, o Supremo Tribunal Federal-STF já se posicionou no sentido de que não há necessidade de representação em casos de lesão corporal de natureza leve ou mesmo culposa, ou seja, nessas modalidades, segundo o STF, os crimes são de ação penal pública incondicionada.

Em todo País, as Defensorias Públicas implantaram Núcleos de Atendimento à Mulher, com dependências adequadas que garantam um atendimento diferenciado, ágil e especializado. Os Núcleos são de fundamental importância para o acolhimento da mulher vítima de violência, são fatos dolorosos, em que a mulher ficou vitimizada por anos a fio, sem qualquer socorro e, muitas vezes, sem um serviço especializado que pudesse ser oferecido de forma eficiente e com resultados satisfatórios.

O Relatório da Subcomissão Especial para Debater o Tema da Violência Doméstica Contra a Mulher da Câmara dos Deputados, criada por meio da aprovação da Comissão de Seguridade Social e Família, e aprovada em julho de 2013, apontou diagnósticos de lacunas na prestação de segurança pública e jurídica às mulheres vítimas de violência doméstica. Como resultado, apresentou propostas de aperfeiçoamento das políticas de combate à violência. A Subcomissão visitou alguns Estados da Federação, por meio de seis missões oficiais, sendo as cidades de Terezina, no Piauí, Palmas, no Tocantins, Macapá e Santana, no Amapá, São Félix do Araguaia, no Mato Grosso, Porto Velho, em

Rondônia e, finalmente, em Campinas, São Paulo.

A subcomissão ouviu diversos relatos de agressores que justificavam, em suas falas, que mulheres e muitas vezes crianças são “suas”, como se fossem objetos de sua propriedade e, portanto, poderiam fazer com elas o que bem entendessem. O relatório final apresentado é um instrumento para corroborar a implementação e a criação de programas e ações governamentais e definição de estratégias e prioridades na seara dos direitos humanos.

Segundo o Instituto Patrícia Galvão (2012), em estudo sobre a “Percepção da Sociedade sobre violência e assassinato de mulheres” (informações contidas no relatório da subcomissão), o Brasil tem a 7ª maior taxa de homicídios de mulheres no mundo. De acordo com o mapa de violência 2012, sobre Homicídio de Mulheres no Brasil (Julio Jacobo Waiselfisz – FLACSO/CEBELA), entre os anos de 2000 e 2010, 43.654 mulheres foram mortas. Nos anos de 1980 a 2010, a taxa de homicídios femininos para cada 100 mil mulheres subiu para vertiginosos 230%. Após a promulgação da lei Maria da Penha, o número absoluto e taxa de homicídios caíram, mas de forma temporária, pois em 2010 o índice alcançou sua maior escala, conforme é possível observar pelo gráfico mostrado no relatório.

## 2.1 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

A Missão Oficial a Palmas, no Estado do Tocantins, ocorreu entre 27 e 28 de junho de 2013. O relatório da subcomissão informa que, segundo o Mapa de Violência (Flaco/Cebela), 34 mulheres foram mortas no ano de 2010 no Estado do Tocantins, correspondendo a uma taxa de 5 homicídios por cada 100 mil mulheres, remetendo o estado à significativa 12ª pior posição no ranking. Com efeito, a capital do estado, Palmas, ocupa a última posição no ranking das capitais com 1.7 homicídios por cada 100 mil mulheres. Informa ainda o relatório que, segundo pesquisa do IPEA (2013, *online*), “Violência contra a mulher: Feminicídios no Brasil”, nos anos de 2009 a 2011, os números de homicídio contam com 6,75 de mulheres por cada 100 mil habitantes, colocando o Estado do Tocantins como 11º pior estado.

Relevante destacar os números apontados pelo relatório quanto aos registros de violência contra mulheres no Estado do Tocantins, no ano de 2012, em que a central de atendimento à mulher registrou quase 2.900 denúncias advindas do estado. Isso significa um índice de 416,459 registros para cada grupo de 100 mil mulheres, portanto, ocupando o ranking na 21ª posição. Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em estudo publicado em 2013, aponta que 66,64% das mulheres agredidas no Tocantins, o sujeito ativo da agressão era o cônjuge ou companheiro, o ex-cônjuge ou

parente. Vale dizer que esse é o maior índice desse tipo de agressão contato pela pesquisa, no Brasil, ficando atrás apenas do Estado de Sergipe (BRASIL, 2013, *online*).

No Tocantins, a Defensoria Pública criou o Núcleo Especializado de Promoção de Defesa dos Direitos da Mulher – NUDEM, que tem como titular atualmente a Defensora Vanda Sueli M. S. Nunes, que prestou informações relevantes para este estudo. O núcleo apresenta espaço físico novo e adequado, possui sala de triagem às assistidas, contando ainda com o espaço da brinquedoteca, específico para que as mulheres possam deixar seus filhos menores, enquanto são atendidas. O núcleo conta ainda com uma equipe multidisciplinar que presta atendimento não só às mulheres vítimas de violência, como também a qualquer outro assistido que necessite de atendimento especial.

Segundo informações prestadas pelo NUDEM, muitas vezes as mulheres não procuram a Defensoria Pública para buscar seus direitos. Em média, são 20 atendimentos por mês. A defensora titular explicou ainda que as medidas protetivas de urgência, quando a requerimento da Defensoria Pública, são deferidas em média, em um dia, e que as medidas requeridas, em sua maior parte, são as de proibição de aproximação e o afastamento do lar (do agressor).

Como é possível observar, a Defensoria Pública desempenha papel fundamental e único na defesa das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Assim, cabe ao Poder Público fortalecer cada vez mais a instituição para que as inovações e as determinações impostas pela Lei Maria da Penha não se tornem mais um amontoado de normas postas no papel sem qualquer efetividade.

Note-se que, no Estado do Tocantins, ainda não há Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que demandaria maior celeridade e acesso à justiça e ponto fundamental posto pela Lei Maria da Penha em seu art.14. A Defensoria Pública não tem olvidado esforços para cobrar do Estado do Tocantins a criação do juizado, como forma de melhorar cada vez mais o atendimento e também dar celeridade aos processos que tratam da matéria.

A secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins, por meio da Coordenadoria de Estatística e Análise/Unidades Policiais, publicou dados específicos com relação às vítimas femininas no estado, nos meses de outubro e novembro de 2014, englobando os delitos: homicídio (dolosos e culposos), lesões corporais seguidas de morte, suicídio entre outros. Os dados apontados demonstram que a violência é crescente para um estado tão novo, com uma

população razoavelmente pequena.

As frentes de combate à violência contra mulher ainda enfrentam muitos obstáculos, principalmente o medo, que ainda impera entre as mulheres vítimas de violência doméstica, que não denunciam as práticas criminosas. Há de se falar também do isolamento de alguns grupos de mulheres, a exemplo das mulheres quilombolas, das indígenas e, finalmente, das mulheres do campo, às quais poucas informações chegam. Quando chegam informações, vêm por meio de grupos religiosos e associações de mulheres, repassadas nos locais onde habitam essas mulheres e que, muitas vezes, não contam com absolutamente nenhum recurso para que se rompa o ciclo de violência.

Os dados apontados pela Secretaria de Segurança Pública do Tocantins demonstra um quadro de notícias que chegam ao conhecimento da autoridade policial e engrossam as estatísticas, mas não é o quadro real da violência praticada contra a mulher, como é possível observar pela Figura 2.

O demonstrativo apresentado pela Secretaria de Segurança Pública/Coordenadoria de Estatísticas e Análises Policiais, referentes aos meses de outubro e novembro de 2014, informa o quantitativo de vítimas mulheres por faixa etária.

#### QUADRO 1 – ESTATÍSTICAS E ANÁLISES POLICIAIS

| Ocorrências            | Faixa etária               | Total |
|------------------------|----------------------------|-------|
| Homicídio doloso       | Entre 18 e 64 anos         | 14    |
| Tentativa de homicídio | Entre 12 a 65 ou mais anos | 14    |
| Lesão corporal dolosa  | Entre 0 a 64 anos          | 448   |
| Ameaça                 | Entre 0 e 34 anos          | 942   |
| Estupro                | Entre 12 a 65 ou mais anos | 116   |
| Tentativa de estupro   | Entre 0 e 34 anos          | 11    |

Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins, 2014.

Importante missão a do Núcleo de Defesa Especializado de Promoção de Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM), pois os números apresentados pela corregedoria da instituição demonstram a efetiva atuação do núcleo no atendimento das mulheres vítimas de violência doméstica no estado. Existem três defensorias especializadas às mulheres vítima de violência, quais sejam: Palmas, Araguaína e Gurupi.

As atividades do NUDEM estão expostas a seguir, no ano de 2014, segundo dados da Corregedoria da Defensoria Pública do Tocantins.

**QUADRO 2 – ATIVIDADES DO NUDEM**

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| Atendimentos: casos novos | 240   |
| Palmas                    | 300   |
| Acordos: casos novos      | 2     |
| Palmas                    | 11    |
| Ações                     | 203   |
| Audiências                | 281   |
| Sentenças e recursos      | 708   |
| Atividades diversas       | 1.078 |
| Processos em andamento    | 308   |
| Processos findos          | 127   |
| Total Geral               | 2.895 |

Fonte: Corregedoria Geral da Defensoria Pública do Tocantins: Estatística. Ano 2014.

**3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424), ajuizada pela Procuradoria Geral da República, no que se refere aos artigos 12, inciso I, 16; e 41 da Lei n. 11.340/2006. Em votação unânime no mesmo dia, o plenário da Corte na ADC-19 declarou a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Com isso, a Suprema Corte declarou procedente o pedido de constitucionalidade dos dispositivos da supracitada lei, ajuizada pela Presidência da República.

À época do julgamento da ADIN 4421 e da ADC 19, o Supremo Tribunal Federal já posicionou de forma contundente, por 10 (dez) votos a 1 (um), que o art. 16 da Lei é constitucional. Declarou que, nos casos de lesões corporais, a ação penal correspondente é pública incondicionada, desse modo, a perseguição criminal não se prende à declaração de vontade da vítima.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, os ministros do STF acompanharam de forma unânime o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, e decidiram pela constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, entendimento consubstanciado nas ações afirmativas para proteger e defender a mulher de violências, físicas, morais, sexuais e psicológicas dentro do ambiente familiar e doméstico. Portanto, a aplicação da Lei n. 11.340/2006 não viola o Princípio da Igualdade, muito pelo contrário, é o emprego da verdadeira igualdade, pois despende ao desigual, à mulher, tratamento especial e diferenciado, restabelecendo o equilíbrio entre pessoas de gêneros diversos.

O artigo 16 determina que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, contudo, para a maioria dos Ministros do STF, esse fato acabou por restringir a proteção constitucional assegurada às

mulheres. No julgamento em questão, foi esclarecido que os crimes cometidos no contexto da lei Maria da Penha não é de competência dos juizados especiais.

O art. 41 da Lei Maria da Penha dispõe: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

O artigo ora transcrito retirou os crimes de violência doméstica do rol dos crimes de pequeno potencial ofensivo, saindo da submissão dos juizados especiais. Desse modo, colocou em prática uma política criminal mais austera, compatível com a gravidade dos atos daqueles que praticam violência contra mulher. O princípio da Isonomia determina proibição discriminatória, impondo ao legislador a proteção da pessoa mais frágil, que é o objetivo do supracitado artigo.

O que não se pode olvidar é que as mulheres, pelo histórico que apresentam até os dias atuais, sempre foram vitimizadas até mesmo pela sua fragilidade. Muitas vezes sofrem a violência psicológica em um grau tão assustador, que ficam submetidas a uma dependência sub-humana, têm sua liberdade de ir e vir, assim como a de se expressar, totalmente tolhida, diante do terror psicológico e das injúrias práticas pelo agressor, que usa esse comportamento de forma hodierna para manter a mulher sob seu jugo.

Quando a Lei Maria da Penha salvaguarda um atendimento especial e diferenciado às mulheres e impõe a vedação de aplicação dos juizados especiais julgarem os crimes com violência doméstica, é justamente para evitar o julgo e abuso do agressor. Isso porque o caso, quando levado ao juizado especial, era tratado como crime de pequeno potencial ofensivo, e não se oferecia às vítimas qualquer resultado no cessar da violência.

O STJ, por sua vez, já decidiu que autores de violência doméstica contra mulheres podem ser processados pelo Ministério Público, sem autorização da vítima. A decisão prolatada pela 6ª turma considerou por maioria que a ação penal contra o agressor deve ser pública incondicionada. Isso ocorreu em virtude de a vítima ter se retratado em juízo, alegando que não desejava a representação criminal do agressor, assim, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (TJ-DF) trancou a ação penal com o fundamento de que não havia justa causa para o prosseguimento do feito. O Ministério Público recorreu, sob o argumento de que a decisão em questão ofendeu os artigos 13, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, além do artigo 648, I, e 38 do Código de Processo Penal. E mais, alegou ainda que a ação penal do delito tem natureza pública incondicionada, não dependendo da representação da vítima.

Não há como negar o direito do Estado em prosseguir com a ação penal, vez que a espécie não depende de representação da vítima, aqui não

há de se falar em proporcionalidade e, muito menos ainda, em ferimento ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, como querem muitos. O Princípio da Igualdade, com já destacado ao norte, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. O que antes era corriqueiro e tratado pela Lei n. 9.009/1995, por meio dos Juizados Especiais Criminais, como crimes de pequeno potencial ofensivo, com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, todos os casos que envolvessem violência doméstica e familiar contra a mulher são remetidos ao Juizado Especial de Violência e Familiar contra a Mulher, ou, se não houver, a uma Vara Criminal. Não mais é possível a apreciação pelo Juizado Especial Criminal e, mais, não é mais possível transação penal ou suspensão condicional do processo.

Em respeito e observância da hipossuficiência da mulher, a Lei Maria da Penha demandou uma “discriminação” considerada positiva em face do gênero feminino. O objetivo é exterminar a violência contra a mulher, enfim, é a forma de cumprimento pelo Brasil das obrigações a que se declinou quando da assinatura e da ratificação de tratados e convenções internacionais.

A Lei Maria da Penha veio para combater o preconceito de toda espécie praticados contra as mulheres. Trata-se de uma política afirmativa, necessária para corrigir o comportamento machista e cruel que historicamente tratou a mulher como ser inferior e submisso a todo tipo de mazela discriminatória. A própria Constituição Federal protege e favorece as mulheres, a exemplo da aposentadoria, que é concedida a elas mais cedo do que aos homens.

#### **4 CRIME DE FEMINICÍDIO E DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER: LEGISLATIVO BRASILEIRO UM PASSO À FRENTE**

Foi aprovado, no final de 2014, no Senado federal, Projeto de Lei n. 292/2013, que insere no Código Penal mais uma forma qualificada de homicídio, qual seja o feminicídio, tratado como “forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher”, impondo uma pena de reclusão de 12 a 30 anos. O texto do projeto deixa claro que a aplicação dessa pena mais grave não afasta as punições por outros crimes que possam ocorrer de forma associada, a exemplo do estupro e da tortura.

Segundo o texto legal em estudo, o feminicídio é definido como homicídio praticado contra mulher por razões de gênero, no âmbito da violência doméstica e familiar, violência sexual, mutilação da vítima ou emprego de tortura. Mais um mecanismo de combate à violência contra a mulher que impulsiona mais proteção e, principalmente, mais rigor para os agressores de mulheres. É

o enfrentamento de décadas de violência, barbárie e condutas machistas que levaram muitas mulheres à morte.

Vale lembrar que não é por ciúme ou amor ou paixão que o homem mata. Ele mata em razão de não aceitar que a mulher tenha o poder de decisão sobre sua própria vida e corpo. Nesse sentido, quando o legislador procura preencher uma lacuna do direito, criando um tipo penal denominado de feminicídio, acaba por rechaçar com um entendimento equivocado de que assassinato de mulher é crime passionai, ou crime de amor. Essa prática criminosa é crime de ódio, de posse. E esse tipo de crime não pode ser tolerado, nem amenizado, mas sim punido com penas rigorosas — explica Fausto Rodrigues de Lima (2009), promotor de justiça do Distrito Federal e um dos organizadores do livro “Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar”.

Segundo dados levantados pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Violência contra a Mulher, instaurada pelo Senado Federal que percorreu o território nacional, foi constatado que a Lei Maria da Penha não é cumprida, de onde se delineou um quadro com dados referentes aos serviços públicos que protegem a mulher da violência doméstica e familiar, e eles são bem escassos.

**QUADRO 3 – SERVIÇOS PÚBLICOS QUE PROTEGEM A MULHER DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

| ÓRGÃOS                                                             | TOTAL<br>NO PAÍS | MÉDIA POR<br>ESTADO |
|--------------------------------------------------------------------|------------------|---------------------|
| Defensorias Especializadas e Núcleos da Mulher                     | 36               | 1,3                 |
| Promotorias especializadas da Mulher                               | 64               | 2,3                 |
| Casas Abrigo                                                       | 71               | 2,6                 |
| Juizados Especializados em Violência Doméstica e Varas Adaptadas   | 91               | 3,3                 |
| Centro de Referência de Atendimento à Mulher                       | 192              | 19,1                |
| Delegacias da Mulher e Núcleos Especializados em Delegacias Comuns | 618              | 19,1                |

Fonte: Senado federal: Portal de Notícias, Jornal do Senado, 2013.

O Projeto de Lei aprovado no Senado determina que deverão existir defensores públicos à disposição das mulheres hipossuficientes, promotores de justiça atuantes, hospitais devidamente preparados para assistir vítimas de vio-



lência doméstica e, principalmente, delegacias da mulher e juizados especiais de violência doméstica que sejam capazes de compreender a dor das vítimas e agir rigorosamente diante dos agressores.

No decorrer de construção desse trabalho, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei n. 8305/2014 do Senado Federal, exatamente no dia 3 de março de 2015, que incluiu o feminicídio como homicídio qualificado, sendo agora classificado como crime hediondo, o próximo passo é sanção presidencial. O crime ora tipificado prevê aumento de pena de 1/3 se o crime ocorrer: durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) ou pessoa com deficiência; e na presença de descendente ou ascendente da vítima. Mais uma vitória das mulheres no combate à violência.

## CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha preencheu uma lacuna no direito brasileiro quando trouxe um instrumento de combate à violência e alterou a estrutura do Poder Judiciário, em que se viu a criação e instalação de varas especializadas ou juizados de competência exclusiva para julgamento dos processos decorrentes de violência doméstica e familiar, previstos na Lei n. 11.340/2006. Notório que a Lei tenha por objeto a proteção e tutela dos direitos da mulher, com sua constitucionalidade garantida pela Carta Constitucional, que determina tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, situação a que se pode remeter a mulher, pela sua própria condição de vulnerabilidade, e que é habitualmente julgada em virtude do gênero.

Gêneros diversos existem e o direito, a justiça e a sociedade devem vê-los como cidadãos que são. Os “diferentes” não podem ser privados e afastados da proteção do Estado, pois aí sim seria a consubstanciação do preconceito e da discriminação, condenados pela ordem jurídica vigente.

Não obstante ao que é costumeiro se ouvir na sociedade, não são apenas as mulheres de baixa renda que sofrem violência doméstica, isso é um engano primário. Muitas mulheres, profissionais liberais, servidoras públicas, empresárias, entre outras também são vítimas da barbárie do homem agressor, violência tão comum entre a população, que pode ser encontrada em qualquer lar brasileiro, do mais rico ao mais humilde.

Por fim, os poderes constituídos, as organizações não governamentais, as associações e a sociedade devem buscar a aprovação de leis que tenham por objetivo a efetivação dos direitos da mulher, como um direito humano e fundamental, para que se erradique esse tipo de violência que não tem mais espaço nos tempos de hoje.

Necessário observar as dificuldades para implementação de mecanismos que auxiliem no combate à violência doméstica, restrições orçamentárias que possam implementar políticas públicas dirigidas à mulher, ausência de juizados da violência doméstica, elementos que impõem à mulher exclusão do meio social, do mercado de trabalho, e o mais grave: do acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.ncst.org.br/imagens\\_news/files/Judiciario-na-Aplicacao-da-Lei-Maria-da-Penha.pdf](http://www.ncst.org.br/imagens_news/files/Judiciario-na-Aplicacao-da-Lei-Maria-da-Penha.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório da Subcomissão Especial para Debater o tema da Violência Contra a Mulher**. Câmara dos Deputados, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19138:presidente-do-cnj-destaca-carater-transformador-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, Senado, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4421**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1022793&ad=s>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4424 e ADC 19**. Notícias do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4424**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247715>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 1.419.421 - GO (2013/0355585-8)**. Ementa: direito processual civil. Violência doméstica contra a mulher. Medidas protetivas da lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Incidência no âmbito cível. Natureza jurídica. Desnecessidade de inquérito policial, processo penal ou civil em curso. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-teor-25044003>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha**. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8305/2014**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/jornalcamara>>. Acesso em: 4 mar. 2015

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Relatórios da Comissão de Seguridade Social e Família e da Subcomissão Especial para Debater o Tema da Violência Contra a Mulher**. Brasília: Câmara Legislativa, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/violencia-contra-a-mulher/relatorio-final-da-subcomissao-especial-para-debater-o-tema-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **CPI da Violência contra a Mulher percorre o Brasil e constata que Lei Maria da Penha não é cumprida**. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/cpi-da-violencia-contra-a-mulher-percorre-o-brasil-e-constata-que-lei-maria-da-penha-nao-e-cumprida>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei 292/2013**. Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **O âmbito de incidência da Lei 11.340/06 consoante a delimitação dada por seu art. 5º**. 2009. Disponível em: <<http://www>>.

direitonet.com.br/artigos/exibir/5171/O-ambito-de-incidencia-da-Lei-11340-06-consoante-a-delimitacao-dada-por-seu-art-5o>. Acesso em: 25 dez. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica (Lei Maria da Penha)**: Lei 11.340/06. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ, C. Anna Candida; ALVIM, S. Márcia Cristina; LEISTER, Anne Margareth. **Evolução dos Direitos no Brasil**. Lei Maria da Penha – Coleção Texto. São Paulo-SP: Edifício, 2014.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Percepção da sociedade sobre violência e assassinato de mulheres**. 2012. Disponível em: <[http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro\\_pesquisa\\_violencia.pdf](http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Ipea revela dados inéditos sobre violência contra a mulher**. 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&id=19873](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=19873)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Violência Doméstica**: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Brasília: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_; SANTOS, Claudiene (Coord.). **Violência doméstica**: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAPA DE VIOLÊNCIA. **Dominício de mulheres no Brasil**. Flacso Brasil, 2013. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

NÚCLEO ESPECIALIZADO DE PROMOÇÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. 2014. Disponível em: <<http://www.redededefesadedireitos.com.br/assistencia-juridica/nudem-nucleo-de-defesa-da-mulher/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

TOCANTINS. Defensoria do Estado do Tocantins. **Estatísticas de Atendimento e Relatórios**. 2015. Disponível em: <[www.defensoria.to.gov.br](http://www.defensoria.to.gov.br)>. Acesso em: 25 fev. 2015

\_\_\_\_\_. Secretaria de Segurança Pública. **Estatísticas e registros policiais de violência contra a mulher**. 2015. Disponível em: <[www.ssp.to.gov.br/portal](http://www.ssp.to.gov.br/portal)>. Acesso em: 25 fev. 2015.

## O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO SERVIÇO SOCIAL NA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS: PERCURSOS, DESAFIOS E HORIZONTES

Jean Bezerra da Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

O Serviço Social insere-se na Defensoria Pública do Estado do Tocantins como uma área de suporte técnico e científico aos Defensores Públicos, e mediatiza-se desde o atendimento à sua população usuária até a elaboração de um estudo social, que é próprio da intervenção do assistente social. O Serviço Social na Defensoria Pública vincula-se no contexto do universo sociojurídico, em que presenciamos, em muitos casos, a existência de uma *lide* a que um sujeito social está pleiteando. Múltiplas são as expressões da questão social a que os profissionais deparam-se cotidianamente e, frente a isso, a população assistida aspira a uma possível resolutividade. Mas as respostas precisam ser construídas a partir de um espaço ético e tendo por finalidade os valores e a missão institucional do referido espaço sócio-ocupacional e, acima de tudo, que o Projeto Ético Político do Serviço Social seja materializado.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Serviço Social. Exercício Profissional.

### ABSTRACT

The Social Work, is part of the Public Defender of the State of Tocantins, as an area of scientific and technical support / the Defenders / the Public / as, and if mediates-from the attention to your user population to the elaboration of a social study, which is itself the intervention of the / a social worker. The Social Service in the Public Defender's Office is linked to the context of socio-jurídico universe, where we witness in many cases, the existence of a deal that

---

<sup>1</sup> Graduado em Serviço Social pela Universidade Federal do Tocantins- UFT. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal do Tocantins- UFT. Mestrando em Dinâmicas Territoriais e Sociedade na Amazônia pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará- UNIFESSPA, Campus de Marabá- PA. Servidor Efetivo da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, no cargo de Analista em Gestão Especializado – Serviço Social, lotado na Diretoria de Araguaatins- TO.

one / one subject / social is pleading. Multiple are the expressions of the social question that the / professional are faced daily, and, before that, the population aspires to a possible problem solving; but the answers need to be built from an ethical space and, with the purpose, values and the institutional mission of that socio-occupational space and, above all, the Political Ethics of Social Work Project to be materialized.

**Keywords:** Public Defender of the State of Tocantins. Social Service. Professional Practice.

## INTRODUÇÃO

O artigo que se segue parte de reflexões necessárias ao exercício profissional do Serviço Social em uma Instituição cuja função é assegurar o acesso à justiça às pessoas necessitadas. Em função disso, a qualificação e o aprimoramento constantes dos profissionais são elementos indispensáveis para a garantia e a viabilização de direitos sociais ao público alvo da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

Na primeira seção deste artigo, caracterizamos a Instituição Defensoria Pública do Estado do Tocantins acerca de sua missão, visão e valores institucionais, como também destacamos a inserção do Serviço Social na Instituição por meio do Concurso Público realizado no ano de 2012.

Sabe-se que a Defensoria Pública é uma Instituição encarregada constitucionalmente de assegurar o acesso à justiça gratuita às pessoas que não dispõem de recursos financeiros e que a sua função é essencial ao nosso Estado Democrático de Direito.

Em um segundo momento, evidenciamos sobre a trajetória sócio-histórica do Serviço Social a fim de situarmos a profissão na sociedade de classes. Entendemos a profissão de Serviço Social como interventiva e que está presente nos mais variados espaços sócio-ocupacionais. O fim máximo de tal intervenção é a efetivação de direitos sociais pela via das políticas sociais públicas.

Na seção que se dedica ao trabalho do assistente social na Defensoria Pública do Estado do Tocantins, em Araguatins, contextualizamos como que se mediatiza o exercício profissional do Serviço Social frente às demandas apresentadas na Instituição e correlacionamos tais atividades junto a autores que estudam e ampliam as margens de conhecimentos sobre a referida temática.

Partimos do pressuposto de que a profissão de Serviço Social trabalha com as múltiplas expressões da questão social e que estas são alvo da intervenção profissional do assistente social. Por conseguinte, um possível quadro de incontingências sociais pode ser revertido, e a cidadania e a garantia de servi-

ços básicos sejam, assim, inerentes a cada cidadão.

O Serviço Social na Defensoria Pública do Estado do Tocantins presta seus serviços no atendimento direto à população; no assessoramento aos Defensores Públicos; compõe a equipe multidisciplinar em conjunto com outros profissionais; articula uma rede de serviços; desenvolve projetos e ações tendo por horizonte a materialização de seu Projeto Ético Político e a democratização dos serviços oferecidos na Instituição.

Por fim, no item intitulado de “Horizontes (in)conclusos”, como as considerações finais deste artigo, abre-se espaço para a reflexão acerca de como o exercício profissional do Serviço Social tem um compromisso direto e efetivo com a liberdade humana e com a justiça social. Nesses subitens, também constam as impressões pessoais do presente autor sobre a profissão que exerce.

## 1 CARACTERIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins garante o acesso à justiça às pessoas que não dispõem de recursos para arcar com serviços advocatícios. O seu papel é essencial à democratização da justiça e inerente à função jurisdicional do Estado, a fim de que o exercício da cidadania esteja acessível às pessoas que buscam orientação, apoio e auxílio junto ao Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 134, dispõe: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV”.

No Estado do Tocantins, a Defensoria Pública foi fundada em 1989, e a Lei Complementar n. 55/2009 consolidou a autonomia da Instituição e organizou os seus serviços. O art. 134 da Constituição Federal traz que: “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no Art. 99, § 2º”.

Podemos caracterizar a Defensoria Pública do Estado do Tocantins como uma Instituição de excelência em âmbito nacional, que possui um Planejamento Estratégico com ações programadas até o ano de 2018.

Dentro desse Planejamento Estratégico, destacamos o empenho da Instituição na afirmação de seus valores, a saber: comprometimento, responsabilidade e dedicação; valorização do potencial humano; respeito às pessoas e instituições; transparência; atendimento humanizado; prevalência do interesse público sobre o privado; atuação funcional com ênfase na eficiência, eficácia e efetividade (BRASIL, 2013).

Godoy e Costa (2015, p. 13) afirmam que

[...] o que distingue a Defensoria Pública das demais instituições e funções essenciais ao sistema de justiça é justamente sua missão junto aos necessitados, aos quais deve assistir juridicamente, postulando ou orientando de forma integral e gratuita, individual ou coletivamente, em todos os graus, no âmbito judicial ou extrajudicial, ao mesmo tempo em que exerce a promoção dos direitos humanos, na condição de expressão fundamental do regime democrático.

Conforme Godoy e Costa (2015, p. 14), a Defensoria Pública é um instrumento de concretude e de efetividade dos princípios e objetivos constitucionais, ao passo que

[...] tem por fundamentos a dignidade humana e a cidadania (CF, art. 1º, incs. III e II), com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, a partir da redução das desigualdades sociais e regionais; bem como à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incs. I, II, III e IV) [...].

No ano de 2012, a Instituição realizou o seu primeiro Concurso Público para o quadro de servidores auxiliares (Edital n. 01/2012, de 11/6/2012). O certame foi realizado pela Universidade Federal do Tocantins. O presente Edital previa nove vagas de provimento imediato e cinco vagas para cadastro de reserva, para o cargo de Analista em Gestão Especializado – Serviço Social. Tais vagas foram distribuídas nas Diretorias da referida Instituição (BRASIL, 2012).

Conforme o Ato nº 25, de 18 de janeiro de 2013, do Defensor Público Geral, publicado no Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 3801, do dia 23 de janeiro de 2013, a equipe do Serviço Social foi nomeada para ocupar seus respectivos cargos em suas Diretorias Regionais dessa Defensoria Pública.

Atualmente, a Defensoria Pública do Estado do Tocantins possui nove Diretorias Regionais, a saber: Araguaína, Araguatins, Dianópolis, Guaraí, Gurupi, Paraíso, Porto Nacional, Tocantinópolis e Palmas.

A Instituição atua nas áreas de família, cível, infância e juventude, criminal, fazenda pública, e também realiza atendimentos especializados nas



áreas de defesa do consumidor, da mulher, do idoso, da população LGBT e de direitos humanos.

Godoy e Costa (2015, p. 19) dizem que

Apresentar-se-á, então, a Defensoria Pública como verdadeira escola para a democracia, eficaz em auxiliar os necessitados a se libertarem dessa condição inclusive – e principalmente – em termos políticos, na medida em que passem a agir no mundo como cidadãos autônomos, livres dos grilhões assistencialistas que convertem seus direitos em concessões e os induzem a transferir suas decisões a terceiros, como se dá na forma clássica e saturada da judicialização de litígios.

A Defensoria Pública do Tocantins tem por missão assegurar o acesso à justiça, integral e gratuito aos necessitados, promovendo cidadania, com atendimento humanizado e de qualidade.

A visão institucional da Defensoria Pública do Tocantins é ser referência em âmbito nacional como instituição de excelência na promoção do acesso à justiça, plenamente autônoma, de credibilidade e atuação efetiva em todo o Estado.

Situamos que o presente artigo parte de reflexões realizadas na Diretoria da Defensoria Pública de Araguatins-TO.

## 1.1 A PROFISSÃO DE SERVIÇO SOCIAL: UM POUCO DE HISTÓRIA

O Serviço Social, enquanto profissão interventiva, inserida na divisão sociotécnica do trabalho coletivo, atua sobre as mais variadas expressões da questão social que se fazem presentes no complexo jogo da vida social em que estamos inseridos.

A título de exemplificação, o termo questão social se refere a um somatório de desigualdades presentes na sociedade capitalista, em que a má distribuição de renda e o restrito acesso de serviços públicos limitam e cerceiam o cotidiano de muitos brasileiros, ficando estes à mercê de vulnerabilidades e incontinências sociais.

Yasbek (2010, p. 6) assevera que

A questão social em suas variadas expressões e, em especial, quando se manifesta nas condições objetivas de vida dos segmentos mais empobrecidos da população é, portanto, a “maté-

ria-prima” e a justificativa da constituição do espaço do Serviço Social na divisão sociotécnica do trabalho e na construção/ atribuição da identidade da profissão.

O Serviço Social institucionaliza-se no Brasil na década de 1940, em que o profissional é requisitado pelo Estado a fim de manter a ordem dominante no período: a sociabilidade burguesa. Até a década de 1980, a profissão esteve a serviço das classes dominantes a fim de manter e conter os trabalhadores das grandes cidades, e, em função disso, o assistente social foi visto como um profissional da “coerção” e do “consenso” (IAMAMOTO, 2009).

A partir da década de 1980, inicia-se na profissão um grupo que começa a questionar a forma como o trabalho estava sendo processado, com matrizes do pensamento positivista até então e com grande influência do Serviço Social europeu e norte-americano.

O Movimento de Reconceituação lança as bases de renovação da profissão de Serviço Social no Brasil, e pela via da aproximação marxista, há um deslocamento de perspectivas no tocante ao exercício profissional do assistente social. Naquele período, destacamos o final do período do Regime Militar, em que toda a sociedade sonhava com liberdade e com a tão esperada e postulada democracia.

A produção de conhecimentos e o avanço da pós-graduação, já na década de 1990, permitiram ao Serviço Social o alargamento de seu raio de ação e abrangência na sociedade de classes. A tradição marxista trouxe uma rica abordagem sobre a sociedade do capital, do trabalho, e as categorias de contradição, historicidade e totalidade passaram a ser balizas de todos os processos sociais.

Silva (2013, p. 80) ensina que

O Serviço Social não é, portanto, uma simples extensão das velhas práticas filantrópicas (ainda que as incorpore). Ele é algo substancialmente novo, uma profissão como tal, socialmente reconhecida, que nasce da incorporação-acomodação do arcaico (com todos seus resquícios também de ordem colonial, escravocata e patriarcal que certamente contaminaram as ações filantrópicas no Brasil), superando-o técnica e cientificamente na medida em que o mercado de trabalho profissional se expande e se consolida por meio das grandes instituições assistenciais direta ou indiretamente articuladas a um Estado organicamente vinculado à reprodução do capital na era monopolística.

Em linhas gerais, o Serviço Social, a partir da década de 1990, com a aprovação do Código de Ética do Assistente Social, com a Lei de Regulação da Profissão e com as Diretrizes Curriculares dos Cursos de Serviço Social nas Instituições de Ensino Superiores, passa a se consubstanciar como um novo projeto societário, em que valores como a liberdade, a justiça social e a emancipação sejam a base do ser social.

A produção acadêmica e científica do Serviço Social ampliou-se, assim como os espaços de empregabilidade para a profissão. A atuação do profissional frente às múltiplas expressões da questão social é o alicerce da intervenção profissional, que se afirma como balizadora de direitos e de políticas sociais públicas.

Lima (2013, p. 125) afirma que

Foi nesse terreno sócio-histórico de ampliação dos serviços e constituição das grandes instituições estatais e privadas, racionalização, tecnificação e especialização das ações profissionais, como o objetivo de aprimorar e aperfeiçoar as formas de controle das mazelas sociais, que o Serviço Social surgiu como uma profissão privilegiada e socialmente legitimada para lidar com a “questão social”.

A profissão de Serviço Social tem por premissa básica a construção de mediações que venham a reconhecer e possibilitar a garantia de direitos sociais dos usuários de seus serviços, seja por meio de programas, projetos, políticas ou demais instrumentos que venham a estabelecer o diálogo da cidadania e da democracia na sociedade.

A atuação do Serviço Social dentro dos mais variados espaços sócio-ocupacionais é desenvolvida de forma diferenciada quanto ao objeto de trabalho, às finalidades da Instituição e aos meios/instrumentos de trabalho utilizados para a efetivação da prática profissional.

Yasbek (2010, p. 14) assegura que

[...] o Serviço Social, como profissão, insere-se, desde sua emergência, no interior dos equipamentos socioassistenciais existentes, desenvolvendo uma atuação caracterizada: 1 - pelo atendimento de demandas e necessidades sociais de seus usuários, podendo produzir resultados concretos nas condições materiais, sociais, políticas e culturais na vida da população com a qual trabalha, viabilizando seu acesso a políticas

sociais, programas, projetos, serviços, recursos e bens de natureza diversa [...]; 2 - por uma ação socioeducativa junto às classes subalternas, interferindo em seus comportamentos e valores, em seu modo de viver e de pensar, em suas formas de luta e organização e em suas práticas de resistência.

Iamamoto (2009), ao discutir sobre as atuais exigências postas ao Serviço Social, concebe o discurso crítico como componente essencial para atuar sobre as estratégias de ação do profissional de Serviço Social. Um profissional versado, atento ao momento histórico, capaz de decifrar o não-dito, exige uma postura garantidora de direitos sociais e expressa a visibilidade do Projeto Ético-Político do Serviço Social.

A (re)produção da vida social e seus desdobramentos perpassam por questões econômicas, políticas e culturais que se expressam de várias formas. Esses fatores interferem diretamente no exercício profissional do Serviço Social, e sua compreensão deve se mediatizar em uma perspectiva de totalidade e historicidade.

Iamamoto (2009, p. 25) afirma que

Este ângulo de análise exige decifrar as multifacetadas refrações da “questão social” no cotidiano da vida social, abrangendo suas manifestações universais, particulares e singulares, a objetividade e a subjetividade, os momentos econômicos, sociais, éticos, políticos e ideoculturais, que são a “matéria” do trabalho do assistente social [...].

Fortalecer os sujeitos em qualquer âmbito da proteção social, da assistência social e em qualquer espaço sócio-ocupacional perpassa pela via dos direitos, dos serviços sociais e das políticas públicas; ao passo que espaços de politização são construídos na sociedade civil na afirmação e expansão dos direitos e “as políticas sociais são expressão da intensidade das lutas políticas dos subalternos pela ampliação de programas políticos de corte social” (IAMAMOTO, 2011, p. 305).

Trabalhar com as expressões da questão social em nossa sociedade capitalista eivada de contradições e de percalços não é uma tarefa fácil. Em função disso, a construção de mediações por parte do exercício profissional do assistente social exige um embasamento nos postulados da democracia, da igualdade social, dos direitos humanos e pela emancipação política, para que um novo horizonte seja construído.

Hoje, presenciamos que a profissão vem se legitimando e se afirmando cada vez mais na cena societária, e a constante produção acadêmica é sinal indicativo de que o Serviço Social passa a ser compreendido na órbita da sociedade de classes e como uma profissão que tece, em conjunto com outras categorias profissionais, o sonho de uma nova forma de sociabilidade.

## 1.2 O EXERCÍCIO DO SERVIÇO SOCIAL NA DIRETORIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DE ARAGUATINS

O Serviço Social, na área sociojurídica, como é caso de sua inserção na Defensoria Pública do Estado do Tocantins, parte do pressuposto de suporte técnico e científico às decisões dos operadores do direito, no caso da Instituição, do Defensor Público. Também colabora no processo de trabalho junto aos demais servidores, de forma que a sua intervenção no campo social seja referenciada.

Borgianni (2013, p. 423) afirma que esse intervenção consiste em

[...] trazer aos autos de um processo ou a uma decisão judicial os resultados de uma rica aproximação à totalidade dos fatos que formam a tessitura contraditória das relações sociais nessa sociedade, em que predominam os interesses privados e de acumulação, buscando, a cada momento, revelar o real, que é expressão do movimento instaurado pelas negatividades intrínsecas e por processos contraditórios, mas que aparece como “coleção de fenômenos” nos quais estão presentes as formas mistificadoras e fetichizantes que operam também no universo jurídico no sentido de obscurecer o que tensiona, de fato, a sociedade de classes.

O Serviço Social no espaço sociojurídico se caracteriza como um espaço dinâmico, que se depara com inúmeras determinações complexas e imediatas que são postas a uma intervenção, mas as respostas precisam ser construídas a partir de espaço político, profissional e institucional de trabalho.

A inserção do Serviço Social na área sociojurídica data da década de 1930, e sua efetiva visibilidade começa a se referenciar a partir da Constituição Federal de 1988, em que instituições como Ministério Público e Defensoria Pública buscam garantir e afirmar direitos consagrados pelas políticas públicas (CFESS, 2014).

É o assistente social que, pela via da análise da realidade, traz aos autos de um processo a aproximação dos fatos provindos das relações sociais,

principalmente, no contexto da área de família/infância e juventude, em que explicita e contextualiza a dimensão de totalidade presente no cotidiano de um sujeito.

Favero (2011, p. 41) assevera que

O estudo social, a perícia social, o laudo social e o parecer social fazem parte de uma metodologia de trabalho de domínio específico e exclusivo do assistente social. É o assistente social o profissional que adquiriu competência para dar visibilidade, por meio desse estudo, às dinâmicas dos processos sociais que constituem o viver dos sujeitos; é o assistente social que pode trazer à tona a dimensão de totalidade do sujeito social (ou sujeitos que, juridicamente, se tornam “objeto” da ação judicial).

Na arena da exigibilidade dos direitos sociais, os assistentes sociais são requisitados a atuarem de forma a viabilizar e direcionar tais direitos, para que ganhem materialidade no cotidiano de sujeitos que os buscam a fim de que a satisfação de suas necessidades sejam as mais imediatas ou não.

Carlos (2012, p. 99) afirma que

Outra questão que merece destaque é que o Serviço Social tem papel de igual relevância que os Defensores Públicos, isso é, uma construção diária. E se os Assistentes Sociais souberem se posicionar criticamente e conquistar o espaço de trabalho, a categoria será amplamente reconhecida. Percebe-se que é um campo com significativas possibilidades de avanços, frente aos demais espaços sócio-ocupacionais do campo sócio jurídico, podendo dentro deste campo avançar o projeto ético-político, reconhecer que tem um campo de trabalho e atuação a serem legitimados.

O assistente social, ao se deparar com o lócus de vida dos sujeitos a que atende, intervém de forma direta e precisa nesse ambiente. E, por meio de suas capacidades ético-política e técnico-operativa, realiza seu atendimento de forma a viabilizar os direitos sociais das partes envolvidas em uma ação judicial ou não.

O trabalho do assistente social parte de uma prévia intencionalidade, que é pautada em seu Código de Ética (Resolução CFESS – Conselho Federal

de Serviço Social – n. 293, de 13 de março de 1993) e na Lei de Regulamentação da Profissão (Lei n. 8.662/1990), adquirindo visibilidade no contexto da intervenção propriamente dita, garantindo aos seus usuários o pleno acesso a serviços, autonomia, emancipação, democracia, justiça social e liberdade.

Trindade e Soares (2011, p. 229) asseveram que

As ações que os assistentes sociais desenvolvem no campo sociojurídico estão estreitamente vinculadas às de cunho social com as normatizações jurídicas. Na maioria das vezes, essas intervenções são realizadas com a elaboração do estudo social e parecer social, ultrapassando a mera aparência daquilo que está no imediato, tendo uma relação de historicidade com o processo social em que se gesta a vida humana. Na verdade, o profissional usa seu saber para compreender as particularidades da vida em sociedade, analisando as situações das mais complexas, auxiliando os indivíduos no esclarecimento de seus direitos, e também aponta possíveis soluções para os casos, quando o saber jurídico não é suficiente. Os Assistentes Sociais atuam com seus elementos substanciais de saber e poder inerentes às suas práticas fundadas em parâmetros teóricos, técnicos e éticos na luta pela garantia dos direitos da população. Suas práticas têm implicações éticas por interferir na vida privada e no destino das pessoas envolvidas numa determinada ação judicial, no caso das intervenções no campo sociojurídico.

Dentre as atividades do Serviço Social de maior notoriedade na Defensoria Pública de Araguatins-TO, destacam-se os atendimentos sociais, o acompanhamento social, os estudos socioeconômicos, o parecer social, o planejamento de atividades e o monitoramento de casos.

Borgianni (2013, p. 437) diz que

O que é próprio da nossa intervenção é o estudo social, que, a partir de aproximações possíveis, deve buscar reproduzir as determinações que constituem a totalidade sobre a qual somos chamados a emitir um parecer técnico. Como já exposto, para essa reprodução ser o mais fiel possível, devemos ser capazes de capturar, pela análise, as mediações fundamentais que dão forma à realidade sobre a qual estamos pesquisando e as negatividades que lhe dão o movimento.

Quanto aos instrumentais técnico-operativos do Serviço Social, citamos: entrevista, visita domiciliar, encaminhamento social, diálogo, observação, documentação, reunião e oficinas socioeducativas.

A intervenção do Serviço Social na área criminal se expressa de forma a viabilizar os direitos dos reclusos objetivando a garantia de cidadania e de serviços. Também se pauta na articulação entre órgãos públicos para a defesa e o patrocínio desse segmento excluído da sociedade.

Destacamos que o assistente social participa dos conselhos da comunidade, de comissões disciplinares e da produção de laudos/pareceres sociais a fim de assessorar a decisão judicial de progressão de regime (CFESS, 2014).

Borgianni (2013, p. 430) afirma que

A Constituição de 1988 trouxe também aos assistentes sociais da área sociojurídica a possibilidade de demonstrarem, com dados concretos extraídos de estudos sobre a realidade de cada município onde vivem os cidadãos, das prisões onde estão encarcerados, ou das instituições que têm que defendê-los – e, principalmente, do contato cotidiano com a população que é alvo ou credora da Justiça –, como o não cumprimento dos preceitos fundamentais da Constituição lesam a vida e os direitos de parcelas significativas da sociedade.

As visitas institucionais realizadas pelo Serviço Social na Cadeia Pública, em Araguatins, têm por finalidade viabilizar o direito social do recluso e direcionar suas demandas, assim como verificar as condições sociais em que os mesmos se encontram e circunstanciar aos Defensores Públicos da área criminal sobre as reais condições ali encontradas.

Também se desenvolvem ações sobre orientações de direitos, como, por exemplo, sobre o auxílio-reclusão e a possibilidade de desenvolvimento de serviços/atividades pelos reclusos durante o cumprimento de suas sentenças.

As demandas correlacionadas com a área de família/infância e juventude expressam-se de forma mista, desde uma simples orientação até a realização de estudos sociais nos autos de guarda/adoção e/ou tutela.

Trindade e Soares (2011, p. 229) dizem que, “em geral, atua em casos de guarda, regulamentação de visitas, pensão alimentícia, tutela, curatela, estabelecimento de medidas socioeducativas, destituição do poder familiar, entre outros”.

As ações de guarda, adoção e tutela são bastantes presentes no contexto de trabalho da Defensoria Pública de Araguatins, em que há de se dis-



cutir com os litigantes acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes, da convivência familiar e comunitária e sobre o interesse superior da criança e do adolescente nos processos em que são parte.

Nessas ações de família, que se entrelaçam com a área de infância e juventude, há de se ter um cuidado e uma sensibilidade a fim de captar a real necessidade dessas representações legais. Por conseguinte, os demais membros da equipe técnica, como a Psicologia e a Pedagogia, também atuam em conjunto.

O parecer social na área de família visa a ser um instrumento de acesso e de garantia de direitos. Embasa-se em todo o processo de acompanhamento da família que está sendo atendida, tendo por finalidade máxima subsidiar as decisões dos operadores do direito no tocante ao deferimento ao não do pedido que está sendo formulado.

A equipe técnica – de Serviço Social, Psicologia e Pedagogia – atua em atendimentos de separação, divórcio, regulamentação de visitas, alienação parental, sempre tendo por horizonte uma solução pacífica a fim de que haja um consenso entre as partes e todos saiam ganhando ao mesmo tempo.

O Serviço Social é participe em ações de interdição para se verificar sobre a conformação familiar da pessoa a ser representada e se o solicitante do processo possui condições sociais e econômicas de arcar com os deveres e as obrigações de curador.

O atendimento ao assistido, a visita domiciliar, a mediação de conflitos, a orientação, o encaminhamento devido dos assistidos aos serviços oferecidos na Instituição, o trabalho em rede, a elaboração de projetos e oficinas socioeducativas são elementos presentes no cotidiano de trabalho do assistente social no contexto da Defensoria Pública de Araguatins.

Favero (2013, p. 521) explica que,

Nesse contexto, se o profissional trabalha em consonância com a defesa e a garantia de direitos, ele avançará nessa direção ao possibilitar um espaço de informação, de diálogo e de escuta desses sujeitos, ao estimular a reflexão crítica a respeito dos problemas e dilemas que vivenciam, ao agir, em conjunto com eles, para conhecer e estabelecer caminhos viáveis para o acesso a direitos.

A atuação profissional deve ser sensível e abarcar todas as transformações que vêm ocorrendo na cena contemporânea, para não cairmos em imprecisões e em julgamento de valores morais que venham a obstacularizar os

direitos dos cidadãos que procuram ter acesso a uma orientação sobre determinada situação de que sejam alvo.

Carlos (2012, p. 61) expõe que

No que tange ao Serviço Social, a demanda institucional é identificada no acolhimento e acompanhamento do atendimento jurídico, processo pelo qual é diagnosticada a necessidade de intervenção do Assistente Social no sentido de construir respostas às necessidades da família para além da ação jurídica, ou seja, busca-se cotidianamente contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária através de orientações, sensibilizações e abordagens individuais e coletivas que visem propiciar maior criticidade à população no que se refere o acesso aos seus direitos, que ultrapassem o jurídico, e reflitam na melhoria de sua qualidade de vida.

A categoria liberdade é considerada o valor ético central do Código de Ética do Assistente Social, portanto, atender os usuários de nossos serviços exige dos profissionais o respeito e a integridade de escolhas desses usuários a fim de que a sua autonomia não seja lesionada.

Favero (2013, p. 523) expõe que

O relatório social, o laudo social e o parecer social podem ser vistos como instrumentos de poder. Um poder-saber que necessita ser viabilizado na direção da garantia de direitos, em estreita articulação com o atual projeto profissional do Serviço Social, e não como indicador de ações disciplinares, coercitivas e punitivas, desvirtuando a finalidade do trabalho que cabe ao profissional da área. Para isso, é essencial a investigação rigorosa da realidade social vivida pelos sujeitos e grupos sociais envolvidos nas ações judiciais, desvelando a dimensão histórico-social que constrói as situações concretas atendidas no trabalho.

Na área da saúde, os atendimentos expressam-se de forma a mediar os interesses da população usuária/assistida, no tocante ao acesso de serviços de qualidade que venham a estar disponíveis no contexto de cada sujeito social.

Tejadas (2013, p. 482) informa que

O conhecimento na área do Serviço Social situa o assistente social como profissional especializado, habilitado para a realização de avaliações de programas de acolhimento institucional para crianças e adolescentes, de unidades de internação, de instituições de longa permanência para idosos, de escolas (infantis, ensino fundamental e médio), de instituições especializadas no atendimento a pessoas com deficiência e a dependentes químicos, entre outras.

Essas demandas da saúde, no âmbito da justiça, expressam a sua judicialização, pelo fato de o poder público não arcar com a devida assistência à população na esfera administrativa.

Os atendimentos na área da saúde, no contexto de trabalho da Defensoria Pública de Araguatins, exigem uma postura ativa dos profissionais, pois quando as pessoas procuram essa Instituição já tentaram de todas as formas que a sua demanda fosse sanada.

Carlos (2012, p. 88) afirma que

Já as ações relacionadas na área da saúde, destacadas pela dificuldade do acesso à política pública, seja por medicação de alto custo, cirurgias e consultas com prazos longos para serem efetivadas, ou pela falta de acesso aos tratamentos médicos devidos, à denegação de transporte urbano gratuito, dentre outras.

A realização de visitas institucionais nos Órgãos responsáveis pela Política de Saúde (Municipal e Estadual) é uma atividade constante no fazer profissional do assistente social nesta Defensoria Pública de Araguatins. Esta ação tem por finalidade construir mediações com vistas a atender o interesse da população usuária desta Defensoria Pública.

A atenção na área do idoso centra-se em prestar orientação aos grupos familiares acerca da importância de uma convivência que venha a garantir condições de cidadania e de respeito a esse público muitas vezes discriminado pela sociedade ou pela própria família. A socialização de direitos e o encaminhamento correto aos órgãos públicos são os principais serviços nesse âmbito de ação.

O Serviço Social na atenção aos direitos dos idosos pauta-se em discutir junto à família sobre meios alternativos de cuidados a esse público, evitando-se sempre a institucionalização dos mesmos e também a judicialização

da demanda no contexto familiar.

Borgianni (2013, p. 439) afirma que

Nosso trabalho tem que ser no sentido da oposição a esse estado de coisas, na resistência às mais diferentes formas de alienação, questionando e adensando nossos estudos sociais com os dados da realidade; levando para o interior dos autos dos processos o direito que vem “da rua”, “dizendo o direito da rua” e dos movimentos sociais que também exigem justiça.

As ações socioeducativas, realizadas em parceria com demais membros da equipe multidisciplinar, tem por premissa básica a efetivação do acesso à justiça, o esclarecimento sobre os serviços assegurados constitucionalmente e, por conseguinte, a preservação dos interesses individuais, coletivos e difusos de cada cidadão.

Borgianni (2013, p. 439) explica que

Nosso papel não é o de “decidir”, mas o de criar conhecimentos desalienantes a respeito da realidade sobre a qual vai se deliberar naquilo que se refere à vida de pessoas. E há importantes espaços para isso no interior desse universo, uma vez que até mesmo os juristas mais conservadores sabem que a situação de fato impera sobre qual direito.

E, corroborando com a cartilha lançada pelo Conselho Federal de Serviço Social (2014), as atribuições do Serviço Social nas Defensorias Públicas apontam para a avaliação/perícia social; atendimento aos assistidos, informações para acesso a serviços; atendimento sociojurídico; triagem de casos; participação em mediação de conflitos; participação em reuniões de conciliação; encaminhamento à rede; e, por fim, planejamento, elaboração e execução de projetos sociais.

## **2 HORIZONTES (IN)CONCLUSOS**

A Defensoria Pública é um meio para que os grupos sociais vulneráveis possam ter acesso ao seu direito. Sendo assim, a Instituição é atuante no processo de pacificação social e de resolução de conflitos de forma mais célere e prática.

A fim de situar a Defensoria Pública em Araguatins, esta conta com três Defensores Públicos, um Psicólogo, uma Pedagoga, três Analistas Jurídicos

cos, dois Assessores Jurídicos, três Assistentes de Defensoria Pública, um Oficial de Diligências, um Motorista, um Administrador, um Gerente de Núcleo, três Estagiárias de Direito e um Assistente Social.

A atuação dessa equipe acima descrita tem por horizonte a garantia do acesso à justiça ao cidadão desprovido de recursos financeiros, de forma a contribuir com a pacificação social e com a promoção da cidadania.

É mister se reconhecer que as reflexões aqui produzidas acerca da prática profissional do assistente social na Defensoria Pública de Araguatins são de ampla complexidade, pois o Serviço Social muitas vezes é a porta de entrada e o principal acesso da população aos serviços institucionais oferecidos pela Defensoria Pública.

A demanda de trabalho é bastante variada, indo desde uma simples orientação social, passando por um acompanhamento continuado até um estudo social nos autos de um processo. A atuação profissional mediatiza-se nas mais diversas áreas, sendo as principais: família, infância e juventude, criminal, idoso, saúde, assistência e previdência social.

Nesse contexto, instar salientar que o Serviço Social tem um compromisso ético e político com o seu usuário, pois este, na maioria dos casos, não sabe onde buscar a efetivação e a materialização de seus direitos. E o assistente social tem uma demanda de trabalho ímpar na busca e na afirmação da cidadania do sujeito a que atende.

Na realidade da Diretoria da Defensoria de Araguatins, o Serviço Social, em parceria com a Psicologia e com a Pedagogia – Equipe Técnica – desenvolve internamente ações socioeducativas acerca de direitos sociais e de políticas públicas para informar à sua população usuária como proceder para se ter acesso a bens e serviços.

Também se realizam atividades fora da Instituição, como algumas que já ocorreram: campanhas em Escolas sobre os direitos da criança e do adolescente; prevenção da violência contra a mulher; qualidade de vida da população idosa; e com as pessoas portadoras de transtorno mental em conjunto com seus familiares.

A realidade social é ampla e repleta de percalços e, diante disso, o exercício profissional do assistente social deve mediatizar-se sobre o seu Projeto Ético Político, que se assenta nas dimensões teórico-metodológicas, ético-políticas e técnico-operativas.

Destacamos aqui a importância e a contribuição da profissão em uma Instituição que trata das leis e do direito de pessoas que muitas vezes não são ouvidas, que são marginalizadas e que necessitam ser atendidas em igualdade de condições e de forma equânime.

Sendo assim, neste artigo, caracterizamos inicialmente a Defensoria Pública do Estado do Tocantins acerca de missão, visão e valores como uma Instituição inerente ao Estado Democrático de Direito, com vistas a assegurar à população carente o acesso à justiça. Também citamos como se deu o processo de entrada da equipe efetiva de Serviço Social por meio do Concurso Público.

Por conseguinte, ilustramos um pouco sobre a trajetória sócio-histórica de constituição da profissão de Serviço Social no Brasil. Consideramos isso pertinente pelo fato de a profissão possuir um caráter genérico e a atuação profissional do assistente social ser condicionada ao seu espaço sócio-ocupacional.

Na seção que se dedica ao trabalho do assistente social na Diretoria da Defensoria Pública de Araguatins, evidenciamos acerca dos instrumentais técnico-operativos do Serviço Social e dos desdobramentos da prática profissional nas áreas demandadas pelo profissional. Citamos também as expressões mais visíveis da questão social e recorrentes no contexto do trabalho do assistente social.

A abordagem do Serviço Social na Defensoria Pública permite a ultrapassagem da aparência fenomênica dos fatos, em que, dada a complexidade da Instituição, as análises trazidas pelo profissional favorecem a aplicabilidade da justiça, em que muitas pessoas encontram-se privadas do acesso aos mínimos sociais.

O Serviço Social, em caráter genérico, no contexto de trabalho da Defensoria Pública de Araguatins, tem um foco na defesa de direitos de forma mais ampla e na atuação extrajudicial de solução dos conflitos. O acesso à informação e ao Direito por meio do Serviço Social no contexto Institucional é a prova de que o assistente social possui uma identidade profissional ímpar junto aos demais membros com os quais atua em conjunto.

Essa identidade profissional do assistente social é construída cotidianamente, pois a inserção do Serviço Social no contexto das Defensorias Públicas é uma atividade recente e, para tanto, não existe um modelo padrão de atendimento e de prestação de serviços. Contudo a nossa base de intervenção está consubstanciada em nosso Projeto Ético Político, que versa sobre liberdade, justiça social e democracia.

Ainda, forçoso visibilizar a intitulação do presente artigo: “O Exercício Profissional do Serviço Social na Defensoria Pública do Estado do Tocantins: Percursos, Desafios e Horizontes”. Os *percursos* refletem a dinâmica da evolução da profissão de Serviço Social; os *desafios* são inerentes à atuação profissional do assistente social; e os *horizontes* são as nuances da efetivação dos direitos sociais de nossos usuários pela via de nossa intervenção.

Destarte, caracterizamos aqui que a profissão de Serviço Social, no

contexto da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, tende a contribuir eficiente, eficaz e efetivamente com a garantia dos direitos dos assistidos da justiça, a fim de que tenham acesso a bens e serviços que os elevem a uma condição de cidadãos em pleno gozo dos direitos humanos subjacentes ao ser social.

## REFERÊNCIAS

BORGIANI, Elisabete. Para entender o Serviço Social na área sociojurídica. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n115/02.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

BRASIL. Conselho Federal de Serviço Social (org.). **Atuação de Assistentes Sociais no Sociojurídico**: Subsídios para Reflexão. Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESSsubsidiarios\\_sociojuridico2014.pdf](http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESSsubsidiarios_sociojuridico2014.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.662 de 07 de junho de 1993**. Dispõe sobre a profissão de assistente social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8662.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **RESOLUÇÃO CFESS Nº 273/1993 de 13 de março de 1993**. Institui o Código de Ética Profissional do/a Assistente Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cfess.org.br/arquivos/CEP\\_CFESS-SITE.pdf](http://www.cfess.org.br/arquivos/CEP_CFESS-SITE.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

CARLOS, Maria Carolina Carvalho de. **A Defensoria Pública de Presidente Prudente/SP como Espaço Sócio-ocupacional do Serviço Social**. Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado em Serviço Social. São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/0/Documentos/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20Maria%20Carolina%20Carvalho%20de%20Carlos.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

CFESS. Conselho Federal de Serviço Social (org.). **O Estudo Social em perícias, laudos e pareceres técnicos**: contribuição ao debate no judiciário, penitenciário e na previdência social. São Paulo: Cortez, 2011.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. **A Defensoria Pública e as Famílias**: Manual de Orientação para Atuação em Questões de Família, sob uma perspectiva Defensorial. Belo Horizonte: São Jerônimo, 2015.

FAVERO, Eunice Teresinha. O Estudo Social: Fundamentos e particularidades de sua construção na Área Judiciária. In: Conselho Federal de Serviço Social (org.). **O**

**Estudo Social em perícias, laudos e pareceres técnicos:** contribuição ao debate no judiciário, penitenciário e na previdência social. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. O Serviço Social no Judiciário: construções e desafios com base na realidade paulista. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: 2013, nº 115, p. 508-526. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n115/06.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O Serviço Social em tempo de capital fetiche**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. O Serviço Social na cena contemporânea. In: \_\_\_\_\_. **Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais**. Brasília, CFESS/ABEPSS, 2009.

LIMA, Edna Fernandes da Rocha. A prática profissional do assistente social no sistema judiciário: demandas nas varas de infância e juventude e nas varas de família e desafios frente à alienação parental. **Revista de Trabajo Social - FHC-UNC PBA**. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://revistaplazapublica.files.wordpress.com/2014/02/6.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

LIMA, José Fernando Siqueira da. **Serviço Social: resistência e emancipação?** 1 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Silvana Mara Morais dos. Direitos, desigualdade e diversidade. In: BOSCHETTI, Ivanete; BEHRING, Elaine Rosetti; SANTOS, Silvana Mara de Morais dos; MIOTO, Regina Célia Tamasso. **Política Social no Capitalismo: tendências contemporâneas**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, J. F. S. **Serviço Social: resistência e emancipação?** São Paulo: Cortez, 2013.

TEJADAS, Silvia da Silva. Serviço Social e Ministério Público: aproximações mediadas pela defesa e a garantia de direitos humanos. **Serviço Social e Sociedade**, n. 115, São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n115/04.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

TOCANTINS. **Defensoria Pública do Estado do Tocantins**. Disponível em: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br/media/download/c257e761a6ce41138207808b-9107f60d.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Diário Oficial do Estado do Estado do Tocantins. **Governo do Tocantins**. Disponível em: <<http://diariooficial.to.gov.br/diario/>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Universidade Federal do Tocantins. **Editais do Concurso Público da Defensoria Pública do Estado do Tocantins**. Disponível em: <[http://www.copese.uft.edu.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=136&Itemid=310](http://www.copese.uft.edu.br/index.php?option=com_content&task=view&id=136&Itemid=310)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

TRINDADE, Rosa Lúcia Prêdes; SOARES, Ana Cristina Ferreira. Saber e poder pro-



fissional do assistente social no campo sociojurídico e as particularidades do Poder Judiciário. **Argumentum**, n. 3. Vitória: 2011. Disponível em: <[http://www.google.com.br/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3747523.pdf&ei=7duuVNG5O4ivggThyIG4Ag&usg=AFQjCNFI8VS7u4d7F\\_SrlquJhZ-jlGKryfA&sig2=G45HVyTi\\_AprONFWl8nCZQ&bvm=bv.83134100,d.eXY](http://www.google.com.br/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3747523.pdf&ei=7duuVNG5O4ivggThyIG4Ag&usg=AFQjCNFI8VS7u4d7F_SrlquJhZ-jlGKryfA&sig2=G45HVyTi_AprONFWl8nCZQ&bvm=bv.83134100,d.eXY)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

YASBEK, Maria Carmelita. **O Significado Socio-histórico da profissão**. 2010. Disponível em: <[http://www.prof.joaodantas.nom.br/materialdidatico/material/1\\_-\\_O\\_significado\\_socio-\\_historico\\_da\\_profissao.pdf](http://www.prof.joaodantas.nom.br/materialdidatico/material/1_-_O_significado_socio-_historico_da_profissao.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

## **POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO BRASIL: EFEITOS CONTROVERSOS DE SEU MODELO DE APLICABILIDADE**

Fernando Cesar Amaral de Carvalho<sup>1</sup>

### **RESUMO**

As ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos como primeiro ato para combater a discriminação racial, em uma situação de impedimento de acesso dos negros ao mercado de trabalho. Desde então, os ordenamentos jurídicos passaram a prever comandos destinados a propiciar um tratamento isonômico entre os cidadãos, porém apenas de maneira formal. Com o passar do tempo, o fim proposto não estava sendo alcançado, e o Estado passou a ter uma postura ativa, objetivando uma igualdade material para que os indivíduos historicamente segregados pudessem ser realmente beneficiados pelas políticas sociais, surgindo, assim, as denominadas políticas afirmativas. Atualmente, no Brasil, a desigualdade social é uma barreira a ser transposta, verificando-se uma necessidade latente na busca dessa isonomia substancial, uma vez que tem gerando conflitos no que tange à sua aplicabilidade e eficácia. Um dos motivos é a modificação de critérios para que seja possível aumentar em quantidade o público atingido, promovendo um ânimo social nas classes mais favorecidas financeiramente e, dessa forma, evitando um considerado efeito rebote nos destinatários diretos das ações. Mesmo diante da evolução numérica e da abrangência das ações afirmativas, mostra-se imprescindível para a concretização harmônica dessas medidas e o desenvolvimento nacional um debate apurado abrangendo todas as classes sociais que, direta ou indiretamente, sentem os efeitos, apa-

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito – Universidade UNIRG – Gurupi-TO. Pós-Graduação em Direito Público – Rede de Ensino LFG. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/TO. 2008 a 2012: Assessor Jurídico – Procuradoria Municipal de Gurupi-TO. 2012 a 2013: Assessor Jurídico – Câmara Municipal de Gurupi-TO. 2013 a 2014: Conciliador Judicial – Juizado Especial Cível – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Docente da UNITINS – Universidade Estadual do Tocantins e Membro do NDE (Núcleo Docente Estruturante) da UNITINS - Universidade Estadual do Tocantins.

rando arestas para que a inclusão seja construída no interior de cada cidadão, e que todos fortaleçam essa nação tão rica de culturas.

**Palavras-chave:** Igualdade material. Efeito rebote. Ânimo social. Desenvolvimento social.

## ABSTRACT

Affirmative action have emerged in the United States as the first act to combat racial discrimination, in a situation of blacks access impediment to the labor market. Since then, the legal systems now provide commands to provide an equal treatment between citizens, but only formally. Over time, the proposed order was not being achieved, and the state now has an active approach, aiming at a substantive equality for individuals historically segregated could be really benefited by social policies, emerging, so-called affirmative action policies. Currently in Brazil, social inequality is a barrier to be overcome by following a latent need in the pursuit of this substantial equality, since it has generated conflicts with respect to its applicability and effectiveness. One reason is the criteria for modification so that you can increase in the amount reached the public, promoting social mood in the higher classes financially and thus, avoiding a rebound effect seen in the direct recipients of the shares. Even with the numerical evolution and scope of affirmative action, proves to be essential for the harmonious implementation of these measures and national development a keen debate covering all social classes that directly or indirectly feel the effects, trimming edges for inclusion it is built inside of each citizen, and that all strengthen this nation so rich cultures.

**Keywords:** Material Equality. rebound effect. Social mood. Social development.

## INTRODUÇÃO

As ações afirmativas surgiram em decorrência de um ato executivo emitido por Franklin D. Roosevelt, Presidente dos Estados Unidos, no ano de 1941. Esse ato determinava que as empresas bélicas empregassem não somente pessoas brancas, mas também negros. Essa atitude foi além da elaboração de ato administrativo, mas um direcionamento inicial para o combate à discriminação racial, uma vez que havia lei vigente que impedia o acesso de negros a vagas de emprego.

Entretanto foi somente com o Presidente Kennedy, nos anos de 1961 a 1963, que essa ação afirmativa (*affirmative action*)<sup>2</sup> foi utilizada, quando, então, as empresas passaram a ser obrigadas a empregar tais medidas, caso quisessem contratar com o Poder Público. Importante ressaltar que à época foi um passo importante, pois somente no ano de 1954, por meio da Emenda 14, é que foram declarados inconstitucionais os atos de segregação racial nas escolas americanas.

Como as medidas meramente formais de banimento não surtiem os efeitos esperados pelo governo, medidas específicas passaram a ser tomadas. Foi o Presidente Nixon, em 1972, sob a égide do Plano de Filadélfia, que passou a considerar que critérios estabelecidos em virtude da raça teriam classificação discriminatória no seio social.

Dessa forma, diante da necessidade de reversão do quadro, o enfoque dessas ações foi modificado. Ao invés de buscarem a não discriminação, pautadas por discriminações negativas, foram adotadas políticas públicas que propriamente discriminavam, agora positivamente, atuando o próprio governo no combate direto no foco das diferenças sociais existentes.

As ações afirmativas não se restringiram aos Estados Unidos, ocorrendo experiências semelhantes em alguns países europeus ocidentais, Índia, Malásia, Austrália, Argentina, Cuba, entre outros. Na Europa, os primeiros passos foram dados em 1976, com a utilização da expressão “ação ou discriminação positiva”.

No ano de 1982, foi inserida no primeiro Programa de Ação para Igualdade Europeia. Não obstante essa evolução, no governo norte-americano do Presidente Reagan, em 1981, houve um declínio de sua utilização, ao passo que tanto o governo quanto o Poder Judiciário passaram a obstar a aplicação dessas políticas afirmativas. Apesar dessa saturação, tais ações serviam de exemplo para o Brasil, que passou a incrementar no seu plano político nacional a incidência do uso de ações afirmativas. Devido à grande instabilidade econômica, na década de 80, vários grupos sociais começaram a surgir, o que ensejou demandas com visibilidade, exigindo-se do poder público uma postura mais ativa diante dessas questões, pautada por adoção de medidas retributivas e assistenciais em face do princípio da igualdade (MENEZES, 2001).

---

<sup>2</sup> A expressão norte-americana “affirmative action” se propagou por vários países em diversos continentes, inclusive sedimentando-se em algumas Constituições longínquas da América, como a da Namíbia. Trata-se de um apoio às minorias, ou classes subjugadas, seja em decorrência de sua cor, religião ou origem.

## **1 DIFERENÇA ENTRE AÇÃO AFIRMATIVA E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA**

As ações afirmativas originaram como uma ferramenta de inclusão de segmentos historicamente abandonados, visando precipuamente a concretizar um processo de igualização material de condições de existência. É importante notar que as discriminações devem partir de ações, atuações positivas para que alcance justamente o objetivo de eliminar o status anterior discriminatório: seja fomentando oportunidades, seja atuando diretamente na eliminação da desigualdade. No primeiro caso, considera-se apenas uma ‘ajuda’, não materializando diretamente uma ação, pelo qual o desenvolvimento e a conclusão destinariam o mérito da ação para o indivíduo, não propiciando certeza de seu atingimento final. O exemplo disso são bolsas ofertadas para pessoas de baixa renda em cursos pré-vestibulares. Já na atuação direta, o resultado é o fundamento buscado. Assim, a própria medida já garantiria por si só o fim proposto pelas ações afirmativas, qual seja, o benefício concreto da medida. A título de exemplificação, visualizam-se as cotas para negros em universidades.

Em suma, o conceito se resume em ações públicas ou privadas, temporárias, de caráter compulsório, voluntário ou facultativo, destinadas à eliminação e/ou mitigação de discriminações injustas e de seus respectivos efeitos, com o objetivo de concretizar a igualdade substancial, sempre baseada no sentido de pertença a grupos, portanto, específicas.

Ao contrário do que se depreende nos países latinos e nos Estados Unidos, os países europeus realizam essa diferenciação, pelo que entendem que tais conceitos não se confundem integralmente, sendo a ação afirmativa um gênero da espécie discriminação positiva. Analisando um exemplo prático, uma campanha do Governo Federal que pretenda divulgar a cultura afro-brasileira e suas especificidades, como música, dança, costumes, símbolos, vestuário, poderia ser considerada como ação afirmativa em sentido amplo, visto que estaria realizando sua promoção sem qualquer interferência ou discriminação (positiva). Porém, se for propiciada uma reserva de vagas, denominada cotas, para estudantes negros em uma universidade, estaria dando preferência a uma raça em detrimento de outra.

## **2 AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

A visão humanística perante a conjuntura internacional tem sua gênese desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, em que seu objetivo primordial foi a proteção dos direitos fundamentais. Nessa primeira fase, a pauta seria a efetivação da igualdade formal, com o espectro

global, advindo do temor criado pela diferença justificada pelo extermínio nazista. Isso pode ser observado tanto na Declaração de 1948 quanto na Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948), que puniam a intolerância com base na destruição do outro ser em razão da raça, etnia, religião e nacionalidade (PIOVESAN, 2005).

Para tanto, quando o ser humano foi visto de modo genérico e abstrato, não se mostrou suficiente, havendo a necessidade de colocá-lo em um filtro de individualização, visto em sua peculiaridade e particularidade.

Nesse espeque, no ano de 1965, foi aprovada pelas Nações Unidas a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, sendo ratificada por uma totalidade de 167 estados, entre estes o Brasil, que se tornou signatário no ano de 1968.

Nessa Convenção, existe a previsão, em seu preâmbulo, no que tange à discriminação baseada em diferenças raciais, da promoção de medidas com o escopo de eliminar a discriminação e as práticas racistas.

Por conseguinte, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher também é modelo inspirado da vertente promocional de direitos e adoção das políticas afirmativas, com duplo viés: eliminar a discriminação e assegurar a igualdade.

A Carta Política Brasileira de 1988 ainda estabeleceu outro princípio da seara internacional: a proibição da discriminação. As previsões são meramente exemplificativas, demonstrando a aversão e não aceitação a todo modo de discriminação, ou seja, além de se impossibilitar atos discriminatórios ofensivos, promove a necessidade da garantia e manutenção de atitudes discriminatórias positivas, buscando-se atingir a igualdade substancial.

Em sequência, na Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, realizada nos dias 31 de agosto e 7 de setembro de 2001, em Durban, foi apresentado um documento oficial brasileiro que continha a previsão de ações afirmativas em favor da população afrodescendente nas áreas da educação e trabalho. Foi por meio desse processo que os estudos sobre as cotas para afrodescendentes nas universidades públicas avançaram.

Os direitos humanos são vistos como uma resposta a um sistema opressor que restringe grande parte das oportunidades a um grupo pequeno de pessoas, que se beneficiam de um sistema capitalista tirano. É necessário conceder às minorias objeto da marginalização mecanismos concretos de acesso a bens necessários para uma vida com dignidade. A adoção de políticas públicas que propiciem uma economia de mercado aberta, conjugando com a incidência dos valores e princípios de direitos humanos devem afetar o sistema neoliberal para que possibilite a instauração de instrumentos de

progresso e igualdade com o fim de se eliminar as desigualdades. É dessa forma que nascem as ações afirmativas, ou seja, como ferramentas sociais de inclusão dos grupos menos favorecidos, concedendo-lhes a possibilidade de adquirirem as condições mínimas necessárias para o acesso aos bens materiais e imateriais no sentido de uma vida digna para todas as comunidades em uma visão mundial.

### **3 NUANCES E CONTORNOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS**

Para que haja a aplicação efetiva de uma política afirmativa, é necessário que o conteúdo e os preceitos estejam em conformidade com os critérios objetivos absorvidos pela sociedade, seguidos de parâmetros constitucionalmente previstos, que dão base e validade jurídica. É como se esses critérios fossem como um ‘filtro’ a fim de estabelecer a sua aplicação ou não. A grande celeuma é que, em muitos casos, esses critérios são subjetivos e margeiam uma discussão sobre a “legalidade” dessas medidas diferenciadoras. Um exemplo disso são as cotas para negros nas universidades. Existe a dificuldade de encontrar posicionamentos jurídicos indubitáveis que poderiam estancar essa discussão, capazes de dar segurança e conformidade para os indivíduos que não são atingidos diretamente pela ação.

Assim, na maioria das vezes, os argumentos usados são eivados de posições políticas que camuflam os argumentos legais, fazendo com que a necessidade da medida ganhasse um ar mais social do que jurídico. Logicamente que essa permissão só seria aceitavelmente concedida dentro de limites determinados pelo ordenamento, e não integralmente pelo arbítrio dos governantes, ou seja, é necessário que exista o binômio: racionalidade jurídica e motivação política.

Particularmente, no Brasil, as políticas afirmativas têm precipuamente cunho político e social, advindas do Poder Executivo. Essa “legitimidade” de determiná-las deveria ser do Poder Legislativo, enquanto da elaboração de leis, e o Poder Judiciário, na aplicação destas em casos concretos levados a sua apreciação.

Dessa forma, surgiram teorias e argumentos que direcionam a análise em dois sentidos – favoráveis e contrários –, permitindo um amadurecimento de pontos não vislumbrados pela sociedade, visto que lhe é dada apenas a ferramenta da aceitação e não do entendimento dos motivos da aplicação das políticas afirmativas.

#### **3.1 TEORIA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA**

A teoria compensatória é vista relacionada a fatos históricos, des-

tinada a corrigir erros do passado, reparando as barbaridades cometidas por grupos dominantes, diante de grupos dominados, sendo estes considerados minorias. Considera-se como um recurso de ressarcimento de valores e oportunidades retirados dolosamente de uma determinada raça ou classe durante um período de escravidão e abandono. A título de exemplo, nota-se a raça negra, da qual, durante o período da escravidão, foram exigidos esforços e sacrifícios, retirando condições igualitárias e humanitárias de sobrevivência.

Esse quadro de exclusão advindo dessa segregação surte efeitos até hoje, e a sociedade acabou por “acostumar-se” com essa ideia, como se não fizesse parte dela, porém o Brasil é um país essencialmente de origem negra. Para que haja a correção desse quadro, necessária se faz a efetivação de políticas afirmativas reparadoras, não sendo admitidas apenas desculpas objetivando camuflar esse passado obscuro.

A crítica formulada a essa teoria reside na legitimidade passiva e ativa das partes. A ilicitude ou o dano deveriam ser reivindicados por quem sofreu de fato o dano no passado e não pelas gerações futuras. Mesmo assim, a doutrina especializada entende que essa situação não diz respeito apenas aos sujeitos diretamente envolvidos, mas a todo grupo social, como uma espécie de efeito contínuo. Há uma representação dos direitos e garantias dos grupos, o que se conclui pela configuração de um direito comunitário e não apenas individual, posto que os fins almejados sempre ponderem sobre o prisma social de ascensão que determinado grupo excluído necessita.

### 3.2 DISCRIMINAÇÃO AO REVERSO: EFEITO REBOTE

Em uma análise primária, ao entender a necessidade da implementação de políticas afirmativas, logo fortalece em nosso consciente o valor social dessas ações reparadoras e a importância de buscá-las em maior grau e abrangência possíveis, no intuito de absorver todas as necessidades encontradas. Buscando o exemplo das cotas raciais, todos os negros deveriam ter acesso à educação superior, sem distinção, pois, indubitavelmente, sofreram com o processo discriminatório.

Ocorre que esse *discrimen* deve ser adotado em consonância com critérios que permitam uma aceitação favorável e geral dessas medidas. Cumpre observar que, além da reparação em sentido estrito, os atingidos diretamente não podem ser duplamente discriminados por receberem tais ações, ou seja, não podem sofrer preconceito ao utilizarem as cotas como ingresso no ensino, pois a finalidade não seria atingida em sua plenitude. Atualmente, apesar da evolução desse instituto social, não há uma pacífica aceitação por toda a socie-



dade, sendo evidente a existência desse efeito reverso. O que deveria ser feito para desmistificar essa problemática?

Existem dois pontos que devem ser analisados: o primeiro é a conscientização como medida a ser realizada concomitantemente à concretização das políticas afirmativas, para que a comunidade realmente entenda que o objetivo não é privilegiar ou mesmo desvalorizar uma raça em detrimento da outra. A raça branca não pode se sentir ofendida ao observar um atendimento diferenciado à raça negra em determinado assunto. Pelo contrário, deve compreender a função de tal instrumento como forma de reparação social e não um prolongamento dessa diferenciação, formulando o chamado “racismo às avessas”<sup>3</sup>. De fácil constatação essa situação quando se questiona um indivíduo de pele branca publicamente que, com medo da repressão, se mostra favorável, porém em seu íntimo diverge totalmente da ideia. O argumento para as discriminações positivas não tem como pressuposto a superioridade de uma raça a outra, mas uma forma igualitária de tratamento e merecimento.

O segundo ponto é a utilização do filtro jurídico na formulação das políticas afirmativas e não apenas argumentos de cunho político-social. A utilização dessa ferramenta como forma política pode gerar distorções em virtude de medidas assistencialistas utilizadas pelos governantes que detêm o poder.

Compete à sociedade em geral a visualização das necessidades, contornos, podendo, inclusive, ser revista conforme sua vontade, caso em que o governante é mero aplicador dessas ações. Exemplificando, é direito de um adolescente se inscrever em um vestibular visando ao ingresso no ensino superior por meio de uma cota de vagas sem que haja menosprezo por seus colegas de aula, utilizando esse fato como forma de imputar a ele uma incapacidade intelectual. Ser negro não pode ser visto como objeto de rejeição social, mas orgulho pela luta e enfrentamento das dificuldades que, sem dúvida, ajudam a construir nossa sociedade.

É nesse sentido que se caminha para o atingimento de uma isonomia substancial.

### 3.3 REGIME DE COTAS: EQUIDADE E QUALIDADE DO ENSINO NAS UNIVERSIDADES

Esse é um ponto de relevo que merece espaço para debate, pautan-

---

<sup>3</sup> Expressão cunhada pelo jornalista senegalês Khalifa Ndiaye, ao escrever um artigo para o jornal francês *Le Soleil*, em 17 de janeiro 1999, pelo que se referia ao tratamento e à forma de recepção dos povos negros africanos nas caravanas do Rally Paris Dakar. De acordo com o jornalista, seria obrigatório um tratamento de servidão e presteza, além de narrativas de discriminação pelos aventureiros de pele branca.

do-se por uma questão delicada e com opiniões fortes de ambos os lados. Uns se posicionam no sentido de que os alunos são realmente prejudicados pela baixa qualidade do ensino oferecidos pelas escolas públicas e por não terem condições de pagar uma escola privada, o que dificultaria ou até retiraria a possibilidade de concorrer a um vestibular. Igualmente, terão mais dificuldades de ingresso no mercado de trabalho por não conseguirem se profissionalizar, assumindo postos hierarquicamente inferiores. Além do mais, como as universidades públicas são gratuitas, a sociedade acaba custeando os estudos dos filhos de famílias “ricas”, que teriam condições financeiras de arcar com as mensalidades. Dessa forma, sob o prisma da equidade, essas ações afirmativas são positivas (PINHEIRO, 2005).

Entretanto existe outro ponto a ser analisado: o da qualidade. Como não há uma preparação ou base fortalecida desde o ensino básico ou mesmo uma seleção com critérios capazes de produzir uma triagem razoável, poderia estar se admitindo o ingresso de jovens sem qualquer qualificação em detrimento de outros bem mais capacitados e que corresponderiam com mais excelência às diretrizes educacionais.

### 3.4 PRINCÍPIO DE MÉRITO

Tratando-se de uma comunidade capitalista, os seus membros estão em constante competição, assim, afere-se a distribuição de bens e serviços observando o mérito de conquista. Dessa forma, o mérito é vinculado ao merecimento de prevalecer sobre alguém em condições isonômicas de disputa definidas previamente. Não se vislumbra, então, mérito em diferença de condições.

Observando o princípio de mérito no espectro das cotas, surgem dois posicionamentos comuns em toda discussão relacionada ao tema. O primeiro diz que as cotas vão de encontro ao mérito dos que possuem notas mais altas, sendo uma espécie de “caridade” para os beneficiados. Nesse sentido, as ações afirmativas se direcionam em sentido contrário a esse critério, posto firmar características distintas de escolha que não filtrados nas habilidades profissionais e educacionais de seus destinatários, o que pode ocasionar padrões inferiores de desempenho.

De outro lado, se tal princípio exige igualdade de condições, existem visíveis provas de que o ensino público tem um déficit de condições de aprendizagem em relação ao ensino privado, o que retira a isonomia de condições. A visualização de argumentos favoráveis para essas ações afirmativas não estigmatizam, pelo contrário, fornecem autênticos “espelhos sociais” responsáveis pela formatação de “imagens sociais positivas”, vistas como as principais responsáveis pelos exemplos vivos de afro-americanos bem sucedidos. É uma

espécie de incentivo social para os demais membros das chamadas “minorias” na busca por situações sociais julgadas inalcançáveis por seus antecessores.

### **3.5 AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS**

A cidadania pode ser observada como o efetivo exercício dos direitos fundamentais prevista no artigo 5º da Carta Magna. Notório é que uma parcela significativa da população não consegue acesso à efetivação da igualdade de oportunidades para o usufruto desses direitos fundamentais, primordialmente pelo fato de não ter condições econômicas.

Dessa forma, o instituto da Ação Civil Pública pode ser considerando um instrumento jurídico adequado para a efetivação de políticas afirmativas, seja individualmente ou para uma coletividade. Antes da vigência da Lei n. 7347/1985, poucos eram as ferramentas de defesa global judiciais dos interesses metaindividuais. Com sua vigência, há previsão da responsabilidade do causador dos danos a interesses difusos ou coletivos.

A Carta Política de 1988 confere ampla legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública, além da inovação legislativa com a inclusão do inciso VII, no art. 1º da lei em comento, que permite a defesa quando houver violação à honra e à dignidade de grupos raciais étnicos e religiosos. Assim, é fato que a ação civil pública é mecanismo que serve de proteção às normas constitucionais, leis infraconstitucionais e interesses difusos de toda população que não tem seus direitos devidamente reconhecidos.

## **4 AÇÕES AFIRMATIVAS VIGENTES NO BRASIL**

### **4.1 INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

É a Lei n. 12.711/2012, de 29 de agosto de 2012, que determina o modo de ingresso nos cursos superiores nos centros de ensino federais, destinando metade das vagas disponíveis nesses processos seletivos para candidatos que cumprirem certos requisitos previstos nesse comando normativo. A lei impõe o integral cumprimento até o dia 30 de agosto de 2016, entretanto, em 2013, as instituições já deveriam destinar 25% (vinte e cinco por cento), ou 12,5% do total de vagas para esses candidatos.

Por disposição legal, enquadram-se nesse perfil os indivíduos que cursarem e forem aprovados nas três séries do ensino médio em escolas públicas, bem como atendidos pela Educação de Jovens e Adultos (EJA) ou tenham obtido certificado de conclusão do ensino médio pelo Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). Os estudantes com bolsa de estudo integral em colégios par-

ticulares não poderão ser beneficiados pela lei. Por conseguinte, outra metade dessas vagas em referência deve ser destinada para estudantes com renda familiar mensal igual ou menor a 1,5 salários mínimos por pessoa. Há, ainda, vagas reservadas para negros, pardos e índios, entre as vagas do percentual pelo critério de renda. A distribuição é feita de forma proporcional, demonstrando que, se um Estado tiver maior quantidade de negros, consequentemente terá mais vagas fornecidas a esse grupo racial. Para tanto, o único documento necessário para comprovar a raça é a autodeclaração.

Cumpra esclarecer que, no Brasil, o critério de cotas para o ingresso em universidades públicas foi adotado com duplo viés: os alunos cotistas devem ter descendência negra (incluindo pardos) e, ao mesmo tempo, ter estudado os últimos três anos na rede pública. Como é de conhecimento geral, o ensino público primário e secundário no Brasil é deficitário, pelo que não oferece uma base consistente para a educação universitária desses alunos. Ademais, o processo de seleção de cotas é restrito, ou seja, trata-se de um processo seletivo interno, diferente do vestibular, que não tem o condão de mensurar capacidades e aptidões, mas tão somente selecionar alunos e direcioná-los à universidade.

Surgiram vários questionamentos antes da aprovação da referida lei, principalmente pela falta de planejamento para a estruturação da educação básica. Alguns alunos estudantes de escolas públicas foram entrevistados, informando que preferiam educação pública de qualidade à seleção por meio das cotas.

Adentrando nesse contexto, analisa-se a seguinte situação: um aluno branco que teve sua base e desenvolvimento educacional em uma escola pública, para ingressar no ensino superior, deverá concorrer por meio de um vestibular em ampla concorrência, por não preencher os requisitos da lei. Dessa forma, questiona-se se o *descrimen* estaria sendo aplicado de forma correta. O vetor para a aplicação da política afirmativa é a condição deficitária das escolas públicas ou somente o fator de raça? Os negros que estudaram em escolas particulares, mesmo com dificuldades financeiras, não deveriam, então, ser incluídos na utilização de tal política?

No ano de 2022, será promovida pelo Poder Executivo Federal a revisão desse sistema nas instituições de ensino federais. Até então, o acompanhamento e a avaliação da lei ficam sob a responsabilidade do Ministério da Educação (MEC) e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPIR).

## 4.2 SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO EM CONCURSOS PÚBLICOS

A evolução da Administração Pública brasileira já é vista desde o sé-

culo XX, encontrando no princípio do mérito ou meritocracia a maneira mais democrática, justa e eficaz da instituição de cargos públicos, observada pelo concurso público. Porém entrou em vigor a Lei Federal n. 12.990/2014, de 9 de junho de 2014, estabelecendo regime de cotas para esse provimento de vagas baseadas na cor da pele, desconsiderando parcialmente o critério do mérito e, conseqüentemente, indo de encontro a essa evolução já alcançada. A lei estabelece percentual de 20% das vagas totais do concurso público para candidatos negros, visando ao provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Federal pelos próximos 10 anos. Além disso, os negros que forem aprovados dentro das vagas para ampla concorrência não serão contabilizados na cota de 20% (BRASIL, 2014).

Buscando embasar e justificar a criação dessa lei, foi realizada pesquisa pelo IBGE, no censo do ano de 2010, constatando que a população negra representa 50,74% da população total, e a representação no Poder Executivo Federal seria de 30% do quadro de servidores efetivos. Ainda, 82% dos 519.369 servidores são registrados no sistema com informações de raça/cor.

A defesa visando à validade dessa lei afirma que, mesmo com concurso público sendo um método isonômico, meritório e transparente, sua utilização não seria suficiente para garantir tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil teria com a população negra.

O exemplo mais recente da aplicação dessa lei se refere ao certame para o cargo de agente da Polícia Federal no ano de 2014. Para a ampla concorrência, serão oferecidas 450 vagas; os negros terão direito a 120 vagas (20%), e portadores de necessidades especiais, 30 vagas (5%).

Com argumento que contrapõe essa análise, o concurso público foi o mecanismo encontrado e posto em disposição para que se enquadrem candidatos nas qualificações exigidas previamente por um edital, de forma a selecionar o melhor e mais preparado, considerando-se somente o mérito. Portanto, não são considerados cor da pele, orientação sexual, origem, sexo e idade. Assim, se determinado indivíduo for contratado para determinado cargo em detrimento de outra pessoa mais qualificada, não respeitando tais parâmetros ou princípios de seleção, certamente ocasionaria um retrocesso para a Administração Pública. O cargo público passaria a ser visto como prebenda, ou seja, uma benesse do Estado a certo indivíduo.

A autodeclaração realizada no momento da inscrição no concurso como critério estabelecido pelo IBGE pode ocasionar grandes problemas, uma vez que não há certeza do controle e das veracidades de afirmações alegadas.

### 4.3 SISTEMA DE COTAS PARA RESIDÊNCIA MÉDICA EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Outra aplicação das cotas se encontra nas residências médicas em universidades públicas. É que foi observado no edital para o concurso de Residência Médica da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo n. 001/2014, destinando vagas para negros ou pardos e deficientes físicos (IDECAN, 2015).

Uma amostragem da incidência dessa política afirmativa pode ser vista no exemplo da especialidade de clínica médica, em que são ofertadas 111 vagas, das quais 22 são para negros e 6 para deficientes.

Ainda não se têm dados da eficácia dessa medida, haja vista ser uma destinação muito recente. O que já pode ser percebido é a nítida presença do efeito rebote, em que o principal argumento visualizado pelos não cotistas é que o indivíduo já cursou uma faculdade exigindo-lhe avaliações periódicas de sua capacidade e aptidão para o exercício da profissão, não havendo necessidade de mais um *descripen* ao final do curso, pelo qual perdera o real significado da política afirmativa. Entretanto, apesar de sua plausibilidade, somente após uma verificação de dados estatísticos da eficácia da medida é que conclusões concretas poderão ser retiradas.

### 4.4 PROGRAMAS BRASIL QUILOMBOLA

O Programa Brasil Quilombola foi lançado pela Secretaria de Políticas de Promoção de Igualdade Racial – SEPPIR, em 12 de março de 2004, com o propósito de coordenar as ações governamentais – articulações transversais, setoriais e intersetoriais – destinadas às comunidades quilombolas (grupos remanescentes de escravos), com ênfase na participação da sociedade civil, agrupando as ações em várias áreas, tais como: acesso a terra, saúde, educação, saneamento básico, eletrificação, entre outras, constituindo a Agenda Social Quilombola.

Em alguns Estados, como no Tocantins, a Defensoria Pública atua diretamente no auxílio das Comunidades Quilombolas já certificadas pela Fundação Cultural Palmares, instituição pública voltada para promoção e preservação da arte e da cultura afro-brasileira, vinculada ao Ministério da Cultura. Por intermédio de seus núcleos especializados, Defensoria Pública Agrária (DPAGRA) e Núcleo de Ações Coletivas (NAC), a Defensoria Pública presta atendimento atualmente a 38 comunidades quilombolas, realizando visitas e audiências públicas, instaurando procedimentos extrajudiciais e ações civis públicas em defesa dessa população relegada aos cuidados do Poder Público.

Além disso, o Ministério da Educação oferece um Programa de Bolsa Permanência de concessão de auxílio financeiro a estudantes matriculados em

instituições federais de ensino superior em situação de vulnerabilidade socioeconômica e para estudantes indígenas e quilombolas. O recurso é pago diretamente ao estudante de graduação por meio de um cartão de benefício, no valor atual de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) (COELHO, 2014). De acordo com a Coordenação Das Comunidades Quilombolas Do Tocantins – COEQTO, atualmente são 17 alunos quilombolas cursando ensino superior na Universidade Federal de Tocantins, sendo beneficiados por esse programa.

## **5 ÍNDICES E ANÁLISE DE DADOS DA EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS**

De acordo com a estatística entabulada no Censo de 2011, divulgado em outubro do ano de 2012 pelo Ministério de Educação, constata-se um aumento no quantitativo de matrículas e elevação na participação no que tange ao número de vagas nas Universidades Federais por meio dos programas de políticas inclusivas. Registrou-se cerca de 6,7 milhões de matrículas, sendo 66,9% para bacharelado, 20,2% para licenciatura e 12,9% para ensino tecnológico. Diante disso, percebe-se que o total de matrículas na educação superior no Brasil cresceu 5,7% entre os anos de 2010 e 2011. No entanto, apesar de expressivo crescimento, é notório nas instituições que se posicionam no setor privado, contando com 74% por cento de aumento, enquanto no setor público esse número corresponde a apenas 26% por cento de elevação.

Em relação à redução das desigualdades, a parcela dos jovens entre 18 e 24 anos envolvidos no ensino superior aumentou significativamente. Em 1997, a taxa era de 7,1% desses jovens, passando para 17,6% em 2011. Já pelo critério de renda, dos jovens com menor rendimento financeiro, no ano de 1997, apenas 0,5% frequentavam o ensino superior. Em 2004, o percentual subiu para 0,6%. Já em 2011, esse número atingiu 4,2%, ou seja, a proporção saiu de 22,9% para 47,1% entre 2000 e 2011. Diante desses números, vislumbra-se um significativo aumento de ingresso de jovens negros e baixa renda no ensino superior, quadruplicando o quantitativo de 1997 a 2011.

Entretanto tal percentual ainda se mostra abaixo dos índices estabelecidos pelo Plano Nacional de Educação do decênio 2001 a 2010, apesar de um crescimento satisfatório. Cerca de 80% dos jovens negros ainda não tem acesso ao ensino superior. A desigualdade de gênero foi ampliada. De acordo com o Censo de 2011, entre os jovens entre 18 e 24 anos, registrou-se um percentual de 20,5% de mulheres contra 14,6% de homens. Comparando com 1997, havia 7,9% das mulheres e 6,2% dos homens. Nota-se uma diferença, pois de 1,7 pontos percentuais passou para quase 6 pontos percentuais. Certamente, essa desigualdade pode ser gerada por outras situações, como a violência que dire-



ciona principalmente para jovens do sexo masculino nessa faixa etária. Porém o ingresso no ensino superior não poderá ser uma política isolada. A educação é indubitavelmente o principal mecanismo de edificação social, mas isoladamente não consegue suportar a difícil tarefa da implantação de valores de cidadania para a sociedade brasileira.

Em outra análise, mostra o Censo de 2010 que nessa data o Brasil tinha cerca de 1.461.691 alunos matriculados nas Instituições de Ensino Superior. Desses, apenas 7,2%, ou seja, 102.855 haviam ingressado por meio de programas inclusivos de reservas de vaga. Outros 12% desse quantitativo, correspondente a 175.692 alunos, eram beneficiados de apoio social, cotistas ou não.

## CONCLUSÃO

Em um passado recente, não se pensava em uma discussão de políticas afirmativas no que tange aos seus efeitos, sendo considerada uma utopia, em que combatentes se mostravam despercebidos na busca da isonomia substancial.

Ainda, na esteira da evolução dos direitos sociais, para que as políticas afirmativas se concretizem de forma consistente na sociedade brasileira, sua realização deve se pautar de forma responsável com a utilização de critérios objetivos. Assim, pode haver efeitos reversos aos desejados pela norma, conseguidos diante de revisões periódicas com o diálogo aberto com a sociedade em geral, primando pela conscientização da população. Não como políticas públicas assistencialistas, mas como políticas inclusivas que propiciem dignidade a quem necessita e capacidade de solidariedade aos que não sofreram os efeitos da segregação histórica.

Diante do quadro evolutivo e índices apresentados pelo Governo Federal nesses últimos anos, nota-se uma elevação substancial no quantitativo de oportunidades, principalmente no que tange ao ingresso no ensino superior pela população de baixa renda e pela raça negra. Não obstante o demonstrativo numérico, a desigualdade econômica, educacional e social da população brasileira ainda é alarmante e não esconde a realidade ainda vivida.

Para isso, deve ser colocada como pauta a aplicabilidade dessas medidas, como forma e modelo de efetivação; e a eficácia, como resultados obtidos em maiores graus possíveis, para que, além da exposição de estatísticas, a realidade do País seja mudada, de forma consciente e duradoura. Um exemplo disso é o fortalecimento e o aparelhamento da educação básica, considerada o pilar de qualquer intenção de desenvolvimento educacional de um país, em contraposição ao olhar unicamente direcionado para a ampliação do número de estudantes atendidos pelas cotas.



Dessa forma, apesar da inegável constitucionalidade e a evolução das ações afirmativas, os métodos de eficácia ainda precisam ser apurados para a mudança da visão de nossa sociedade para com seus problemas, principalmente atrelados à justiça social. O que não se deve perder é o espírito de fraternidade e a esperança por dias melhores, em que as diferenças sociais, raciais e de gênero sejam utilizadas como uma alavanca para o desenvolvimento de um país multirracial, onde sua maior riqueza é, sem dúvida, o povo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. **Os Descaminhos da Tolerância: o Afro-brasileiro e o Princípio da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

BRASIL. **Lei n. 12.711/2012 de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.990 de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm)>. Acesso em 14 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 14 set. 2015.

CÂMARA, Daniela Bogêa Bastos. Ação afirmativa: matrizes teóricas e normativas, implementação norte - americana e debate acadêmico brasileiro. **Impulso: revista de ciências sociais e humanas**, Piracicaba, v. 17, n.43, p. 73 - 89, mai-ago. 2006.

COELHO, Rita. **Alunos quilombolas e indígenas de graduação da UFT podem solicitar bolsa permanência**. 2014. Universidade Federal do Tocantins. Disponível em: <<http://ww1.uft.edu.br/index.php/noticias/12907-alunos-de-graduacao-podem-solicitar-bolsa-permanencia>>. Acesso em: 14 set. 2015.

CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO CRIME DE GE-

NOCÍDIO (1948). Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-para-a-prevencao-e-a-repressao-do-crime-de-genocidio-1948.html>>. Acesso em: 14 set. 2015.

DOUGLAS, William. **Cotas raciais nos concursos**: o exagero só atrapalha. 2011. Disponível em: <<http://www.williamdouglas.com.br/conteudo04.php?id=931>>. Acesso em: 25 out. 2014.

GOMES, J. B. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001

IDECAN. Instituto de Desenvolvimento Educacional, Cultural e Assistência Nacional. **Seleção pública para residência médica – 2015**. Edital de abertura de inscrições n. 001/2014. Disponível em: <<http://acad-medic.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2014/09/RM-secretaria-de-saude-da-cidade-de-sp.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica. **Reserva de vagas para negros em concursos públicos**: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. p. 13. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/Estudo\\_Ipea\\_negros\\_servico\\_publico.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/Estudo_Ipea_negros_servico_publico.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2014.

JODAS, Juliana; KAWAGAMI, Erika. Políticas de acesso ao ensino superior: os desdobramentos na configuração dos programas de ação afirmativa no Brasil. **XI Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais**. Salvador, UFBA, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 out. 2014.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTEBELLO, Mariana. **As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Notadez, 2005.

MORCHE, Bruno; NEVES, Clarissa E. B., 2010. A questão racial no acesso ao ensino superior: políticas afirmativas e equidade. **Seminário Fazendo Gênero**, Florianópolis, 2010.

PINHEIRO, Leila Teixeira. **Ação afirmativa e princípio da igualdade**: a questão das cotas raciais no ensino superior no Brasil. 2005. Dissertação de Mestrado

em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos.  **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 24, p. 43-55, jan./abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

SELL, Sandro Cesar. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: FUNDACAO BOITEUX, 2002.

SOUSA, Letícia Pereira; PORTES, Écio Antônio. As propostas de políticas/ações afirmativas das universidades públicas e as políticas/ações de permanência nos ordenamentos legais. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, n. 232, set.-dez. 2011.

## **REPERCUSSÃO GERAL: NOVO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA REVISÃO DA TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Manuzy Fonseca Amorim Goffi <sup>1</sup>

### **RESUMO**

A Repercussão Geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que visa à demonstração de relevância da questão constitucional debatida e sua análise e efeitos. Aproxima-se do controle concentrado de constitucionalidade, representando, assim, uma abstrativização do controle difuso. O presente artigo, a partir de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e normativa, pretende verificar se o referido instituto consubstancia-se em uma barreira ou filtro recursal, tendo em vista que ainda não foi regulamentada pelo Supremo Tribunal Federal a revisão da tese que considera a inexistência de repercussão geral. Tema de extrema relevância na atmosfera recursal, já que tem impacto diretamente nas demandas deduzidas em juízo, posto que o recorrente deve demonstrar, impreterivelmente, no bojo do seu recurso, questões relevantes que extrapolem os interesses subjetivos do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, representando, dessa forma, uma barreira e não filtro recursal, pois ocorre a petrificação jurisprudencial pela não previsão de revisão de tese.

**Palavras-chave:** Controle difuso. Barreira recursal. Repercussão geral.

### **ABSTRACT**

The General Effect is an eligibility requirement for special resource aimed at demonstrating the relevance debated constitutional issue and its analysis and effects. Approaches the concentrated control of constitutionality, representing a abstraction diffuse control. This article from a literature review,

---

<sup>1</sup> Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas-TO. Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins.

case law and regulatory want to check if the institute is consolidated into a barrier or appellate filter, with a view that has not been regulated by the Federal Supreme Court the thesis review that considers the lack of general repercussion. Extremely relevant issue in appeal atmosphere, since it impacts directly on the demands deducted in court, given that the applicant must demonstrate, without fail, in the midst of its application, relevant questions that go beyond the subjective interests of the economic point of view, political, social or legal, thus representing a barrier and not resource filter, as is the jurisprudential petrification by not predicting thesis review.

**Keywords:** Diffuse Control. Resource Barrier. General Repercussion.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por escopo abordar o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Apresenta-se seu aspecto de abstrativização do controle difuso, incrementado pela ausência de regulamentação da revisão de tese pelo Supremo Tribunal Federal no caso de inexistência da repercussão geral.

O tema proposto traz uma drástica implicação na esfera recursal, ou seja, no direito discutido na demanda e nas relações deduzidas, uma vez que demonstra a aproximação do controle difuso do controle concentrado, em razão da necessidade de o recorrente demonstrar a repercussão geral, ou melhor, a relevância e a transcendência da questão constitucional suscitada. Diante desse cenário, impende suscitar um problema: a repercussão geral é um filtro ou barreira recursal?

Esse instituto foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou, ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988, o parágrafo 3º, o qual estabelece que o recurso extraordinário só será admitido se demonstrar a repercussão geral da questão constitucional debatida. No plano infraconstitucional, foi regulamentado pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B, ao Código de Processo Civil, e por meio do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pela Emenda Regimental n. 21, de 3 de maio de 2007, que complementou as normas do instituto prevendo procedimentos para a sua execução. Desse modo, entende-se por repercussão geral a demonstração da relevância jurídica, social, política ou econômica da questão constitucional suscitada no caso concreto, desde que ultrapasse o interesse subjetivo das partes.

A exigência de comprovação desse instituto representa um ônus para recorrente, uma vez que deverá fundamentar seu recurso em uma das hipóteses

do inciso III, do art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), bem como demonstrar, em preliminar, a relevância e a transcendência da questão constitucional suscitada em seu recurso. Isso porque a finalidade da repercussão geral é a diminuição de recursos submetidos ao Supremo e a uniformização dos seus julgados. A metodologia adotada no que se refere ao tipo de pesquisa é o teórico-descritivo, e o método de abordagem é o dedutivo e o de pesquisa, utilizando-se a normativa, bibliográfica e jurisprudencial.

O artigo é dividido em dois capítulos. O primeiro capítulo aborda sobre a repercussão geral, natureza jurídica e finalidade, a dinâmica processual para análise desse instituto e os efeitos da decisão que aprecia a existência ou inexistência da repercussão. O segundo capítulo apresenta o novo controle difuso de constitucionalidade com a repercussão geral sob a sistemática dos recursos repetitivos, participação do *amicus curiae* e os aspectos críticos do instituto. Leva-se em consideração a falta de regulamentação pelo STF da revisão da tese que decide sobre a inexistência de repercussão geral, tendo em vista o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal e, inclusive, a dignidade da pessoa humana. Para finalizar o presente artigo, são expostas as considerações finais e as referências.

## 1 REPERCUSSÃO GERAL

### 1.1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E CONCEITO

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, considerada “Reforma do Judiciário”, inseriram-se no ordenamento jurídico várias inovações. Uma delas foi a introdução do § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, incluindo entre os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário o instituto da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, sendo competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) a análise desse instituto.

A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, em seu art. 3º, dispõe: “Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei”. Desse modo, no âmbito do STF, a disciplina da repercussão geral foi complementada por meio da Emenda Regimental n. 21, de 3 de maio de 2007, que deu redação aos arts. 322 e 328; art. 328-A com redação das Emendas Regimentais n. 23, de 11 de março de 2008 e n. 27, de novembro de 2008; art. 13 com redação das Emendas Regimentais n. 24, de 20 de maio de 2008 e n. 29 de fevereiro de 2009; art. 324 com redação

da Emenda Regimental n. 31, de 29 de maio de 2009; arts. 323-A e 325-A introduzidos pela Emenda Regimental nº 42, de 5 de agosto de 2010 e a Portaria n. 138, de 23 de julho de 2009 da Presidência do STF.

No que tange ao conceito, a repercussão geral trata-se de um conceito amplo e de certa forma vago. Esse conceito jurídico indeterminado encontra-se na Carta Magna em seu art. 102, § 3º (acrescido pela EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004), que dispõe:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Da mesma forma, na Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que introduziu o art. 543-A do CPC e em seu § 1º estabelece: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. A repercussão geral é exigência do recurso extraordinário, seja de matéria cível, penal, trabalhista, eleitoral ou militar. A despeito do instituto estar inserido no CPC, a Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, é aplicável a todos os recursos extraordinários, independentemente da matéria constitucional versada, pois, afinal, a repercussão geral é de índole constitucional.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

Quanto à natureza jurídica da repercussão geral, a Carta Magna, no seu art. 102, § 3º aduz “a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”, e o Código de Processo Civil, art. 543-A, *caput*, dispõe “não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral”. Como se nota, os artigos demonstram que a repercussão geral está inserida no juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário, RE, quando menciona “admissão do recurso” e “não conhecerá”. Como visto no primeiro capítulo, à fase de conhecimento corresponde o juízo de admissibilidade, desse modo, a repercussão geral é mais um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, aliás, de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal.

Contudo, a análise desse instituto é diferenciada, enquanto que os outros requisitos de admissibilidades são avaliados pelo tribunal de origem, a análise da repercussão geral é competência privativa do STF, o qual, em regra, deverá apreciá

-la em plenário, sendo rejeitada pela manifestação de dois terço dos seus membros (art. 102, § 3º, CF/88). Nota-se que os outros requisitos de admissibilidade devem ser observados de primeiro plano, enquanto que a repercussão é a última a ser aferida. Assim afirma o art. 323 do Regimento Interno do STF, RISTF, com redação da Emenda Regimental 21, de 30 de abril de 2007: “Quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o (a) Relator (a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”.

No tocante à finalidade, a repercussão geral é considerada um filtro recursal que selecionará quais os recursos extraordinários que o STF poderá julgar, se estiver demonstrado em preliminar a relevância jurídica, econômica, social ou política da questão constitucional suscitada e a transcendência do interesse subjetivo das partes. Outra finalidade é uniformizar o entendimento constitucional de determinada matéria, sem a necessidade de analisar recursos múltiplos sobre o mesmo assunto.

A uniformização do direito que visa a atenuar a interposição de recursos é vista em vários dispositivos do CPC, como a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º); a possibilidade de o relator negar seguimento ao recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, *caput*); ou dar-lhe provimento quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A) (PELEJA JÚNIOR, 2010).

Dessa forma, tal instituto visa a dificultar realmente o acesso do recorrente ao STF, e essa foi a solução encontrada para desafogar a Corte, a fim de tornar a tramitação do recurso extraordinário mais célere.

### 1.3 COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO E EXIGÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL

Cabe ao STF a competência exclusiva para apreciar a existência ou não de repercussão geral, inclusive nos casos de presunção desse instituto. Apesar de ser um requisito de admissibilidade, a repercussão geral é o único requisito em que o tribunal de origem não poderá apreciar. E, se ocorrer invasão de competência, ou seja, o Tribunal realizar tal apreciação, caberá a postulação de reclamação perante o STF, para a preservação de sua competência (art. 102, I, alínea “I”, da CF/88). Exige-se uma formalidade para análise da repercussão e para própria admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, uma preliminar no referido recurso em que o recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral da questão constitucional debatida, segundo o § 3º do art. 543-A do CPC, acrescido pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, e o art. 327, *caput*, do RISTF.



A preliminar formal de repercussão geral é exigida dos recursos extraordinários interpostos contra acórdãos cuja intimação seja posterior à data de entrada em vigor da Emenda Regimental n. 21, de 3 de maio de 2007, tendo em vista que essa emenda complementou a disciplina e o processamento do instituto da repercussão geral. Portanto, antes da referida data, a preliminar não é exigida. Cabe aqui fazer algumas ressalvas, o art. 4º da Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, prevê: “Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência”. No entanto, como visto, o marco temporal da exigência da demonstração de repercussão geral é a data da Emenda Regimental n. 21, 3 de maio de 2007, tendo em vista que a referida emenda tornou-se imprescindível à execução da Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

Apresentada a preliminar formal, o STF poderá apreciar a relevância da questão constitucional, que, segundo § 3º do art. 102 da CF/88, exige a manifestação de dois terço de seus membros. Contudo, “se a Turma decidir pela existência da repercussão geral, por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”, conforme § 4º, do art. 543-A do CPC. Como se observa, a análise da repercussão pressupõe a participação de todos os membros do STF, sendo exceção o disposto no art. 543-A, § 4º do CPC.

#### 1.4 PRESUNÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL

O art. 543-A do CPC, introduzido pela Lei. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, em seu § 3º, estabelece: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. E o RISTF, em seu art. 323, § 2º, redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010, dispõe: “[...] quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”. O procedimento adotado para o julgamento do RE, de acordo com § 3º, art. 543-A do CPC, foi regulamentado pelos ministros em Plenário, mediante Questão de Ordem (QO) nos recursos extraordinários 579.431, 582.650, 580.108, relatora Ministra Ellen Grace.

Para a presunção de repercussão geral, necessária é a manifestação em Plenário dos ministros a fim de que reafirmem a jurisprudência dominante. A Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010, introduziu no RISTF o art. 323-A que permite: “O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico”.

Vale destacar que, na presunção de repercussão geral, exige-se a sua demonstração em preliminar formal do RE, tal qual ocorre na interposição de RE

em que não haja essa presunção. Tal exigência foi ratificada por meio do julgamento do Agravo Regimental, Relatora Min. Ellen Gracie (AGR-RE 569.476). Quando a decisão recorrida estiver em confronto com jurisprudência do STF, presume-se a existência de repercussão geral, mas quando essa decisão estiver em conformidade, não se deve presumir a sua ausência, nos termos da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 563.965.

Portanto, o legislador agiu de forma perspicaz e conducente quanto à previsão de presunção de repercussão geral, com o escopo de tornar o direito unitário, evitando as controvérsias judiciais sobre determinada matéria constitucional e, sobretudo, confirmar a hierarquia dos julgados do STF. Passa-se à análise do novo controle difuso de constitucionalidade com a repercussão geral sob o enfoque da previsão do *amicus curiae* e da sistemática dos recursos repetitivos.

## 2 NOVO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 REPERCUSSÃO GERAL E O AMICUS CURIAE

O art. 543-A, do CPC, em seu § 6º, introduzido pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, estabelece: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. A palavra *amicus curiae*, segundo Silva (2008, p. 47), significa:

Expressão latina adotada no sistema jurídico inglês significando o “amigo do tribunal”, significando o terceiro no processo que é convocado pelo juiz para prestar informações ou esclarecer questões técnicas, inclusive jurídicas, que interessem a causa. O juiz tem este poder em decorrência do disposto nos arts. 130 e 339 do Código de Processo Civil de 1973. A lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em seu art. 6º, par. 1, ultima parte, confere ao relator o poder de instrução do processo de fixar data para declarações em audiência pública de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Nos casos que lhe são submetidos, pode e deve o juiz se socorrer de tal meio de prova em atenção a regra de analogia contida no art. 126 do Código de Processo Civil.

Nota-se o impacto que a repercussão geral pode ocasionar no meio social pela simples leitura do § 5º, do art. 543-A, do CPC: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica,

que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Cabe ao STF, em seu regimento interno, regulamentar a manifestação de terceiros e, nos termos do art. 323, § 3º do RISTF, redação da Emenda Regimental 42/2010, estabelece: “Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral”.

Trata-se de uma faculdade de o Relator admitir o *amicus curiae*, mas deveria ser obrigatória tal intervenção, tendo em vista o impacto que uma decisão denegatória de repercussão geral pode ocasionar, qual seja, a inadmissibilidade de recursos futuros sobre a mesma matéria. Ressalta-se que a revisão de tese de uma decisão que nega repercussão até hoje nunca foi regulamentada.

Enquanto isso não ocorre, o *amicus curiae* intervém somente no juízo de admissibilidade do RE sobre a existência ou não de repercussão geral, sendo apenas uma faculdade do Relator admiti-lo, cuja decisão que negar a sua admissão é irrecorrível (§ 3º, do art. 323, do RISTF). Nessa senda, percebe-se a aproximação do controle difuso com o concentrado como a possibilidade de abertura da discussão constitucional com a participação do *amicus curiae*.

## 2.2 REPERCUSSÃO GERAL E A MULTIPLICIDADE DE RECURSOS COM FUNDAMENTO EM IDÊNTICA CONTROVÉRSIA

A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentou ao Código de Processo Civil o art. 543-B, que trata da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, com a seguinte redação:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.  
§ 1.º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2.º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3.º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los

prejudicados ou retratar-se.

§ 4.º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário a orientação firmada.

§ 5.º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Em conformidade com o art. 543-A, §§ 1º e 3º do CPC, os recursos extraordinários e os agravos (não mais agravo de instrumento, conforme a Lei n. 12.322, de 9 de setembro de 2010), quando múltiplos, interposto antes ou depois da data da referida emenda, 3 de maio de 2007, serão devolvidos e sujeitos ao sobrestamento, retratação e reconhecimento de prejuízo, desde que seus temas tenham repercussão geral reconhecida pelo STF, e os pendentes na Corte poderão ser devolvidos à origem. Os recursos que já tiverem reconhecida a repercussão geral, os processos relacionados ao mesmo tema serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção. É a redação do art. 325-A do RISTF, introduzido pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010.

A preliminar formal de repercussão geral é exigida a partir de 3 de maio de 2007. Ao recurso extraordinário e ao agravo interposto contra acórdão publicado após essa data, sem a preliminar, serão negados o seu seguimento. Rejeitada a repercussão geral, aos recursos extraordinários e aos respectivos agravos, interpostos de acórdão posterior à referida data, serão negadas sua distribuição ou seu seguimento. A questão constitucional que gerar multiplicidade de recursos caberá ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, ficando os demais recursos sobrestados até a decisão da Suprema Corte. É o que dispõe o § 1º do art. 543-B, do CPC.

Ocorre que não há nenhum critério estabelecido para o selecionamento de recurso pelo tribunal de origem, apenas alguns procedimentos que devem ser observados. Dessa forma, Dantas (2009, p. 329) adverte que:

Para nós está claro que não existe aqui liberdade para que o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* escolha o critério de seleção de causas conforme seu próprio juízo de oportunidade e conveniência. Antes, a interpretação desse dispositivo não pode ser outra que não a fixação de critérios

que leve em conta a robustez e a completude de argumento na tentativa de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Quanto ao juízo de admissibilidade para a realização do sobrestamento e seleção dos recursos, até que o STF julgue os recursos selecionados com idêntica controvérsia, os já sobrestados e os que venham a ser interpostos não serão submetidos ao juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*, pois, com isso, evita a interposição de agravos, os quais ficariam sobrestados em razão do exame da repercussão geral (art. 328-A do RISTF, inserido pela Emenda n. 23, de 11 de março de 2008).

Os agravos interpostos contra decisão que inadmitiu o RE serão sobrestados pelo Tribunal de origem, sendo julgados prejudicados quando negada a existência de repercussão geral ou quando julgado o mérito do RE, e os acórdãos recorridos forem em sentido contrário, o Tribunal de origem remeterá ao STF o agravo em que se recusa a retratação. A Emenda Regimental n. 23, de 11 de março de 2008, art. 2º, estabelece: “Os agravos de instrumento ora pendentes no Supremo Tribunal Federal serão por este julgados”, pendentes até 13 de março de 2008, data da publicação da referida emenda. E os encaminhados ao STF após essa data serão devolvidos ao tribunal de origem, tendo em vista o descumprimento do sobrestamento.

Negada existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no RE, pela manifestação de dois terços dos membros da Corte, todos os recursos sobrestados serão “automaticamente não admitidos”, § 2º do art. 543-B, do CPC. Reconhecida a repercussão geral, deverá aguardar o julgamento do mérito do RE pelo Plenário. Realizado o julgamento meritório, surgem duas possibilidades quanto aos recursos sobrestados que serão analisados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais (§ 3º do art. 543-B, do CPC): a primeira é declará-los prejudicados, pois a decisão recorrida está em conformidade com o que foi julgado pelo STF; a segunda é retratar-se, tendo em vista que o RE foi provido, proferindo, assim, nova decisão, conforme o entendimento do STF, ou manter a sua decisão, podendo o STF “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (§ 4º do art. 543-B, do CPC).

O recurso em que foi reconhecida a repercussão, e o recorrente, por exemplo, desistir de dar prosseguimento ao julgamento do RE, o Ministro relator poderá escolher outro recurso com idêntica controvérsia para prosseguir com o julgamento do mérito. Se o órgão prolator da decisão recorrida inadmitir o RE por aplicação equivocada do entendimento do STF, sobre o tema da repercussão

geral, não caberá agravo, do art. 544 do CPC, nem tampouco reclamação. Caberá agravo regimental, tratando-se de decisão monocrática, nos termos do respectivo Regimento Interno (AI nº 760.358, Rel. Gilmar Mendes). O julgamento por amostragem, assim como a participação do *amicus curiae*, representa um novo controle difuso de constitucionalidade, a seguir estudado.

## 2.3 NOVO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade consiste na declaração de inconstitucionalidade realizada pelos órgãos do Poder Judiciário, em um caso concreto, de forma incidental, visto que tal declaração não é objeto principal da lide (LOR, 2009). Cabe ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelos tribunais deve obedecer à cláusula de reserva do plenário, a qual estabelece que, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá declarar a inconstitucionalidade, art. 97 da CF/88. Nesse sentido, a Súmula Vinculante n. 10, de 27 de junho de 2008, dispõe:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Mas, quando já houver apreciação da inconstitucionalidade pelo pleno do tribunal ou pelo plenário do STF, essa cláusula não é exigível, podendo o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade, tendo em vista que já houve pronunciamento sobre o assunto, conforme o parágrafo único do art. 481 do CPC, redação da Lei n. 9.756/1998 e o precedente jurisprudencial do STF, 2ª Turma, AI 168149 AgR/RS, relator Min. Marco Aurélio (LENZA, 2009).

É por meio do recurso extraordinário que o STF exerce o controle de constitucionalidade difuso e, independentemente do órgão prolator da decisão, “só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*) não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*)” (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 737). Contudo, o STF já decidiu no RE n. 197.917, relator Min. Maurício Corrêa, efeito *ex nunc* ou *pro futuro* a decisão que determinou a redução de 11 (onze) para 9 (nove) vereadores do município de Mira Estrela-SP, cuja aplicação deverá ser observada na próxima legislatura (LENZA, 2009).

O que se observa é a aplicação no controle difuso, por intermédio do recurso extraordinário, o efeito vinculante e *erga omnes*, conferidos ao controle concentrado e a súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de

dezembro de 2004. E a repercussão geral, também introduzida pela supracitada Emenda Constitucional, regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, “implica um passo adiante, no sentido da objetivação do controle incidental ou difuso de normas no sistema constitucional brasileiro” (VIANA, 2010, p. 23).

O Supremo Tribunal Federal, com a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, deixa de julgar causas referentes às partes para julgar as questões constitucionais com relevância política, social, jurídica e econômica, que de um modo geral atinge a sociedade. A sua decisão sobre a existência ou inexistência da repercussão geral detém claramente efeito vinculante, tendo em vista o conteúdo do § 5º do art. 543-A, do CPC: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

Quando interpostos recursos múltiplos com idêntica controvérsia, a inadmissibilidade do RE pela negativa de repercussão geral atinge todos os recursos sobrestados na origem, os quais serão automaticamente inadmitidos, conforme o § 2º do art. 543-B, do CPC. Dessa forma, segundo Didier Jr. e Cunha (2010, p. 338),

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. E mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis [...].

A repercussão geral (Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006) e a súmula vinculante (Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006), institutos introduzidos na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (Reforma do Judiciário), possuem grandes semelhanças, pois ambas têm efeito vinculante e visam a uniformizar as decisões proferidas pelo STF. A repercussão é julgada mediante a interposição do RE, que consiste no controle difuso de constitucionalidade. A súmula vinculante é aprovada por dois terços dos membros do STF, a fim de pacificar as reiteradas decisões sobre uma determinada matéria constitucional, as quais foram tomadas no controle difuso de constitucionalidade.

Contudo a súmula vinculante revela “um estágio bem mais avançado

de estabilidade do posicionamento do STF”, sendo revista somente segundo o § 2º do art. 103-A, da CF/88. Contudo tem outra possibilidade de ser revista, por meio do controle difuso, “em que a questão constitucional aparece *incidenter tantum*, inepta para ficar imune pela coisa julgada material” (DIDIER JR; CUNHA, 2010, p. 348).

Se a Súmula vinculante tiver sua origem em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, é possível a aplicação dos §§ 1º e 2º do art. 543-B do CPC. E a repercussão geral, quando negada por dois terços dos membros do STF, obsta o prosseguimento de todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, e os sobrestados serão automaticamente inadmitidos. Esse é o grande impacto da repercussão no controle difuso, seu efeito transcende o interesse subjetivo das partes.

Há uma peculiaridade muito importante, a decisão que nega repercussão geral pode ser revista (§ 5º do art. 543-A, do CPC), assim como a súmula vinculante, mas até hoje não há nenhuma regulamentação sobre a revisão da tese. Pode-se concluir que é mais fácil a revisão de uma súmula vinculante do que uma decisão denegatória de repercussão geral. Mas, na presunção de repercussão geral, quando afronta jurisprudência dominante do STF ou já reconhecida em outro recurso, o Pleno pode reafirmar sua jurisprudência ou mudá-la, em razão de novos fundamentos. Nesse caso, tem-se uma maior abertura para a revisão da tese.

Por todo o exposto, conclui-se que o recurso extraordinário sofreu uma grande mudança, deixou de ser um recurso estrito às partes para abranger seus efeitos a outras pessoas. Sua interposição continua a mesma, no controle difuso de constitucionalidade, só que dando mais eficácia a suas decisões, não julgando apenas a questão constitucional incidente, prejudicial ao deslinde da demanda, mas julgando de forma objetiva, como no controle de constitucionalidade concentrado.

## 2.4 REPERCUSSÃO GERAL, FILTRO OU BARREIRA RECURSAL?

Com a introdução do instituto da repercussão geral, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, negada a existência da repercussão pela manifestação de dois terços dos membros do STF (art. 102, § 3º, da CF/88), todos os outros recursos que tratem da mesma matéria serão inadmitidos liminarmente. Daí a pergunta: a repercussão geral é um filtro ou barreira recursal?

Nesse caso, é obvio que a repercussão geral é uma barreira, um impedimento recursal que resulta na inadmissibilidade de outros recursos com base no julgamento de um que foi negada a existência da repercussão. E, mais



sério ainda, a decisão de inadmissibilidade do recurso por falta de repercussão não pode ser revista, pois até o momento não há regulamentação alguma sobre a revisão de tese pelo Regimento Interno do STF, como é previsto no § 5º do art. 543-A, do CPC. Em razão da falta de regulamentação da revisão de tese, o entendimento de Moreira (2009, p. 3):

Penso que essa revisão da tese deve ser proposta pela parte recorrente em seu agravo de instrumento a ser apresentado ao Pretório Excelso quando da decisão que nega o seguimento de seu recurso extraordinário. O advogado teria como principal atribuição demonstrar que (i) a causa que defende é diferente do que foi julgado nos precedentes anteriores ou (ii) a tese do STF é equivocada porque o caso é relevante e repercute. Nessa segunda hipótese poderia compor um “incidente de renovação de tese”, diante de novas razões e dados que demonstrem a relevância da questão e sua repercussão geral.

Contudo já houve decisão que não cabe agravo, tampouco reclamação, contra decisão monocrática do Tribunal de origem que inadmite o RE por ter aplicado equivocadamente o entendimento do STF sobre a repercussão geral. Mas cabe o agravo regimental na origem, observado o respectivo Regimento Interno (AI 760.358-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes). O Tribunal de origem pode continuar persistindo no erro, ou seja, aplicar equivocadamente a inadmissibilidade do RE por negativa da existência da repercussão geral e o recurso apresentar controvérsia diferente, o que resulta em grave lesão jurídica para o recorrente.

Um fator interessante é que a análise da repercussão geral deve ser realizada exclusivamente pelo STF. Se o Tribunal de origem aplica equivocadamente o entendimento da Suprema Corte, a qual decidiu que um recurso que representa a controvérsia, *leading case*, foi inadmitido por falta de repercussão, os demais recursos sobrestados serão inadmitidos automaticamente, conforme o § 2º do art. 543-B, não cabendo nenhum recurso, e a reclamação também não é admitida. Por isso a importância da revisão de tese, para que o STF, competente para apreciar a repercussão geral, possa rever seus entendimentos, tendo em vista a demonstração de novos fundamentos pelo recorrente.

Durante, o seminário “Repercussão Geral em Evolução”, realizado no STF em novembro de 2010, foi debatida a falta de revisão de tese da decisão da repercussão geral, pois o STF não revisa, mas dá diretrizes para os tribunais inferiores seguirem. Criam-se, assim, normas gerais e abstratas de difícil

aplicação pelos tribunais, e é necessário impor melhor suas decisões, indicar a amplitude da questão constitucional e fixar precedentes, como forma de padronização.

Entretanto, a crítica aqui abordada é que tal instituto não oferece a possibilidade de revisão de uma decisão que negou a repercussão geral, tendo em vista que o tribunal pode sobrestar indevidamente o recurso e aplicar equivocadamente a orientação do STF, e tal recurso pode sim oferecer relevância ou apresentação de novos fundamentos. Portanto, esse impedimento, essa barreira, implica, com o passar dos anos, um “engessamento jurisprudencial”, tornando a atuação do recorrente ainda mais complicada. E o que é pior, por meio dessas decisões reiteradas, o STF poderá editar uma súmula vinculante que é um plus da súmula impeditiva de recurso.

## CONCLUSÃO

A morosidade da justiça brasileira é um dos grandes entraves para a concretização da justiça eficaz e célere, e um dos fatores que acarreta isso é a facilidade na interposição de recursos, os quais, na maioria das vezes, são protelatórios, com intuito de retardar a eficácia da decisão judicial. O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, arrasta uma crise há séculos de acúmulo de trabalho, cujo principal motivo advém do recurso extraordinário, utilizado como revisão constitucional, o que torna a Suprema Corte mera via recursal.

Diante desse cenário, surgiu a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, denominada “Reforma do Judiciário”, que implantou no ordenamento jurídico vários institutos, um deles a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a fim de diminuir a carga de trabalho da Suprema Corte e dar celeridade aos seus julgamentos.

A repercussão geral possui peculiaridades diferentes dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário. É necessário que o recorrente demonstre a relevância e a transcendência da questão constitucional debatida, pois os efeitos da decisão da repercussão geral atingem não só as partes processuais, mas uma camada social relevante.

Desse modo, a repercussão geral reafirmou o efeito objetivo do recurso extraordinário, o qual vinha sendo reconhecido pelas decisões do STF. Esse novo controle difuso de constitucionalidade visa a dar mais efetividade às decisões da Corte que não pode ser vista como tribunal recursal, mera revisora das decisões das instâncias inferiores. A finalidade da repercussão geral é uniformizar os julgados da Suprema Corte e filtrar os recursos que não demonstrem a relevância e a transcendência da matéria constitucional suscitada. Com isso, busca-se a diminuição de recursos para apreciação do STF, essa é a finalidade principal da implantação desse instituto.

Contudo surge uma polêmica, se a repercussão é um filtro ou barreira recursal. O ônus de demonstração da repercussão geral é um ônus pesado para o recorrente, pois, para o recurso chegar ao STF, passa por inúmeras etapas, esgota todas as instâncias recursais previstas e deve demonstrar o prequestionamento da questão constitucional que se pretenda interpor o recurso extraordinário. Depois de cumprida toda essa etapa, se o recorrente não demonstrar que a matéria constitucional debatida não possui relevância econômica, social, jurídica ou política e, ainda, não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, infelizmente, o seu recurso será inadmitido por falta de repercussão geral, e todos os recursos que versarem sobre a mesma matéria serão indeferidos liminarmente.

Como se vê, não basta a demonstração de inconstitucionalidade da decisão recorrida, assim, a repercussão geral veio para dificultar o acesso à Suprema Corte, isso é uma realidade. Mas o que não deve ocorrer é passar por cima de decisões que afrontam à Constituição e as deixarem surtirem efeitos, isso é inadmissível. Tais posicionamentos devem ser rechaçados do ordenamento jurídico, seja mediante mandado de segurança, apesar de o STF não concordar, ou outro instrumento cabível capaz de retirar do ordenamento jurídico a decisão inconstitucional.

Além disso, a revisão de tese da decisão que inadmite a repercussão geral não foi ainda disciplinada, o que significa uma barreira recursal, pois inviabiliza que o recorrente demonstre outros argumentos a fim de que o STF tenha outro posicionamento. A intervenção do *amicus curiae* na análise da repercussão é de fundamental importância, e a sua manifestação torna esse instituto, realmente, social, pois as decisões dos ministros alcançam uma dimensão maior e se tem uma visão mais apurada do real efeito daquela decisão perante a sociedade, seja ela favorável a repercussão ou não. Contudo deveria ser obrigatória a manifestação do *amicus curiae*, não só na análise da repercussão, mas na análise do mérito do recurso extraordinário, pois a sua função é legitimar as decisões.

A repercussão está em conformidade com o princípio da celeridade processual, da razoável duração do processo, mas em alguns pontos abordados na pesquisa demonstra que o instituto fere alguns princípios constitucionais, como o acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, e, inclusive, a dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto, registra-se que o instituto da repercussão geral é polêmico e ainda muito controvertido, pois ainda é novo no ordenamento jurídico e precisa se amoldar às necessidades sociais apresentadas em cada interposição do recurso extraordinário.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Regimental n. 21, de 3 de maio de 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=vigencia>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Regimental n. 23, de 11 de março de 2008**. Acrescenta o art. 328-A e parágrafos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL023-2008.PDF>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.arvico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=regulamentacao>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.322, de 9 de setembro de 2010**. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n. 715.423**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546303>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n. 760.358**. Disponível em: <<http://www.almeidamelo.com.br/index.php/acordaos/20-supremo-tribunal-federal/7318-questao-de-ordem-em-ai-760358-repercussao-geral-conversao-do-ai-em-agravo-regimental>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 569.476**. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/pagina\\_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523577](http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523577)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Portaria n. 38, de 23 de julho de 2009**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 197.917**, relator Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2692662&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 563.965**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARE+563.965>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 579.431**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/225154245/andamento-do-processo-n-579431-recurso-extraordinario-28-08-2015-do-stf>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.108**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RE+580.108>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 582.650**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557589>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 591.145**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG\\_Mar2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG_Mar2010.pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 563.965-7 RN**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/531\\_RERG\\_563965.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/531_RERG_563965.pdf)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10, de 27 de junho de 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

CARVALHO, André Luiz Galindo de. Repercussão geral para admissibilidade de RE. **Revista Consultor Jurídico**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-30/repercussao-geral-admissibilidade-recurso-extraordinario>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito processual comparado - questões processuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DANTAS, Ivo. Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2200, 10 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13128>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral**: novos institutos de direito processual constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13004>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Reformas do código de processo civil e novos mecanismos de acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário jurídico conciso**. São Paulo: Forense, 2008.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas e Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010.



Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

# AD SUMMUS





**CEJUR**

Centro de Estudos  
Jurídicos

**ΣPE·TO**

DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO TOCANTINS