



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ - REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS - GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

ALCIDES PEREIRA DE FRANÇA

TRANSCENDÊNCIA INCLUSIVA : DO LEGAL AO SOCIAL A INVISIBILIDADE
DOS EXCLUÍDOS E A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PROCESSUAL
INDIVIDUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A CONSAGRAÇÃO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

RECIFE
2011

CATÓLICA

DE BRASÍLIA



PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

TRANSCENDÊNCIA INCLUSIVA: DO LEGAL AO SOCIAL
A invisibilidade dos excluídos e a importância da tutela processual
individual dos direitos fundamentais para a consagração da *dignidade*
da pessoa humana

ALCIDES PEREIRA DE FRANÇA

Recife

2011

ALCIDES PEREIRA DE FRANÇA

TRANSCENDÊNCIA INCLUSIVA: DO LEGAL AO SOCIAL
A invisibilidade dos excluídos e a importância da tutela processual
individual dos direitos fundamentais para a consagração da *dignidade*
da pessoa humana

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

ORIENTADOR: Professor Doutor Roberto Wanderley Nogueira

Recife

2011

ALCIDES PEREIRA DE FRANÇA

TRANSCENDÊNCIA INCLUSIVA: DO LEGAL AO SOCIAL
A invisibilidade dos excluídos e a importância da tutela processual
individual dos direitos fundamentais para a consagração da *dignidade*
da pessoa humana

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em _____ de _____ 2011



Professor Doutor **Roberto Wanderley Nogueira** (UNICAP)

(Examinador Interno/Orientador)



Professor Doutor **João Paulo Allain Teixeira** (UNICAP)

(Examinador Interno)



Professor Doutor **André Régis de Carvalho** (UFPE)

(Examinador Externo)

Dedico este trabalho

ao meu saudoso amigo, professor doutor e Juiz Federal **MANOEL SEVERO NETO**,
in memoriam, com o qual muito dialogamos e aprendemos nas aulas do Programa de
Mestrado, que, partindo prematuramente para eternidade, nos deixou órfãos pessoal e
intelectualmente;

ao meu orientador, professor e amigo **ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA**,
doutor em Direito Público e Juiz Federal, notável incentivador da cultura inclusiva, com
todo meu respeito e admiração, pelo exemplo de independência, coragem e de
reconhecida capacidade jurídica, que afetuosamente aceitou o encargo de ser meu
orientador neste trabalho, sem a qual (orientação) não seria possível sua consecução;

ao professor doutor **LUIZ PINTO FERREIRA**, jurisconsulto, que deixou uma vasta
contribuição nos campos da Filosofia do Direito, do Direito Constitucional, da
Sociologia, dentre outros, sendo um dos grandes destaques da ciência jurídica e que
diante de tão importante contribuição, deixou uma lacuna
irreparável no seio da sociedade pernambucana, brasileira, alemã e de muitos
outros países que adotam os seus ensinamentos e suas obras para o ensino da
ciência jurídica. Pernambuco perdeu um grande cidadão, um de seus filhos mais
ilustres.

Agradeço a conclusão deste trabalho

ao Grande Arquiteto Do Universo – GADU, pela vida, destino e inteligência;
aos meus pais Antonio e Antonia *in memoriam*, lembrança, admiração e saudade;
a minha esposa Gevanize (Nina), por mais de três décadas de amor, tolerância,
compreensão e ajuda;
aos meus filhos Alberto Bruno e Roberta, aos quais ainda espero retribuir todo carinho
que me é dado;

aos professores doutores Roberto Wanderley Nogueira, Manoel Severo Neto *in
memoriam*, Virginia Colares, João Paulo Allain Teixeira, Sérgio Torres, Gustavo
Ferreira, Walber Agra, Lúcio Grassi e Hélio Ourem, aos coordenadores e funcionários
do Programa de Mestrado em Direito da UNICAP, parabéns pelo resultado exitoso
desta pós-graduação;

aos meus colegas da 3ª turma do Mestrado em Direito – MD-3, da UNICAP, Fábio
Menezes de Sá Filho e Rildo Vieira, pela valiosa e prestimosa colaboração, juntamente
com os demais colegas de turma Agnelo Limeira dos Milagres Monteiro, André Meira
de Vasconcellos, Antonio Machado Guedes Alcoforado, Carlos Alberto Correia
Teixeira Junior, Carlos Pessoa de Mello Neto, Henrique de Andrade Leite, Ivanoska
Maria Esperia da Silva, João Amando Costa Menezes, Lyudmilla Spíndola Toscano de
Carvalho, Marcelino Epifânio Soares Botelho, Márcia Francisca Lima Melo, Marcos
Aurélio Nascimento Netto, Mateus Costa Pereira, Paulo Roberto de Carvalho Maciel,
Paulo Roberto de Siqueira, Paulo Rodolfo de Rangel Moreira, Roberto Pinheiro
Campos Gouveia Filho, Rosalina Freitas Martins de Sousa, Rubervan Dantas da Rocha,
Tarcisio Barros Borges, Vanessa Andrade Dantas e Viviane Rocha Dantas, que comigo
participaram da salutar convivência acadêmica.

aos meus colegas da banca de advocacia Ary Santa Cruz, Silvio Santos, Leandro
Menezes, Joelma Paes, Tadeu Melo, Bruno Tiburcio, Roseane Melo e Vera
Nascimento, meus amigos de sempre, que foram se aconchegando ao longo do tempo.

*“A dignidade da pessoa humana põe-se na lágrima vertida sem pressa,
sem prece, e, principalmente, sem busca de troca.
Tal ela a calma da Justiça e o destemor da verdade.”*¹

*“... a justiça é a mais elevada forma de excelência moral,
e nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa”*²

¹ *Justiça e exclusão social*. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro: UERJ, 1999, p. 70.

² Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, Brasília, UnB, 1999, pp. 93, 96 e 101.

RESUMO

Este trabalho propõe o estudo da inclusão de uma parcela da sociedade excluída do convívio social para atuar no processo através da adoção da substituição processual inclusiva, sob os auspícios dos princípios das garantias constitucionais, com o estabelecimento de normas de desenvolvimento processual aditivas ao artigo 6º do CPC, em que se proporcionem condições para legitimar extraordinariamente outrem, dando-lhe acesso ao judiciário, independente do pólo em que irá figurar na demanda, ou seja, integre a situação legitimante, para que possa atuar em juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, em favor de pessoas desprovidas de condições mínimas para exercer esse direito, capaz de garantir acessibilidade a todos os que batem as portas do Estado-juiz, assim considerados como “pacientes”, a exemplo do ‘histórico’ *habeas corpus*, contemplando-os com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também nominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiqüidade da Justiça. Isto porque a legitimidade das imposições jurídicas implica o reconhecimento prévio da cidadania como fundamento no Estado Democrático de Direito, eis que no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente expresso, convive com excluídos de todas as espécies, produzidos por um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens.

PALAVRAS-CHAVE: Garantias constitucionais; transcendência social; substituição processual inclusiva.

ABSTRACT

This paper proposes the inclusion of a segment of society excluded from social life to work in process through the adoption of procedural substitution inclusive, under the auspicious principles of constitutional guarantees, the establishment of development standards procedure additive to Article 6 of the CPC , Which provide the conditions to justify extraordinarily others, giving you access to the judiciary, independent of the pole that will appear on demand, ie, integrating legitimating the situation, so you can act on their own behalf in court in defense of rights of others In favor of persons deprived of minimum conditions for exercising this right, able to ensure accessibility to all who knock the doors of state-court thus considered as "patients", like the 'history' habeas corpus, covering them with inafastabilidade the principle of jurisdiction, also named right of action, or principle of free access to the judiciary, or, as noted Pontes de Miranda, the principle of ubiquity of Justice. This is because the legitimacy of taxation law requires prior recognition of citizenship as the basis of a democratic state, here in Brazil, the principle of human dignity, constitutionally expressed, lives with excluded from all species produced by a model society becomes more and more impervious to living together in fellowship of men.

KEYWORD: Constitutional guarantees; social transcendence; replacement procedure inclusive.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

I. A INVISIBILIDADE DOS EXCLUÍDOS. Paradoxo social
(ver sem enxergar) 12

II. DIREITO DE AÇÃO: garantias constitucionais e legais. 15

III. CONDIÇÕES DA AÇÃO: requisitos de ordem processual 23

IV. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: uma nova visão para
legitimatío ad causam nas tutelas dos direitos fundamentais. 37

V. CONSIDERAÇÕES GERAIS: do Legal ao Social 44

VI. O JUIZ NA FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA INCLUSIVA. 52

VII. DA INTERCESSÃO DE TERCEIROS NAS DEMANDAS.
Amicus curiae na visão do anteprojeto do novo Código de Processo
Civil. 60

CONCLUSÃO 64

REFERÊNCIAS 68

APÊNDICE 71
Jurisprudência. *Hard Cases*: Decisões dos Tribunais em Direitos Fundamentais.

ANEXOS 112

I – STJ - Recurso Especial nº 1.046.130 – MG (2008/0075284-3) – Relatora: Ministra
NANCY ANDRIGHI

II – NOTA TÉCNICA Nº 016/08/SAGI/MDS – Assunto: Pesquisa Nacional sobre a
População em Situação de Rua.

III – Os Sem Teto da Praça da Independência – Recife/PE. Fotos: Maria Helena do
Nascimento para o Cidadão Repórter //Divulgação//Diário de Pernambuco. Internet.

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi realizado de modo a viabilizar propostas, discussões, análises e peculiaridades inerentes ao tema, não usando de argumentos utópicos, e sim, como forma de raciocinar o direito e a realidade fática da contemporaneidade, para que se possa formar uma consciência inclusiva de cidadania numa concepção mais ampla de *acesso à justiça*, ou seja, a Socialização do Direito, haja vista a necessidade de se repensar o direito no sentido de se bem atender às necessidades sociais, contextualizadas na visão propositiva da “Transcendência Inclusiva: do Legal ao Social”¹, que a esteira pós-positivista confere aos princípios jurídicos e se apresenta especialmente no texto da “Constituição cidadã”², como condição fundamental para concretização do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à igualdade no que tange às garantias processuais e a participação política, pela qual o “Estado Principiológico”³ tem por objetivo a realização do bem dos indivíduos, principalmente, àqueles que envolvem interesses, oportunidades e direitos dos socialmente excluídos “subprodutos sociais”, ou seja, “que sucumbem à falta de uma representação adequada, ora no campo político, ora na seara social, ora judicial”⁴, de modo que paire sobre o legislador pátrio (representante do povo) a sábia mentalidade de trabalhar em prol dos jurisdicionados mais necessitados, traçando um trabalho jurisdicional inclusivo, *afirmativo*, *célere*⁵ e efetivo, que corresponda às precisões do

¹ Expressão cunhada pelo professor **ROBERTO WANDERLEY NOGUEIRA**, na orientação deste trabalho e nas aulas da disciplina *Direito Processual Inclusivo*, do Programa de Mestrado em Direito da UNICAP-PE.

² Cf. Ulisses Guimarães, ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³ “Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de **Estado Principiológico**”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

³ Hugo Richard. IANCZ. *Aspectos legais e a natureza jurídica da legitimidade do ministério público na ação civil pública*. Disponível em: <http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/>. Acesso em: 29nov2006.

⁵ “A lentidão da prestação jurisdicional não constitui um fato novo, bem como não se circunscreve ao ordenamento jurídico brasileiro. A excessiva demora no processamento dos feitos é um dos motivos que gera desprestígio e descrédito do Poder Judiciário, há algum tempo. Atualmente, verifica-se que a

Judiciário, diante da hipossuficiência do povo brasileiro de um modo geral, adotando-se para esse fim os meios para que todos possam vir a ter *acesso à justiça*⁶ para atuar, inclusive, em seu nome na defesa dos direitos alheios, com a garantia do legítimo direito de exigir em favor dos socialmente excluídos a efetiva solução para pretensões resistidas ou insatisfeitas e dos atos necessários ao exercício da cidadania.

A Constituição da República de 1988 não enunciou gratuitamente a promoção do bem coletivo, pela erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, numa ambiência onde o ser humano deve ser compreendido em sua plenitude, supondo-se a autodisponibilidade, sem discriminações de qualquer ordem, e a autodeterminação, decorrente do projeto histórico de civilização humana. (OLIVEIRA, 2005).

Para o limite deste trabalho, o objetivo é estudar o exame dos pressupostos de validade do processo nas ações afirmativas – *a perspectiva fundamental do processo diz respeito à sua compreensão como ferramenta de promoção da dignidade humana* – no que diz respeito às condições da ação – *legitimatío ad causam* – em que se possibilite ajuizar em nome próprio direito de outrem, numa associação entre substituto e substituído, chamada de *legitimação extraordinária* ou *substituição processual*, encontrada de forma limitada na hipótese do artigo 6º do Código de Processo Civil, que

'justiça' é um bem essencial a todos, não se resumindo ao simples 'dar a cada um o que é seu'. À vista disso, constata-se que a distribuição da 'justiça' deve observar fundamentalmente o equilíbrio social, reduzindo, dessa forma, as desigualdades existentes na sociedade. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, ao texto da Constituição Federal de 1988, acresceu-se o inciso LXXVIII, ao artigo 5º - artigo que trata do núcleo central dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão. O novo inciso dispõe da seguinte forma: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Contextualizando o instrumento normativo da razoável duração do processo, no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que esse instituto se encontra inserido na titulação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão fixados, na Constituição Federal de 1988, conforme se evidencia no item acima. Em razão disso, constata-se que a natureza jurídica do direito à razoável duração do processo não há de ser outra senão de um direito fundamental." SILVA, Ivanoska Maria Esperia da. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a responsabilidade civil pelo seu descumprimento no ordenamento jurídico brasileiro** / Ivanoska Maria Esperia da SILVA; orientador Alexandre Freire Pimentel, 2009.- Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2009, p. 211.

⁶ NELSON NERY JÚNIOR menciona que *em que pese o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão*. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 93.

determina que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei**”, eis que o agir na legitimação ordinária (titularidade da ação para defender direito próprio) não depende desta previsão, bastando que se ache o titular no exercício dos seus direitos – *legitimatío ad processum* – consoante previsão do artigo 7º do Código de Processo Civil: “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

Neste sentido e pelas premissas fundamentais que seguem não nos deteremos na regra limitativa dos mandamentos legais na abordagem deste tema, ou seja, ao rol taxativo do artigo 6º do Código de Processo Civil, pois, nosso intuito é o de compensar a qualidade de **hipossuficiente**, por meio da **substituição processual inclusiva**, fundada no princípio⁷ da inafastabilidade do controle jurisdicional de aplicabilidade imediata, conforme preceitua o § 1º do artigo 5º da Magna Carta de 1988, também conhecido como princípio do *direito de ação* e do *livre acesso ao Poder Judiciário*,⁸ que resulta na obrigação do Estado em garantir dignidade à pessoa humana num patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe os direitos fundamentais **acessibilidade, igualdade perante a lei, igualdade no que tange às garantias processuais, gratuidade**, que vem encontrando exemplos explícitos dessa inovação, com ressonância, na linha de raciocínio dos Juízes e dos Tribunais, que se pode constatar pela postura das novas decisões⁹ que caminham na direção da Transcendência Inclusiva: do Legal para o Social, diminuindo a distância entre a norma e a Justiça.

⁷ Os princípios jurídicos procuram realizar as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica, oferecendo, nesta última hipótese, os parâmetros para uma interpretação/aplicação do **direito** que, ao superar o modelo substantivo, revela-se mais legítima e compatível com os **fatos sociais**.” RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES, *Reflexões sobre o direito principiológico*. Disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edição_novembro2006/docente/doc1.doc.

⁸ Curso de Direito Constitucional/RICARDO CUNHA CHIMENTI... [et al.]. – 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 80.

⁹ Vide Apêndice deste trabalho, pp.66/105.

I. A INVISIBILIDADE DOS EXCLUÍDOS. PARADOXO SOCIAL (*VER SEM ENXERGAR*)¹⁰

Notadamente, mais do que assegurar direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, nossa Constituição “Cidadã” particulariza em seu texto compromissório, em diversos e rigorosos pontos, aqueles *grupos sociais vulneráveis* que merecem a especial proteção normativa do Estado, para promoção e efetivação do desejo de uma igualdade substancial perante o Poder Judiciário. Contudo, é impressionante o número de casos noticiando o descaso de nosso Sistema em desfavor dos “*esquecidos que gravitam às bordas do meio social*”.

A doutrina é assente no sentido de que “o princípio preponderante que condensa os direitos fundamentais¹¹, garantindo-lhes uma feição sistêmica, é a *dignidade da pessoa humana*”.¹² SZAFIR (2010), em sua obra *Descasos. Uma advogada às voltas com o direito dos excluídos* traz exemplos de alto significado social em pró dos Direitos Humanos, base nuclear dos demais direitos, que vão paulatinamente densificando o seu conteúdo ontológico.

Todos os *direitos fundamentais* têm a função de desenvolver e assegurar a *dignidade da pessoa humana*, fundado no avanço mais significativo do direito durante o século XXI, com a força hegemônica de uma normatividade atribuída aos preceitos constitucionais¹³, concebida como a carga valorativa mais intensa da Constituição Federal de 1988 (AGRA, 2007)¹⁴, dentre estes podemos afirmar que se inclui o do *acesso à ordem jurídica justa nos casos de ameaça de lesão, ou de lesão a direitos*, eis que no Brasil o princípio da *dignidade da pessoa humana*, constitucionalmente

¹⁰ Enxergar é profundo, ver é superficial, enxergar é discernir, captar, é sentir.

¹² Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 59.

¹³ Bonavides, Paulo. In Prefácio do livro “*Constituição e Direitos Fundamentais*”. Ferreyra, Raúl Gustavo. Porto Alegre : Linus, 2012.

¹⁴ Agra, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 113.

expresso, “convive com subhomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies, produtos de um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens.”¹⁵

E, destarte, as minorias discriminadas, excluídas, que a sociedade “*ver sem enxergar*” são contingentes populacionais, grupos, que sofrem restrições ou impedimentos quanto a um agir transformador ou gozo de bens em vista de alguma condição peculiar, aos quais se nega a formação e a informação para sua transformação pessoal e do grupo social a que pertence e que, muitas vezes, como conseqüências da falta da percepção de poder são os alijados do gozo dos bens produzidos por todos. São, também, aqueles que sofrem restrições ou impedimentos quanto a um agir transformador ou gozo de bens em vista de alguma condição peculiar, embora possuam, eventualmente, consciência de que têm direitos.

É certo que a nova ordem constitucional trouxe inúmeros avanços através de instrumentos normativos destinados à efetiva realização dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, realçados especialmente em hipóteses nas quais os titulares vêm-se mais impossibilitados, por condições das mais variadas, de exercê-los eficazmente e fez inserir em seus preceitos o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou do livre acesso ao judiciário (LENZA), com a assistência judiciária e jurídica, inclusive gratuita, aos pobres.

Porém, se os excluídos têm direitos, mas não sabem como exercê-los e não havendo permissão legal para que outrem exerça em seu nome, faltam-lhes, portanto, o acesso à justiça, exatamente no sentido de judiciarização, ou seja, de submeter a uma instância judiciária o pedido de tutela jurisdicional individual para solução do conflito,

¹⁵ Rocha, Cármen Lúcia Antunes. *Justiça e exclusão social*. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro: UERJ, 1999, pp. 70-71

pois, mesmo sendo este um dos direitos fundamentais¹⁶ seu, a lei privilegia, apenas, alguns poucos, numa afronta aos princípios constitucionais, eis que desde a Nova Hermenêutica, a profundidade normativa dos princípios da Constituição esparge luz, e espanca, com reflexão social, a escuridade jusprivativista do passado (BENEVIDES).

Cármem Lúcia Antunes Rocha defende que:

“O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do Direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional.” E que, “Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo, o princípio da dignidade da pessoa humana. A degradação encontra sempre novas formas de se manifestar; **o Direito há se formular, paralelamente, novas formas de se concretizar**, assegurando que a Justiça não se compadeça do aviltamento do homem ou da desumanização da convivência.”¹⁷

Daí porque, preocupada com a profunda desigualdade existente em nosso País, elege e estabelece a Carta Cidadã vários segmentos em que, a par de sua matriz constitucional, caberá à legislação ordinária dar exequibilidade a seus dispositivos protetivos de acesso qualitativo à atividade jurisdicional do Estado adequadamente (não bastando o mero ingresso do jurisdicionado à Justiça).

¹⁶ “Expressão alemã, ou também chamada de direito dos homens, direitos humanos, expressões anglo-saxônicas e latinas, que foram incorporadas pela Constituição de 1988” (BONAVIDES, Paulo. Curso..., cit., p. 472).

¹⁷ Rocha, Cármem Lúcia Antunes. *Justiça e exclusão social*. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro: UERJ, 1999, pp. 70-71

II. DIREITO DE AÇÃO: garantias constitucionais e legais.

Reunindo todo esse anseio, de envergadura constitucional, de redução das desigualdades sociais, de promoção da dignidade da pessoa humana e de afirmação do Estado Democrático de Direito, insta destacar neste trabalho a importância da tutela processual individual como fator de promoção da dignidade humana, que favoreça a construção de uma nova hegemonia, libertária e humanista, no pensamento jurídico *jus postulandi*, sem olvidar a importância de mecanismos extrajudiciais, tais como a atuação por parte dos órgãos públicos decorrentes do poder de polícia (com a função de contribuir para evitar que pessoas fiquem em situação de risco, em locais impróprios para sua saúde e integridade física, orientando-os e encaminhando-os para atendimento especializado etc.) e do Ministério Público (por meio de inquérito civil público, termo de ajustamento de conduta etc.).

LUIZ GUILHERME MARINONI, abordando a importância da tutela inibitória para a consagração dos direitos humanos, comentou que:

*"(...) Uma Constituição que se baseia na "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos de personalidade (art. 5º, X) e o direito de acesso à justiça diante de "ameaça de direito" (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF – obviamente corresponde, no direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na "dignidade da pessoa humana" e que se empenha em realmente garantir – e não apenas proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade. Isso quer dizer que, se a propriedade pode ser protegida por meio de procedimentos especiais capazes de propiciar tutela preventiva, não há como negar igual formato aos direitos da personalidade, sob pena de desconsideração dos próprios valores constitucionais."*¹⁸

¹⁸ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.p 82 e 83.

A Magna Carta de 1988 trouxe inúmeros avanços no próprio texto a exemplo das tutelas coletivas (mandado de segurança coletivo), da ação civil pública, do mandado de injunção, do *habeas data* etc. e através de instrumentos legais finalísticos, dentre eles o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a recepção da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei Maria da Penha, que destacamos *ut infra*, sendo todos estes estatutos normativos considerados de vanguarda na conquista pela dignidade da pessoa humana, destinados à efetiva realização dos direitos fundamentais, em especial legitimando os titulares que se vêem mais impossibilitados, de exercê-los eficazmente por condições das mais variadas, e fez inserir em seus preceitos o do livre acesso ao judiciário, com a assistência judiciária e jurídica, inclusive gratuita.

Vejamos:

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, estabelecendo, ainda, que as ações judiciais estarão isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

Orienta-se esse Diploma da Infância pelo disposto no artigo. 227 da Constituição que estabelece que é dever 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.

A Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, **Estatuto do Idoso**, tratando do acesso à Justiça, enaltece que o Poder Público deverá criar varas especializadas e exclusivas para o idoso. Assegura prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em

que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

O Regulamento do Idoso resulta do artigo 230 da Magna Carta de 1988, que preconiza que o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, recepcionado em nosso ordenamento jurídico com força de Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, em razão do disposto no § 3º, do artigo 5º, da Constituição, promulga a **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Mencionado Diploma é enfático ao preconizar que os Estados-Partes assegurarão o efetivo acesso à justiça das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

Organismos internacionais estimam haver no mundo aproximadamente 650 milhões de pessoas com deficiências, o que corresponde a 10% da população mundial.¹⁹

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica* é o tratado-regente do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. O Brasil, por sua vez, é parte da Convenção Americana desde 1992, tendo a mesma sido promulgada entre nós pelo Decreto 688, de 6 de novembro desse mesmo ano, de forma que existem direitos consagrados no *Pacto de San José da Costa Rica* que ampliam os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e que podem

¹⁹ *From Exclusion to Equality: Realizing the Rights of Persons with Disabilities*, Handbook for Parliamentarians, n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007, p. 13.

ser reclamados, por qualquer cidadão, perante o sistema interamericano de direitos humanos. Infelizmente, a despeito de sua enorme importância prática e do crescimento vertiginoso de sua aplicação por vários países, a Convenção Americana ainda é praticamente desconhecida no Brasil (GOMES, 2010).

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que cria mecanismos reais para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Resulta da regra estabelecida no § 8º, do artigo 226, da Constituição Federal, na 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.

Entretanto, há outros grupos não listados, que embora se encontrem ao abrigo dos preceitos fundamentais estão a merecer normatização protetiva inclusiva e efetiva, ou seja, que merecem tratamento diferenciado pelo Estado, a exemplo dos alcoólatras, das comunidades carentes desassistidas de infraestrutura sanitária, dos afro-descendentes em situação de marginalidade, dos usuários do sistema público de transporte coletivo, dos alunos da rede pública de ensino, dos consumidores em geral, dos viciados em drogas ilícitas e afins, dos pacientes da rede pública de saúde, cidadãos a exigir prestações positivas do Poder Público, vítimas de enchentes, sem-terras, trabalhadores assalariados, grevistas, obesos, entre tantos outros grupos jurídica ou economicamente mais fracos da sociedade, sempre colocados em situação de desvantagem e desprezo na história deste País, que têm o direito de exigir sua rápida, eficiente, ampla e efetiva tutela de seus direitos e interesses fundamentais sonogados ou violados.

Segundo MITIDIERO “ganha consistência, então, a ideia de que o direito processual civil, sem se descuidar de sua dogmática, já conquistada, deve ser encarado, precipuamente, como um instrumento a serviço do direito material, atento às necessidades sociais e políticas de seu tempo.”²⁰

²⁰ Mitidiero, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009 – (coleção temas atuais do direito processual civil; v. 14), pp. 34-36.

KELSEN ensina que “a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.”²¹ De uma forma geral as Constituições brasileiras²², sempre fizeram inserir em seus preceitos o princípio da inafastabilidade prometendo assistência judiciária e jurídica, inclusive gratuita, aos pobres e a atual trouxe inúmeros instrumentos destinados à efetiva realização dos direitos fundamentais, realçados especialmente em hipóteses nas quais os titulares vêem-se mais impossibilitados, por condições das mais variadas, de exercê-los eficazmente. O acesso das pessoas ao Poder Judiciário é comprometido, primordialmente, pelo custo econômico da provocação da atividade jurisdicional (PASETTI, 2002).²³

Para GOMES “O Direito Processual Civil, embora ciência de autonomia indiscutível está umbilicalmente ligado ao direito constitucional. A distribuição da

²¹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, 2. ed. Coimbra, 1962, v. 2, p.65.

²² “Não é por acaso ou favor que se diz ser a Carta Magna de 1988 a “Constituição Cidadã”, quebrando-se uma tradição do constitucionalismo nacional, em que se inicia a normatização constitucional pela declaração de direitos, individuais, coletivos e sociais, demonstrando-se claramente a sua importância face outros aspectos estruturais. Essa mudança topográfica é só o primeiro indício do paradigma moderno de democracia que se quer implantar pela CF/88. Adota-se, no art. 1º parágrafo único, o modelo da democracia semi-direta, conferindo aos cidadãos a possibilidade da prática de atos que antes somente lhes eram deferidos por meio do sistema da representação. Mais do que isso, no entanto, percebe-se a concessão de um enorme número de instrumentos de tutela da vida, numa profusão antes impensável em nossas cartas constitucionais. O art. 5º da CF, em seus setenta e sete incisos, além de conferir as garantias clássicas e explicitá-las incisivamente, estabelece novidades como o Mandado de segurança coletivo (art. 5º LXX); o mandado de injunção (LXXI); o habeas data (art. 5º, LXXII); dentre outros instrumentos que demonstram o extenso alargamento de possibilidades de defesa judicial de direitos e interesses e do próprio ordenamento jurídico. Numa mudança de perspectivas sensível, estendeu-se a cláusula do amplo e irrestrito acesso ao judiciário não somente às situações de lesão a direito, mas também ao perigo de sua ocorrência (art. 5, XXXV). Prestigia-se a prevenção, ao invés de simplesmente se tentar corrigir a patologia já instalada. Traz-se a modernidade da tutela dos direitos para a seara constitucional. A Constituição de 1988 é a mais perfeita demonstração de que democracia e ação caminham passo a passo, como irmãs que são. A Carta Cidadã põe em relevo o brilhante alvitre de Ihering, com que começamos o presente ensaio e com que o terminamos. “A essência do direito está na ação. O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada”. Garantir a democracia é garantir os direitos a ela inerentes. É garantir que o cidadão seja parte atuante dentro da estrutura que em sua função é organizada. É garantir o agir, é garantir que nenhum pleito ficará sem resposta e que nenhuma patologia será positivada. Instrumental legal para tanto podemos ter a certeza de que possuímos. Vontade de implementá-los e infra-estrutura adequada é que não se notam presentes, emperrando nosso desenvolvimento rumo à civilidade. KLIPPEL, Rodrigo. A correspondência entre o amplo acesso ao Judiciário e o paradigma democrático. Uma perspectiva histórica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3396>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

²³ Pasetti, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

justiça por parte do Estado é atividade eminentemente pública, portanto não há o que estranhar a respeito de seus alicerces constitucionais. (...) A ação, como direito ao processo ou como direito de pedir a tutela jurisdicional ao Estado, está entre os direitos e garantias fundamentais que a Constituição solenemente enumera.”²⁴

Em decorrência, os nominados “grupos sociais vulneráveis” (AMARAL 2010), vêm recebendo a compreensão hermenêutica jurídica do Poder Judiciário através de notáveis decisões (*hard cases*), que podem ser permanentemente ampliadas pelo reconhecimento de novos direitos, à medida que se constate sua importância para o desenvolvimento pleno da sociedade, que, apenas como exemplo, transcrevemos as que seguem:

DIREITOS DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.

Pessoa Portadora de Deficiência e Barreiras Arquitetônicas. (...) A Carta Magna de 1988, bem como toda a legislação regulamentadora da proteção ao deficiente físico, são claras e contundentes em fixar condições obrigatórias a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade para a integração dessas pessoas aos fenômenos vivenciados pela mesma, pelo que há de se construir espaços acessíveis a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente nas Casas Legislativas. 7. A filosofia do desenho universal neste final do século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam exercer, integralmente, suas atividades. (STJ – 1ª T – RMS n. 9.613 – v. u. – 11.5.99 – rel. Min. José Delgado).*

PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E EXIGÊNCIA DE

ADAPTAÇÃO DE VEÍCULOS. (...) O legislador constituinte, atento à necessidade de resguardar os direitos e os interesses das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes a melhoria de sua condição individual, social e econômica – na linha inaugurada, no regime anterior, pela EC n. 12/78 –, criou mecanismos

²⁴ Gomes, Victor André Liuzzi. *Intervenção de terceiros e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens decorrentes dessas limitações de ordem pessoal. A Constituição Federal, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu artigo 24 – dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente à proteção e à integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) –, deferiu ao Estado-membro, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). (...) (STF – ADIn n. 903-6 – MG – Pleno – m. v. – rel. Min. Celso de Mello).*

RESPONSABILIDADE POR VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DO DETENTO. Presidiário. Integridade física e moral. Respeito à dignidade da pessoa humana. Garantia individual. É princípio fundante do Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana. Constitui garantia individual que ninguém será submetido à tortura ou tratamento degradante, inclusive preso na sua integridade física e moral, devendo a lei punir as práticas atentatórias aos direitos fundamentais, direitos que se opõem ao Estado, de forma auto-aplicável, sem prejuízo dos vários tratados de que somos signatários, recentemente compilados pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, que instrumentalizam proteção de direitos humanos. (Vara da Comarca de Altinópolis-SP – Ação Indenizatória – Processo n. 323/97 – Juiz Evandro Renato Pereira).

PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. (...) Para o ingresso na via judicial não se faz necessária a formulação prévia do pleito na esfera administrativa. É assegurado pela Carta Magna em vigor o livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV). (TRF – 5ª T. – AC n. 136.531 – 1ª T – v. u. – 10.9.98 – rel. José Maria Lucena).

DIREITO À SAÚDE E DIREITO DO CONSUMIDOR. Os direitos humanos são a ordem do dia. É muito justo e imperativo de

mercado que o empresário busque o lucro, mas que o faça eticamente, humanitariamente, respeitando os direitos maiores da raça humana, dentre eles a saúde e a vida. O artigo 5º, da Constituição Federal, assegura o direito à vida e o artigo 196 assevera que a saúde é direito de todos e, como fez questão a seguradora ré de ressaltar, dever do Estado. (2ª Vara Cível Central de São Paulo – Processo n. 217/95 – Sumário – Juiz Durval Augusto Rezende Filho).

DIREITO À REMUNERAÇÃO POR TRABALHO PRESTADO.

A Constituição exige respeito à dignidade humana e ao trabalho, alinhando entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos (art. 1º, III e IV). E não é só: mais além, a Carta Magna assegura a prevalência dos direitos humanos; proíbe o tratamento desumano e degradante, e afirma que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 4º, II; art. 5º, III; art. 193). A contratação foi realizada de forma irregular, mas a força de trabalho dispendida não exime o ente público da responsabilidade pela prestação de serviço à servidora, que, presumivelmente, de boa-fé, dedicou-lhe a sua força de trabalho. (TRT – 4ª Região – Recurso Ordinário n. 00463.701 – 4ª T. – m. v. – rel. Juiz Irani Rodrigues Palma).

Pode-se, então, concluir que ação (direito público subjetivo), garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXV da Constituição Federal de 1988, consiste na exigência dirigida ao Estado para que este preste a tutela jurisdicional a todos, indiscriminadamente, como veremos no curso deste trabalho, posto que "não se necessita de experiência e de domínio da técnica processual ou mesmo maturidade pessoal, para compreender que cada processo constitui um drama humano a que se espera e se tem que dar resposta". (OLIVEIRA, 2005). Nesse sentido, garantir livre e pleno exercício a toda pessoa requer atuação estatal positiva, que traga efetividade à proteção desses direitos e liberdades.

III. CONDIÇÕES DA AÇÃO: requisitos de ordem processual

A ação como já dito no início, é matéria prevista no capítulo dos direitos fundamentais do cidadão, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se expressa solenemente que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Na distribuição dos bens da vida, incluindo-se neles o próprio *viver, a liberdade e os direitos fundamentais e os direitos políticos*, bem como a *honra e a incolumidade individual, a vocação, os prazeres, as repulsas*, grande parte do direito se conserva insubjetivada constituindo campo do direito objetivo puro, e outra parte subjetiva-se. A linha divisória entre os direitos subjetivos e os direitos não subjetivos varia com os lugares e com o tempo e, vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão da ação. A ação, a *actio*, supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, e fato, que constitua a razão de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o dever do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, surge a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro *plus* e tende não à prestação, mas a efeito jurídico específico (PONTES DE MIRANDA).

Os direitos individuais fundamentais têm características próprias, a saber: são direitos livremente exercitáveis, independente da existência de prévia lei. Portanto, a ausência de lei não impede o seu pleno exercício, já que a própria Constituição afirma que as normas constitucionais que os definem têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º). Os direitos fundamentais em conjunto com os instrumentos processuais, são responsáveis pela garantia da prestação jurisdicional ao cidadão, visto que este é impedido de se valer das próprias mãos, ou seja, da autotutela, pois esta é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao Estado proporcionar o acesso à justiça e a prestação jurisdicional efetiva.

Todo titular de direito lesionado ou ameaçado de lesão tem assegurado o acesso ao judiciário para defesa de seus interesses, que no sentido processual, é uma relação entre as partes (autor e réu), sujeitos de direito que visam à composição da lide através do instrumento jurídico chamado processo (é de se ver que o processo, como

instrumento cultural, é uma das formas de determinado povo resolver seus conflitos) que exige para o seu prosseguimento perquirir se foram preenchidos todos os requisitos necessários à existência e validade da relação processual denominado pressupostos processuais. “Todavia, o efetivo exercício da ação (sentido processual) não é outorgado a qualquer pessoa, ele só nasce e pode ser exercido quando preenchidos certos requisitos que a lei denomina condições da ação e pressupostos processuais.” (YAMADA, 2000).

Vedada a realização da justiça pelo particular, ao Estado incumbe o poder-dever de prestá-la por meio de seu aparato judicial e com a observância do devido processo. O Processo Civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo²⁵ que caracterizaram as grandes codificações do século XIX. A chamada igualdade formal, que constituiu uma grande vitória, senão o núcleo vitorioso da revolução francesa, na verdade sem descarte de que tenha havido um progresso nessa equalização formal dos membros à sociedade, nem por isto, todavia, proporcionou esse parâmetro formal uma almejada igualdade entre os homens tal como se prometia pela pregação ideológica liberal individualista. Com a Revolução Francesa, o centro da legitimação do poder transferiu-se para a vontade do povo. Atualmente, tão-só e exclusivamente a velocidade com que caminham os fatos sociais e o inevitável descompasso entre a lei escrita e a realidade já seria razão suficiente para que, em muitos casos, não possa o intérprete

²⁵ **Individualismo.** 1. Teoria que explica os fenômenos histórico-sociais baseada na psicologia individual e nos efeitos resultantes da atividade consciente e interessada dos indivíduos (Tarde). 2. Doutrina segundo a qual o ideal político é o desenvolvimento da iniciativa privada e a redução ou supressão das funções do Estado. 3. Teoria pela qual a sociedade não é um fim em si próprio nem o instrumento de uma finalidade superior aos membros que a competem, devendo fazer com que as instituições sociais alcancem a felicidade e a perfeição dos indivíduos (Lalande). 4. Teoria pela qual o Estado tem por único objetivo a realização do bem dos indivíduos. 5. Estado de fato que consiste no julgamento feito pelos indivíduos, numa sociedade, das instituições, não as acatando sem crítica. 6. Tendência para libertar-se de qualquer obrigação de solidariedade e pensar somente em si mesmo, favorecida pela absorção de todas as funções pelo Estado. 7. Supremacia dos interesses individuais sobre os gerais, fazendo deles o ponto de partida para a solução de questões jurídicas, sociais e econômicas. 8. Prevalência do indivíduo sobre a sociedade. 9. Doutrina que se opõe àquela que coloca o Estado acima de qualquer outro valor, preconizando a importância da pessoa e diminuindo o papel da autoridade como fator determinante do pensamento e da ação. Definição encontrada em DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** – São Paulo: Saraiva 1998, vol. 2. p. 823

contentar-se com a letra da lei, mas, ao contrário, seria uma razão bastante para que a letra da lei pudesse muito rapidamente deixar de traduzir a vontade geral.²⁶

O perfil do processo civil, emergido do individualismo se traduziu em institutos jurídicos que consideravam o indivíduo, enquanto tal, agindo isoladamente. Exemplo disto é o do art. 6º, do Código de Processo Civil Brasileiro, em que, como regra geral, preconiza que ninguém pode agir em nome de outrem, salvo se expressamente autorizado por lei. Esta regra é considerada, sistematicamente, no plano do direito infraconstitucional, uma regra geral. Para que não parem dúvidas sobre a regra geral, o legislador processual brasileiro assentou: ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Trata-se, portanto, de questão sensível que encontra necessidade de redimensionamento da legitimação para agir na defesa de interesses socialmente relevantes, pois, “a plena realização dos *princípios constitucionais* do acesso à ordem jurídica justa e da efetividade da jurisdição exige a flexibilização de certas formalidades”. (SAMPAIO).

Esse rigorismo legal acaba por limitar a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, em “antinomia” com a Carta Magna de 1988, que prevê, sem qualquer exceção, no inciso XXXV, do artigo 5º, a garantia do direito de ação a toda população, como instrumento processual imprescindível para a concretização da prestação jurisdicional, embora existam opiniões divergentes. Nesses casos, os valores fundamentais dos direitos e garantias individuais, que constitui o lastro principiológico do Direito Constitucional, sobrepõem-se a qualquer regra processual cujos efeitos práticos e específicos venham a impedir o pleno exercício de direitos fundamentais pelos indivíduos. Assevera Sampaio que: “A realidade atual, caracterizada pela complexidade de relações jurídicas que se definem diariamente, não se compatibiliza, para a solução dos conflitos de interesses, com um simples raciocínio silogístico de subsunção de determinados preceitos normativos aos fatos.”²⁷ Assim, o direito de ação em seu aspecto geral é o direito à jurisdição, que o texto da Constituição Federal garante

²⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória* / Teresa Arruda Alvim Wambier. – 2, ed. reform. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 24-26.

²⁷ Sampaio, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo : Atlas, 2008, p. 46.

igualmente aos indivíduos (partes) sempre que limites e restrições aos seus direitos não permita a execução de determinados atos.

Para melhor compreensão deste trabalho se faz importante dedicamos um breve estudo sobre os significados jurídicos de parte e de igualdade das partes nas tutelas jurídicas. No dizer da Professora THEREZA ALVIM, pode parecer, à primeira vista, uma perda de tempo questionar o conceito de parte em processo civil, em face de estar assente e tão repetido pelos autores, que parte é aquele que pede ou contra quem é pedida à tutela jurisdicional. Essa assertiva, contudo, carece de exame detido, pois, caso isso não seja feito, poderá ela, levar a conclusões parciais ou, até mesmo, inexatas. Na lição de JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA²⁸, podemos conceber que a parte “poderá apresentar-se da seguinte forma: (a) em nome próprio, na defesa do próprio interesse; (b) em nome próprio, defendendo direito alheio (substituto processual, art. 6º do CPC) e (c) por intermédio de outrem, na qualidade de seu representante”, ou seja, a noção de parte não se restringe à pessoa física, pois engloba a pessoa jurídica tanto de Direito Público como de Direito Privado e entes despersonalizados, universalidades que a lei civil confere em caráter excepcional a capacidade de ser parte sem que tenham, personalidade jurídica; como disto é exemplo a massa falida, representada pelo síndico (art. 12, inc.III do CPC), atual administrador judicial (Lei nº 11.101/2005); a herança jacente ou vacante, representada pelo curador (art.12, inc.IV); o espólio, representado pelo inventariante (art.12, inc. V); as sociedades sem personalidade jurídica de que ainda fala o Código de Processo Civil de 1973, representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens (art.12, inc.VII) e o condomínio, representado pelo administrador ou pelo síndico (art. 12, inc.IX). (ROLF HANSSEN MADALELENO). E, para DE PLÁCIDO E SILVA²⁹ o conceito de parte seria: “parte, no sentido processual não é somente o autor ou o réu. Parte também é o opoente ou o assistente ou todo aquele que, no exercício de legítimo e próprio direito vem a intervir numa causa em curso.” Por fim, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA define que “parte, portanto, segundo este conceito, será aquele que pede (autor) para si alguma providência judicial,

²⁸ A causa de pedir nas ações de execução, in Causa de pedir e pedido no processo civil (org. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque) São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 93, 2002.

²⁹ DE PLÁCIDO E SILVA. Dicionário Jurídico, V. 3, p. 319, Rio de Janeiro: Forense, 1993. apud BORTOLUZZI, Roger. Conceito de parte no direito pátrio e estrangeiro. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060725conceito_roger_bortoluzzi.pdf. Acesso em 02 dezembro de 2006.

capaz de corresponder ao que Chiovenda denomina um ‘bem da vida’; e aquele contra quem se pede esta providência (réu).”

Assim, o conceito de parte, tanto no direito brasileiro como nos países com grande produção literária em nível de processo civil, podem ser classificados sob a ótica de dois aspectos, quais sejam: em sentido material, quando se buscam os partícipes da relação jurídica de direito material e em sentido formal ou processual, quando se buscam os partícipes da relação jurídica de direito processual, visto que o processo se define como uma instituição jurídica destinada a satisfazer pretensões. Esta satisfação se caracteriza justamente perante o órgão jurisdicional, entre sujeitos distintos no processo, e entre estes sujeitos, encontramos as partes.³⁰ MIRANDA do ponto de vista processual, definiu que “partes são pessoas para as quais e contra as quais é pedida tutela jurídica”³¹, mas ser parte não significa dizer que é parte legítima para estar em juízo, pois esta é outra esfera de avaliação, pois se trata de conceitos diferentes, cuja legitimidade precisa ser aferida no contexto processual. Em princípio, todos têm capacidade processual³², porque todos têm direito à tutela jurídica, até como princípio fundamental consagrado pela Carta Política de 1988, no seu art. 5º, inciso XXV. No mesmo sentido dispõe o art. 7º do CPC, ao reger que toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo. É a chamada capacidade de direito. Diz-se, ainda, que parte é o substituto, não o substituído. Surge um problema nada desprezível. A sentença faz coisa julgada às partes às quais é dada (CPC, art. 472).

³⁰ Roger Bortoluzzi. *Conceito de parte no direito pátrio e estrangeiro*. www.tex.pro.br/wwwroot/.../060725conceito_roger_bortoluzzi.pdf

³¹ Miranda, Pontes de. *Comentários ao CPC*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 220, Tomo I.

³² “Não é suficiente, todavia, ter capacidade para ser parte no processo. A lei processual exige tenha a parte capacidade processual, isto é, possa fazer-se presente no processo sem necessidade de representação ou de assistência do representante legal. Para tanto, é necessária aptidão para o exercício dos respectivos direitos, ou seja, tem de ser a parte civilmente capaz (CC, art. 5º). Existe aqui perfeita coordenação entre os planos material e processual. Capacidade processual, que não se confunde com legitimidade *ad causam*, coincide, pois, com a plena capacidade civil. Todos os que, no plano material, têm capacidade para a prática de atos jurídicos podem pessoalmente atuar do processo, muito embora a participação efetiva, mediante a prática de atos processuais, dependa, ainda, da capacidade postulatória. Com relação à diferença entre capacidade processual (legitimidade processual ou legitimidade *ad processum*) e legitimidade *ad causam*, por enquanto é suficiente ressaltar que a primeira é pressuposto processual e a segunda, condição da ação. Capacidade processual todos os que se encontrem no exercício do direito possuem, independentemente de qualquer nexos com o direito material deduzido em juízo. Já a legitimidade somente têm os que, embora até possam ser processualmente incapazes, integrem a situação legitimante, ou seja, aquela descrita na inicial como fonte da pretensão.” Cf. JOSE ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, in *Código de processo civil interpretado* / Antonio Carlos Marcato, coordenador. - São Paulo : Atlas, 2004, pp. 62-63

Introduz-se, então, outro esclarecimento: a parte pode estar em juízo em nome próprio, mas para a defesa de direito ou interesse alheio (há, nesse caso, substituição processual, que estudaremos mais adiante).

Quanto à igualdade das partes, todo cidadão deve gozar de igual tratamento perante a lei, por disposição constitucional. Segundo Victor André Liuzzi Gomes³³, a concepção clássica do Estado Liberal divide a igualdade em duas espécies: formal e material; sendo a primeira traduzida na idéia corrente de que todos são iguais perante a lei e a segunda na busca da igualdade efetiva, real, concreta diante das complexas relações sociais, o que é facilmente perceptível ante a clara preocupação do constituinte com a imensa desigualdade evidenciada em nosso país. Como a vigente Carta Política, no artigo 5º, inciso XXXV, consagrou a todos o direito de ação, as tutelas de interesses ganharam campo fértil para diversas considerações.

O *princípio da igualdade*³⁴ de todos perante a lei, mandamento de raiz constitucional, é, também, explicitamente projetado na regra do art. 125, inciso I, do

³³ Gomes, Victor André Liuzzi. *Intervenção de terceiros e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

³⁴ **1. DIREITO À IGUALDADE. 1.1. Princípio da Igualdade e Proibição da Discriminação** Igualdade. Princípio. Discriminação. Proibição. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF – MI n. 58-DF – Pleno – m. v. – 14.12.90 – rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello) *DJU*, de 19.4.91, p. 4.580. **1.2. Concurso Público e Proibição da Discriminação** Concurso Público. Critério de Admissão. Sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo – artigo 5º, inciso I, e parágrafo 2º do artigo 39 da Carta Federal. A exceção corre a conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. O concurso publico para preenchimento de vagas existentes no Oficialato da Policia Militar, no Quadro de Saúde – primeiro-tenente, médico e dentista – enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo. (STF – RE n. 120.305-RJ – 2ª T – 8.9.94 – rel. Min. Marco Aurélio) *DJU*, de 9.6.95, p. 17.236. Concurso Público. Polícia Federal. Exame psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato, ao final desautorizada pelo **Judiciário**, por ilegalidade, em mandado de segurança. Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço publico, não pode a administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em cláusula, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites.

Código de Processo Civil, que prescreve que o juiz deve "assegurar às partes igualdade de tratamento". Isso significa que o juiz deve ser imparcial, ou seja, não pode haver tratamento diferenciado dispensado às partes; imparcialidade do juiz se manifesta, se expressa, fundamental e prefacialmente, pela garantia da igualdade entre autor e réu no processo. O art. 5º, *caput*, e o inciso I da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125, I, do Código de Processo Civil teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. (NERY JUNIOR). É o princípio da isonomia – garantia constitucional (CF, art. 5º e inc. I) – traduzida em dever do Estado-juiz para com seus jurisdicionados. Nesse princípio tem origem outro, o do contraditório (ciência bilateral dos atos e termos do processo com a possibilidade de impugná-los), intimamente ligado à garantia do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) e hoje expressamente consagrado no texto da Lei Maior (CF, art. 5º, LV).³⁵

(STF – RE n. 112.676-MG – 2ª T. – v. u. – 17.11.87 – rel. Min. Francisco Rezek) *DJU*, de 18.12.87, p. 977. **3.5. Igualdade de Direitos entre Crianças havidas ou não da relação de Casamento.** Paternidade responsável. Filho ilegítimo. Tratamento discriminatório. Vedação. A Lei n. 8.069/90, em seu artigo 5º, proíbe qualquer forma de negligência ou discriminação contra a criança, sendo diretriz constitucional a paternidade responsável. A Constituição é detalhista na previsão de direitos e situações vantajosas à criança, especificando direitos em relação a elas. A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25.9.92, prevê no item 5, de seu artigo 17, que: "A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento", assegurando à pessoa os nomes de seus pais (art. 18), e para regular situações tais foi editada a Lei n. 8.560, de 29.12.92. (Vara da Comarca de Juína-MT – Ação Ordinária de Investigação de Paternidade c/c Alimentos – Processo n. 60/95 – Juíza Marilza Aparecida Vitório). * **2.2. Igualdade entre Homens e Mulheres e Anulação de Casamento por Erro Essencial.** Casamento. Anulação. Erro essencial. Defloramento ignorado pelo marido *error virginitatis* pedido juridicamente impossível. Apelação não provida. Estabelecendo-se, em nível constitucional (art. 5º, I, CF), que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, não é mais possível anular-se o casamento com fundamento em norma revogada (art. 219, IV, CC), pois não se pode exigir apenas a virgindade da mulher. Inadmissível com o novo ordenamento jurídico. (5ª Câmara Cível – Apelação Cível n. 69.553 – rel. Des. Carlos Hoffmann – decisão: 6.5.96). **2.5. Aposentadoria Rural e Igualdade da Mulher.** Em face da nova ordem constitucional – artigo 5º, I – a exigência de conceder-se o benefício somente ao chefe ou arrimo da unidade familiar deixou de existir, uma vez que ficou proibido qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres. Ademais, mesmo antes da promulgação da atual Constituição, a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos já admitia, em casos tais, concessão do aludido benefício. (TRF – 1ª Região – 2ª T. – AC n. 89.01.23800-4/MG – rel. Juiz Jirair Aram Meguerian) *Diário da Justiça*, Seção II, de 20.2.92, p. 3.295.

³⁵ Machado, Antonio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 7ª ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2008, p. 122.

Nas sábias palavras de NERY JR dar tratamento isonômico às partes “significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”³⁶. Deve-se ter sempre em mente que o que realmente se busca é a efetiva igualdade entre as partes, a denominada igualdade real ou substancial, pela qual se lhes proporcionam as mesmas oportunidades (Victor André Liuzzi Gomes).

Ora, o dinamismo com que evoluem as relações sociais, caminha no sentido da inclusão dessa possibilidade no direito processual, suprindo a falta da outorga legal, decorrente da demora na produção legislativa. Esta, com freqüente falta de precisão na formulação dos textos. Em termos concretos, evidenciam-se, na fase de admissibilidade da petição inicial e no exame da congruência entre o pedido e a providência judicial a serem outorgados, momentos que exigem, por parte do magistrado, valoração das circunstâncias fáticas para aplicação das normas processuais. Preconiza o artigo 5º, *caput*,³⁷ da vigente Constituição Federal que todo o cidadão goza de igualdade de tratamento perante a lei por disposição constitucional, mormente quanto ao acesso à Justiça (XXXV).³⁸ Contudo, o titular do direito de ação deve preencher as condições da ação que são a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI).

Assim, feitas as observações sobre os conceitos de parte e da igualdade das partes nas tutelas jurídicas de sorte a facilitar sua compreensão e a aplicação neste trabalho no tocante a legitimidade *ad causam*, definida como a autorização para propor a demanda em nome próprio (legitimidade ativa) e a autorização para propor a demanda em face do réu (legitimidade passiva)³⁹, ressaltamos que nesse trabalho é dada ênfase à situação em que autor ou réu não são titulares do direito material deduzido na inicial e não estão legalmente autorizados a propor a ação em nome próprio para defesa de direitos de outrem nas condições da chamada legitimação extraordinária ou substituição processual, inseridos no artigo 6º do Código de Processo Civil, ou seja, trabalhamos sentido de que se possa fazer valer no processo a legitimação extraordinária fora dos

³⁶ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4ª ed., p. 40.

³⁷ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

³⁸ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁹ Yamada, K. N. op. cit.

casos previstos na lei, numa espécie de substituição processual inclusiva contextualizada na visão propositiva da “Transcendência Inclusiva: do Legal ao Social” (NOGUEIRA), cuja “titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada da esfera exclusiva do indivíduo para incidir na relação cidadão-sociedade”. (AGRA, 2010).

Nosso Direito Positivo vigente exige interesse e legitimidade para se propor ou contestar ação (CPC, art. 3º), no mesmo Código está prevista a hipótese de extinção do processo, sem apreciação do mérito, quando faltar uma das condições da ação, dentre elas a “*legitimidade das partes*” (art. 267-VI). Pode, ainda, a petição inicial ser indeferida “*quando a parte for manifestamente ilegítima*” (art. 295-II). O instituto se encontra delineado no art. 6º do CPC, quando proclama: “*Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*”. A primeira parte do art. 6º é a reafirmação do art. 3º, quando diz que “*para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade*”, ou seja, que haja correspondência entre o sujeito da relação jurídica material e processual. Assim, o Código de Processo Civil é expresso a respeito do interesse e da legitimidade para “para propor ou contestar ação”, o que implica em dizer que só o titular de um direito tem legitimidade inicial ou incidental para discuti-lo em juízo e que o interesse de agir deverá estar preso e ligado ao indivíduo que articula e manifesta o pedido. (SEVERO NETO). Esclarece, ainda, SEVERO NETO que “No Direito Processual Civil, deparamo-nos diante de algumas situações em que alguém está legitimado para postular em juízo direito alheio; quer dizer, em determinadas hipóteses alguém é legitimado para ajuizar uma ação tomando o lugar que, normalmente, outra pessoa deveria estar ocupando”⁴⁰. Com razão o ilustre professor, ao afirmar que só em determinados casos é que a ordem jurídica legitima alguém a substituir outrem processualmente. Citadas pela doutrina, a legitimidade pode ser **ordinária** ou **extraordinária**.

Diz-se ordinária⁴¹, quando um indivíduo promove uma ação na defesa de um direito do qual diz ser titular e, nesse caso há uma coincidência entre o titular da relação

⁴⁰Severo Neto, Manoel – *Substituição processual*. São Paulo : J. de Oliveira, 2002, p. 13.

⁴¹ “De acordo com CHIOVENDA e LIEBMAN a **legitimidade ordinária** (inicial ou incidental) e a luz do direito processual pátrio como condição da ação (Código de Processo Civil, art. 3º c/c os arts. 267, VI, 295, incisos II e III e parágrafo único, III), estão vinculadas ao indivíduo ao qual pertence o interesse de

jurídica de direito material e a relação jurídica de ação. É extraordinária⁴², quando um sujeito de direito (o substituto) diverso do titular do direito substancial, é legitimado para em nome próprio defender o direito material do substituído. O substituto é titular do direito de ação. O substituto não exerce um direito de ação do substituído, mas dele próprio, quer dizer, o substituto é legitimado extraordinariamente – legitimidade inaugural ou incidental – para exercitar um direito de ação do qual é o titular na defesa de um direito material do substituído.⁴³

Diversas são as situações em que um sujeito de direito (o substituto) diverso do titular do direito substancial, é legitimado para em nome próprio defender o direito material do substituído, porém, isso não é a regra e sim a exceção, posto que para o exercício da substituição processual é obrigatória a chancela da lei sob pena de se incorrer na extinção do processo, sem apreciação do mérito, por faltar uma das condições da ação, a legitimidade.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, “A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. (...) A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige*

agir e que deve “existir precisamente na pessoa que formula o pedido (...). A legitimação para agir é pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele (...) que foi chamado em juízo”. Assim, as pessoas legitimadas – legitimação ordinária: inaugural ou incidental – são aquelas que têm um interesse em conflito e normalmente são os indivíduos que afirmam ser titulares do direito substancial.” Severo Neto, Manoel – *Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo : J. de Oliveira, 1ª ed. 2001, pp. 91-92.

⁴² A legitimação extraordinária – inaugural ou incidental – ocorre quando a relação jurídica de ação, como um direito subjetivo público, é exercitada pelo indivíduo que não é o titular da relação jurídica de direito material, mas está autorizado (legitimado) por lei para agir na defesa do direito alheio, ocorrendo na hipótese que mais de um indivíduo está legitimado “... para a mesma e única posição no processo uma pluralidade de situações legitimantes...”, ou seja, a lei concede ao substituto que não é o titular da relação jurídica de direito substancial, o direito subjetivo público de exigir do Estado que declare a certeza ou a realização de uma relação jurídica alheia.” Severo Neto, Manoel – *Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo : J. de Oliveira, 1ª ed. 2001, p. 107.

⁴³ Severo Neto, Manoel – *Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo : J. de Oliveira, 1ª ed. 2001, pp. 104-108.

Prozeführungsbefgnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo”.⁴⁴

Quanto à **natureza jurídica da legitimação**, como não se trata da tutela de um direito próprio do ente legitimado, é certo que não se trata de legitimidade ordinária. Por outro lado, também não há substituição processual para a defesa ou interesses em juízo, pelo que não há, portanto, legitimação extraordinária.

José Carlos Barbosa Moreira, reconhecidamente o precursor, no Brasil, do estudo sistemático sobre os direitos coletivos, entende, com razão, que a legitimação do autor ideológico nas ações coletivas é ordinária, visto que o mesmo encontra-se em juízo em nome próprio, defendendo direito que, integrando o patrimônio da coletividade, não pode ser tido como alheio.

Disse ele:

“*De lege lata*, será talvez possível, em determinados casos, contornar o óbice do art. 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que neles o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse geral da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal. Desse interesse pode uma associação fazer-se titular, ela mesma, não como simples representante dos respectivos membros, nem como intérprete, em nome próprio, das pretensões paralelas de cada um deles. A associação se legitimaria, pois, em caráter ordinário, de acordo com os princípios comuns, quando se mobilizasse para postular em juízo a proteção daquele interesse geral”.

A Desembargadora do TJRJ, Marília de Castro Neves Vieira, faz os seguintes comentários: “A legitimidade para agir nas ações coletivas é, como se disse anteriormente, tema dos mais tormentosos na doutrina”.⁴⁵ Partindo da dicotomia clássica que identifica a legitimidade ativa como ordinária e extraordinária, os doutrinadores tentaram subsumir a legitimidade *ad causam* nas ações coletivas a uma das duas categorias. Alguns autores, como Kazuo Watanabe e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro entendem ser ordinária a legitimidade do autor ideológico. Ora, se é a lei que

⁴⁴ *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1866.

⁴⁵ No artigo intitulado “A Tutela dos Interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos: Legitimidade ativa e coisa julgada”, escrevendo sobre a “Legitimação para agir na defesa dos interesses transindividuais. Natureza da *legitimatío ad causam*.”

aponta os legitimados para a propositura da ação coletiva, não há que se falar em substituição processual porque, como é óbvio, o assim denominado autor “**ideológico**” está em juízo em nome próprio desincumbindo-se de munus, para o qual, muitas das vezes, terá sido especificamente criado. Esse, também, o entendimento de alguns setores da doutrina, como se depreende da afirmativa de Pedro Lenza: “Concorda-se, também, que alguns legitimados, ao proporem as ações coletivas, defendem direitos próprios – **interesses institucionais**”. A maioria da doutrina, no entanto, entende ser extraordinária a legitimação para agir nas ações coletivas, com a substituição processual da coletividade pelo **autor ideológico**. Confirmam-se, a esse propósito, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Flávio Yarshell, Teori Albino Zavascki, Marcello Vigliar, Pedro da Silva Dinamarco e outros.

Nelson Nery Jr encabeça uma terceira doutrina segundo a qual a legitimação nas ações coletivas para a defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos é **uma legitimação autônoma para a condução do processo**. Diz ele que, “a dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo “**selbständige Prozebführungsbefgnis**”: a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo”.

Para Antonio Gidi, no entanto, não há como considerar extraordinária a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos, posto que, na substituição o substituído é atingido pelos efeitos da coisa julgada, o que não ocorre na ação civil pública em defesa desses mesmos interesses, exceto quando os titulares tenham intervindo como litisconsortes. Além disso, assinala Nelson Nery que o substituto processual sempre atua em lugar de pessoa determinada, que é o substituído. Contudo, nas ações coletivas os substituídos são indetermináveis (interesse difuso) ou

indeterminados (interesse coletivo). Esse, também, o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, segundo os quais, “não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se podem aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em ‘direito alheio’, raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária”.

A doutrina, de um modo geral, entende que a legitimação para a tutela coletiva é exclusiva, concorrente e disjuntiva. É concorrente em relação aos legitimados entre si porque estes, respeitados os limites impostos pela litispendência, pela conexão, pela continência e pela coisa julgada, podem, em igualdade de condições, ajuizar a ação. É disjuntiva porque qualquer dos legitimados elencados no art. 5º da Lei 7.347/85 ou no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor poderá ajuizar a ação independentemente da anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo. É exclusiva porque, salvo as exceções legais (Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, o Dissídio Coletivo da Justiça Trabalhista, etc.), somente os legitimados já mencionados poderão ajuizar ações coletivas. A esses, Lenza junta outros dois. Diz ele que “a legitimidade ativa nas ações coletivas é, ainda, extraordinária e autônoma. Extraordinária, porque haverá sempre substituição da coletividade pelo autor ideológico. E autônoma, no sentido de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada”. De sorte que, a legitimação extraordinária, é exceção à regra já que a tutela do direito material é exercitada comumente pelo próprio titular.

É sabido que em relação à **legitimação extraordinária** ou **substituição processual**, a nossa lei se abeberou do preceito inserto no artigo 81 do **Código Italiano de Procedimento Civil**, que reza: “*Substituição processual - Fora os casos previstos expressamente na lei, ninguém poderá fazer valer no processo em nome seu, um direito alheio*”.

CARNELUTTI, ao comentar sobre **substituição processual** no **Sistema de Direito Processual Civil Italiano**, considerou que: “Até agora temos visto o poder de atuar em juízo, conferido a pessoa diversa do sujeito do interesse litigioso, *em lugar de ao próprio sujeito a quem, por distintas razões, priva-se do mesmo em todo ou em parte*. Mas o panorama da legitimação processual é bastante mais amplo.”⁴⁶

Em síntese, a questão da legitimidade ordinária ou extraordinária ainda é e será fonte de inúmeras controvérsias e neste trabalho não se pode ter a pretensão de esgotar o assunto, como é o caso da substituição processual decorrente de legitimação extraordinária para agir em nome próprio para defesa de direito alheio, que adotamos neste trabalho, como ponto de partida, sabendo de antemão que para o início do estudo desse complexo tema somente uma mínima fração será aqui tratada.

⁴⁶ Carnelutti, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Francesco Carnelutti. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ª ed. São Paulo: - Lemos e Cruz, 2004. Título original: *Sistema di diritto processuale civile*.

IV. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Uma nova visão para *legitimatío ad causam* nas tutelas dos direitos fundamentais para a consagração da *dignidade da pessoa humana*.

No direito brasileiro a lei autorizou a pessoa alheia ao direito material, a ingressar em juízo em nome próprio (uma legitimação anômala), que recebe o nome de substituição processual. O que caracteriza a substituição processual é a separação entre o titular do direito subjetivo e o exercício da ação judicial, ou seja, a cisão entre o 'dono' do direito a ser defendido e o 'dono' da ação. Nos casos ordinários fundem-se na mesma pessoa o titular do direito e o titular da ação, isto é, quem move a ação é o 'dono' do direito material; esta é a legitimidade normal. O instituto da **substituição processual** foi um avanço da Constituição de 1988, ele está disposto implicitamente no art. 5º, LXX da Carta Magna⁴⁷, e acontece **quando alguém defende direito alheio em nome próprio**. No referido artigo, a Constituição deu **legitimidade ativa**, para impetração da segurança coletiva, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional; as organizações sindicais, entidades de classe e associações constituídas legalmente e em funcionamento há mais de um ano.⁴⁸ A esta legitimação é dado o nome de extraordinária, já que o art. 6º do CPC proíbe a defesa de direito alheio, em nome próprio, salvo nas hipóteses legais.

⁴⁷ CF/88. Art. 5º - LXX – “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”.

⁴⁸ Os dispositivos que seguem são exemplos explícitos dessa inovação: 1 - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados (CF, art. 5º, LXX); 2 - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" (CF, art. 8º, III); 3 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;... (CF, art. 129, III, IV e V).

Não sem razão que a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações na arena dos direitos coletivos, refletindo, sobretudo, no instituto da substituição processual com grande relevância na definição da legitimidade de parte no processo, além de trazer enormes contribuições na seara dos direitos coletivos e difusos, como forma de explicar a legitimação para agir dos sujeitos dessa relação jurídica processual, que tanto prestígio vem recebendo nos dias atuais. A detecção desse fenômeno justifica a presença em nossa Carta Magna de dispositivos que se referem diretamente a determinadas garantias de direito, entre elas, a possibilidade do exercício da **substituição processual**. O inciso XXI traz a legitimação para as associações representarem seus filiados judicial e extrajudicialmente, quando aquelas forem expressamente autorizadas por estes, ou seja, a partir de 1988, restou assegurada de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos coletivos ou individuais homogêneos) ⁴⁹.

Interessantes são as palavras de Pietro Calamandrei buscando um sentido lógico à substituição processual, sustentou o doutrinador que a defesa em nome próprio de direito alheio é permitida porque "entre ele (parte processual) e o substituído existe uma relação ou situação jurídica de caráter substancial, pela qual, através do direito do substituído, vem o substituto a satisfazer interesse que lhe é próprio." ⁵⁰, ou seja, quem substitui possui interesse na satisfação do direito do substituído, apesar de (o direito discutido) não estar presente na sua própria esfera jurídica. Trata-se, portanto, de questão sensível que encontra necessidade de redimensionamento da legitimação para agir na defesa de interesses socialmente relevantes, pois, "a plena realização dos **princípios constitucionais** do acesso à ordem jurídica justa e da efetividade da jurisdição exige a flexibilização de certas formalidades". (SAMPAIO).

Ensina Moacyr Amaral Santos ⁵¹ ao se referir sobre o instituto da substituição processual, que Kohler e Chiovenda, dando-lhe particular atenção, batizaram com esta denominação, a qual se tornou generalizada entre os processualistas latinos. Na sua compreensão ocorre substituição processual quando alguém está legitimado para litigar

⁴⁹ Nesse sentido, confira Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado*, 14ª edição, p.773.

⁵⁰ Calamandrei, Pietro, apud José Augusto Rodrigues Pinto, *Processo Trabalhista de Conhecimento*, 6ª ed., São Paulo, LTr, 2001, pág. 182.

⁵¹ Santos, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º Vol., Saraiva, 14ª edição, p. 345.

em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. Posto assim, no Sistema de Direito Processual Brasileiro, a substituição processual é vista da seguinte forma: o substituto comparece em juízo para defender, em seu nome, direito de terceiros, consagrando espécie de legitimação extraordinária, que em face da sua excepcionalidade, somente poderá ser exercida nas hipóteses arroladas na lei, daí porque não contempla o direito brasileiro a chamada substituição processual voluntária.

A substituição processual está classificada pela doutrina pátria da seguinte forma: substituição processual inicial; substituição processual superveniente; substituição processual exclusiva; substituição processual concorrente. Há substituição processual inicial, como a própria expressão gramatical está a sugerir, quando se move a ação pelo substituto ou em face deste; superveniente, quando no curso do processo se dá a substituição do legitimado ativo, exemplo a do alienante do objeto litigioso que permanece no processo previsto no artigo 42, § 1º, CPC; exclusiva, quando somente o substituto tem a titularidade do direito de ação.⁵²⁵³ Não se pode perder de vista que as atividades do substituto são autônomas da vontade do substituído, podendo praticar todos os atos processuais permitidos às partes, a saber: produzir provas, recorrer, reconvir, etc., todavia, como a pretensão discutida em juízo não lhe pertence, não está, por outro lado, autorizado a praticar atos de disposição do direito material, como transação, renúncia e reconhecimento jurídico do pedido, salvo se o substituído anuir expressamente. Disso é possível concluir que, na substituição processual, não havendo lei reconhecendo legitimidade ao substituto, todas as demandas que agitasse como legitimado extraordinário estaria fadada à extinção sem julgamento de mérito, em face da ausência de um dos requisitos para o exercício da ação, ou seja, a *legitimatío ad casuam*.

NERY JR. afirma que a substituição processual é espécie de legitimação extraordinária. Entende-se por esta última "quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido

⁵² Como antes ocorria com a legitimidade do marido na defesa dos bens dotais da mulher, versada no artigo 289, III, do CC/1916 e revogado pelo CC/2002.

⁵³ Vide Celso Jerônimo de Souza, Ricardo Coelho de Carvalho, PROMOTORES DE JUSTIÇA-RIO BRANCO-AC, Ana Lúcia Lemos Lovisaro do Nascimento, Daniela Marques Correia de Carvalho, Janete Melo D'Albuquerque Lima, Marcos Antônio Isaac, ADVOGADOS-RIO BRANCO-AC, in *Substituição de partes e procuradores*. ampac.org.br

em juízo (...).⁵⁴ Nesse sentido, a substituição processual⁵⁵ limita-se a possibilidade permitida em lei, formada pela regra de que alguém está legitimado para litigar em Juízo em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio, dependente de **autorização legal**, ficando excluída qualquer possibilidade de apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, àquele que pleitear em nome próprio, direito alheio, quando não houver conformação com a regra do artigo 6º, do Código de Processo Civil.

Enquanto BARBI afirma que “Teoricamente, pode-se admitir um sistema em que, como regra geral, qualquer pessoa possa vir a juízo reclamar direito de outrem, apesar de, pessoalmente, não ter interesse algum nesse direito, mas, mesmo nos países socialistas, em que o princípio individualista deixou de prevalecer, a regra geral ainda é a firmada em nosso País, se bem que as exceções sejam mais numerosas”.⁵⁶

Buscando um sentido lógico à substituição processual, interessantes são as palavras de Pietro Calamandrei⁵⁷: sustentou o doutrinador que a defesa em nome próprio de direito alheio é permitida porque “entre ele (parte processual) e o substituído existe uma relação ou situação jurídica de caráter substancial, pela qual, através do direito do substituído, vem o substituto a satisfazer interesse que lhe é próprio.”, ou seja, quem substitui possui interesse na satisfação do direito do substituído, apesar de (o direito discutido) não estar presente na sua própria esfera jurídica.

Para DELGADO, “As manifestações doutrinárias identificam várias situações previstas em lei que consideram caracterizadoras de substituição processual. A enumeração das mesmas e a sua análise demonstram a elevada ascensão que esse fenômeno processual alcança na atualidade e a eficácia produzida para a solução das controvérsias apresentadas em Juízo. Em primeiro ângulo, sigo a enunciação feita por

⁵⁴ Código de Processo Civil Comentado, 4a ed. Revista dos Tribunais, 1999, págs. 388/390.

⁵⁵ **Substituição processual.** Espécie do gênero legitimação extraordinária (Arruda Alvim, *Trat.*, I, 516), substituição processual é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia (Garbagnati, *Sostituzione*, 212). Como se trata de hipótese excepcional de legitimação para a causa, somente quando expressa na lei ou decorrer do sistema é que se admite a substituição processual. “O titular do direito de ação (como autor ou réu) recebe a denominação de substituto processual e ao que se afirma titular do direito material defendido pelo substituto em juízo dá-se o nome de substituído. (apud coment. 3 CPC 6º, Nery Jr., 9ª ed. 2006. (grifei)

⁵⁶ Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I Tomo I, p. 116, FORENSE.

⁵⁷ Calamandrei, Pietro, apud José Augusto Rodrigues Pinto, *Processo Trabalhista de Conhecimento*, 6ª ed., São Paulo, LTr, 2001, pág. 182.

Moacyr Amaral Santos⁵⁸, onde destaca os seguintes casos de substituição processual: a) da atuação do marido, na defesa dos direitos referentes aos bens dotais da mulher (CC, art. 289, III); b) a atividade do denunciado à lide, que, comparecendo em Juízo à Instância do denunciante, "possa agir na defesa do direito deste" (CPC, arts. 70, I e 74)⁵⁹; c) a ação do capitão do navio que, na defesa dos interesses do proprietário do navio, requer o arresto de mercadorias da carga, visando assegurar o pagamento do frete (Código Comercial, art. 277); d) o agir do gestor de negócios, em defesa dos direitos do gerido (CC, art. 1.331)⁶⁰; e) o atuar do Ministério Público, em nome próprio, na defesa dos interesses de ausentes; e f) o do cidadão proponente de ação popular, na defesa dos interesses da coletividade.

Há, ainda, em nosso ordenamento jurídico positivo, outros casos de substituição processual. Ei-los: a) o do art. 3º, da Lei de Mandado de Segurança, que permite ao titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente; b) o previsto no art. 24, da Lei n. 818, de 18-9-49, que regula a aquisição, a perda e a aquisição da nacionalização, e a perda dos direitos políticos, ao permitir que o processo para cancelamento da naturalização possa ser iniciado mediante solicitação do Ministério da Justiça ou representação de qualquer pessoa; c) o registrado no art. 35, da Lei n. 818, de 1949, já identificada, que autoriza ao Ministério Público Federal ou a qualquer cidadão promover ação para declarar a nulidade de ato de naturalização,

⁵⁸ Na obra *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 7ª ed., São Paulo, 1980, vol. I.

⁵⁹ Para Francisco Barros Dias, essa situação é controvertida. Dou-lhe o lugar: "há autores que mencionam a denunciação à lide do alienante (art. 70, I, CPC), como sendo caso de substituição processual, dentre eles José Frederico Marques (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, Saraiva, 4ª ed., p. 252) e José Augusto Delgado, Juiz Federal no Rio Grande do Norte, em trabalho de grande prestígio - *Aspectos Controvertidos da Substituição Processual*. Separata, RF, vol. 298, p. 62". Em que pese a autoridade dos mestres, estamos com a doutrina de Ephraim de Campos, quando afirma que "embora a hipótese seja caso de legitimação extraordinária (enquanto atua o denunciado-alienante ao lado do denunciante), não é caso de substituição processual, pois o adquirente (denunciante) está presente no processo como litisconsorte (como parte) (*ob. cit.* p. 51)" (*In Substituição Processual. Algumas Hipóteses da Nova Constituição*, publicado na revista já mencionada anteriormente). 21 Reflexões sobre a Substituição Processual

⁶⁰ A prestação jurisdicional pedida pelo gestor de negócio não é tratada, de modo pacífico, pela doutrina como sendo caso de substituição processual. Não tenho dúvida em aceitar com tal configuração processual, haja vista que os argumentos apresentados pela corrente contrária se situam na natureza jurídica do instituto, logicamente, com base no direito material. O que deve ser visualizado é a relação jurídica de direito formal que se estabelece entre o gestor de negócio e a parte contrária, em defesa dos direitos do gerido. Pouco importa o resultado a ser alcançado e a aprovação ou não pelo gerido. 22 Reflexões sobre a Substituição Processual

quando ficar provado que foi obtido por meio de falsidade ideológica ou material de qualquer dos documentos exigidos para a sua aquisição; d) o previsto no CC, art. 208, parágrafo único, II, que consente ao Ministério Público promover a declaração de nulidade, dentro de dois anos, a contar da celebração de casamento contraído perante autoridade incompetente, salvo se já houver falecido algum dos cônjuges; e) a possibilidade de qualquer dos coerdeiros reclamarem a universalidade da herança ao terceiro que indevidamente a possui (art. 1.580, parágrafo único, do CC); f) a função que exerce o marido com a colaboração da mulher, como chefe da sociedade conjugal, de substituto processual legal da família na defesa dos bens comuns e dos particulares da mulher (art. 233, CC); g) a legitimação do Ministério Público para propor ação civil indenizatória em favor da vítima do crime quando a mesma for pobre; h) o agir do Ministério Público para conseguir a especialização de hipoteca legal para garantir direito de incapaz; i) a presença do Ministério Público no processo, na defesa do revel citado por edital ou com hora certa, quando for o caso (curadoria de ausentes); j) a possibilidade de qualquer condômino reivindicar a coisa comum em poder de terceiros, conforme autorização contida no art. 623, II, CC; l) a condição processual dada a qualquer acionista de promover a anulação de assembléia de sociedade anônima que decida em prejuízo dos interesses da sociedade ou dos sócios, na forma do art. 286, da Lei n. 6.404/76; m) a legitimação processual outorgada aos credores para promoverem ação revocatória, quando, no prazo de 30 dias, o síndico não o faz, em benefício da massa (art. 55, da Lei de Falências). Na doutrina, há autores que identificam, ainda, como expressões pacíficas de substituição processual, outras situações, como, por exemplo, a cobrança pelo IAPAS, através do executivo fiscal, das dívidas para com o FGTS e a defesa que a OAB faz dos interesses gerais da classe dos advogados com relação ao exercício da profissão, ou seja, a casuística da substituição processual não se esgota nas espécies contidas no rol acima, eis que as manifestações jurisprudenciais de vez em quando estão identificando no interior de legislações voltadas para assuntos especiais a presença desse instituto, o que denota a sua aceitação crescente no âmbito do direito processual.

Ora, para que a substituição processual tenha sentido, é preciso reconhecer que os efeitos da sentença, inclusive a coisa julgada, atingem o substituído. Na verdade, a sentença “é dada” ao substituído mais do que ao substituto. Contorna-se o problema,

com a afirmação de que o substituído é parte, mas em sentido material. Há os que condenam esta expressão, “partes em sentido material”, pela possível implicação de que o substituído seria sujeito de uma relação de direito material. Mas não se trata disso. O substituído é parte no processo. No plano do direito material, pode não ser parte da relação jurídica afirmada, que pode nem existir. Pode não ter razão e não merecer proteção jurisdicional. Pode-se substituir a condenada expressão por esta outra: sujeitos da lide. Temos, então, no processo, como partes, o autor e o réu; nele ou fora dele, os sujeitos da lide. É sobre a lide que versa a sentença, ainda que no processo não estejam seus sujeitos, mas substitutos processuais. Seja qual for a nomenclatura adotada, uma coisa terá ficado claro: há, no processo, sujeitos que praticam atos processuais; outros que sofrem os efeitos desses atos, ainda que nele não atuem.

Dessume-se que o instituto da substituição processual constitucional, reforçando seu conceito, de uma tutela jurídica em nome próprio de um direito alheio, disposto implicitamente no art. 5º da Carta Magna de 1988, não avançou na ordem infraconstitucional que não acompanhou o vigente ordenamento constitucional brasileiro, que introduziu primorosos princípios na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, eis que essa regra, de alguém defender direito alheio em nome próprio limita-se a ordem jurídica imposta pelo artigo 6º do Código de Processo Civil.

V. CONSIDERAÇÕES GERAIS: do Legal ao Social.

O presente estudo, ainda que de forma sintética, caminha na seara interpretativa dos diversos princípios jurídicos, em especial àqueles aplicáveis ao processo civil, introduzidos pela Constituição Federal de 1988, tornando possível perceber que os princípios constitucionais visam a todo instante a proteção dos cidadãos perante o Estado, enquanto que o Código de Processo Civil é expresso a respeito do interesse e da legitimidade para propor ou contestar a ação, o que implica dizer que a substituição processual (legitimação extraordinária) limita-se a possibilidade permitida em lei, ou seja, dependente de autorização legal – e não judicial –, restando, portanto, excluída, pelo artigo 6º do Código de Processo Civil, qualquer possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão a direito alheio, em nome próprio (legitimação ordinária), quando não houver autorização legal, mesmo em favor de cidadão socialmente excluído, restando – este – destituído da garantia constitucional do acesso à justiça, ou seja, do direito de postular tutelas jurisdicionais adequadas, para receber quaisquer dos direitos constitucionalmente previstos, isto porque persiste a "omissão" do Estado-legislador em desfavor do cidadão, eis que a Constituição Federal já lhes garantiu o direito de percepção, restando preenchidos os requisitos básicos que a própria Carta elencou o que dá ensejo a possível alteração estabelecendo regras que norteiem a relação jurídica processual a fim de assegurar o regular desenvolvimento do processo.

Segundo Nery Júnior: o “aspecto da garantia constitucional do direito de ação verifica-se que, se não tiverem preenchidas as condições da ação (art. 267, n. VI, do CPC), a causa não receberá sentença de mérito, sem que isto implique ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição”. Ocorre que a chancela legal não se faz presente em todas as situações individuais, mormente em favor daqueles desprovidos de condições mínimas para exercê-las, por si mesmo ou por procurador constituído, a exemplo da população de excluídos que nascem, reproduzem e morrem nas ruas, não têm sequer CEP, Registro Civil, RG, CPF etc., vivem num País onde o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente expresso, “convive com subhomens

empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies, produzidos por um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens.” (ROCHA).

Faltam-lhes, portanto, justiça e dignidade, como pessoa (ser humano), exatamente, no sentido de judicialização⁶¹, ou seja, de submeter a uma instância judiciária a solução de conflitos, mesmo sendo estes seus direitos fundamentais.⁶² Nesses casos, os valores fundamentais dos direitos e garantias individuais,⁶³ que constitui o lastro principiológico do Direito Constitucional, sobrepõem-se a qualquer regra processual cujos efeitos práticos e específicos venham a impedir o pleno exercício de direitos fundamentais pelo indivíduo. Embora a nossa doutrina, ainda, não entenda desta forma, peço *venia*, aos mestres, para discordar, posto que esse rigorismo legal acaba por limitar a apreciação do Poder Judiciário, noutras circunstâncias, de lesão ou ameaça a direito, em antinomia com a Carta Magna de 1988, que prevê, sem qualquer exceção, no inciso XXXV, do artigo 5º, a garantia do direito de ação a todo cidadão,⁶⁴ como instrumento processual imprescindível para a concretização da prestação

⁶¹ Nogueira, Roberto Wanderley. *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 82. A juridicização significa que tudo no *socius* passa a regular-se por meio de normas jurídicas, justamente aquelas que o sistema jurídico reconhece como válidas para produzirem efeitos em um determinado tempo e lugar, estando fundadas na autoridade estatal (soberania) que se expressa por uma Carta Política (Constituição).

⁶² “Expressão alemã, ou também chamada de direito dos homens, direitos humanos, expressões anglo-saxônicas e latinas, que foram incorporadas pela Constituição de 1988” (BONAVIDES, Paulo. Curso..., cit., p. 472).

⁶³ Direitos individuais são aqueles do indivíduo isolado. É terminologia usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Lendo a Carta Magna, encontramos: a) **direitos individuais** explícitos, os enunciados explicitamente no artigo 5º; b) **direitos individuais** implícitos, os subentendidos nas regras de **garantias**, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); e c) **direitos individuais** decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, os quais não são nem explícita nem implicitamente enumerados. LIMA, Máriton Silva. **Direitos humanos, direitos e garantias fundamentais individuais** e coletivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1300, 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9416>>. Acesso em: 12/04/2010.

⁶⁴ CF/88, ART. 5º - XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

jurisdicional. A norma constitucional elaborada pelo constituinte para ser aplicada pelo órgão legiferante e por outras autoridades competentes é um fator de controle social, por prescrever condutas.

Segundo DINIZ, “o direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências da vida. A evolução social traz em si novos fatos, de modo que os órgãos competentes passam a elaborar novas normas; juízes e tribunais, freqüentemente, estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. O direito é um dado que abrange experiências que se completam, como as históricas, as antropológicas, as sociológicas, as psicológicas, as axiológicas etc.⁶⁵ A experiência jurídica contém, portanto, uma imensidão de dados heterogêneos; ante a sua grande complexidade constitutiva, não se reduz à singeleza de um só elemento: o normativo. As normas jurídicas são partes de um âmbito maior, que é o direito, sendo assim não esgotam a totalidade do direito, nem podem identificar-se com ele. O direito seria uma ordenação heterônoma das relações sociais, baseada numa integração normativa de fatos e valores”.

Por esta razão é que ousamos defender a instituição da substituição processual social (inclusiva), em que a legitimidade para ajuizamento das tutelas judiciais individuais se torne ampla e capaz de permitir, através do estabelecimento de normas de desenvolvimento processual aditivas ao artigo 6º do Código de Processo Civil, que proporcionem condições para legitimar extraordinariamente outrem, dando-lhe o acesso ao Judiciário, independente do pólo em que irá figurar na demanda, ou seja, integre a situação legitimante (BEDAQUE), para que possa atuar em juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, em favor de pessoas desprovidas de condições mínimas para exercer esse direito, capaz de garantir acessibilidade a todos os que batem as portas do Estado-juiz, assim considerados como pacientes, contemplando-os com o “princípio da inafastabilidade da jurisdição, também nominado direito de ação, ou princípio do livre

⁶⁵ Sobre o assunto veja os estudos do Professor Lourival Vilanova, *Lógica, ciência do direito e direito*, in *Filosofia-II, Anais do Congresso Interamericano de Filosofia*, p. 535.

acesso ao Judiciário, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiqüidade da Justiça” (LENZA).⁶⁶

Podemos trazer como exemplo o *habeas corpus*, que possibilita pleitear em nome próprio direito individual alheio, eis que segundo Moraes⁶⁷: “A legitimidade para ajuizamento do *habeas corpus* é um atributo de personalidade, não se exigindo a capacidade de estar em juízo, nem a capacidade postulatória, sendo uma verdadeira ação (penal) popular.⁶⁸ Na ação constitucional de *habeas corpus*, qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política, profissional, de idade, sexo, profissão, estado mental, pode fazer em benefício próprio ou alheio, não há impedimento para que dele se utilize pessoa menor de idade, insana mental, mesmo sem estar representado ou assistido por outrem, o analfabeto, também, desde que alguém assine a petição a rogo, poderá ajuizar a ação de *habeas corpus*.”

A importância do amplo e irrestrito acesso ao judiciário também se revela em José Afonso da Silva⁶⁹, quando este ensina que: “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos”. Segundo Ferraresi, “A procura pela melhor opção é uma preocupação geral, basta ver que o direito processual do

⁶⁶ Lenza, Pedro. op. cit., p. 773.

⁶⁷ Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 128.

⁶⁸ “Quando se discute a natureza da **legitimidade** do cidadão ao ajuizar uma **ação popular**, a problemática se atém em torno da titularidade dos interesses colocados em conflitos. Estes, assim chamados de difusos, alcançam não apenas o indivíduo legitimado a propor o remédio constitucional, mas também toda a coletividade a qual está inserido. Em assim sendo, estaria o cidadão agindo em defesa de um direito de que detém a titularidade, correspondendo à modalidade ordinária do art. 6º do CPC, ou em defesa do interesse de todos os demais cidadãos, expressão da legitimação extraordinária? Diante dos argumentos colocados com vistas a pôr fim a quaisquer dúvidas acerca da natureza dessa legitimação, parece-nos mais adequado optar pela solução proposta por Nelson e Rosa Nery e Rodolfo de Camargo Mancuso. A **legitimidade** do cidadão-autor é específica das ações de caráter coletivo, referentes a interesses do próprio postulante da **ação** e dos demais membros da sociedade em que está inserido. Pretender classificá-la como puramente ordinária ou extraordinária seria o mesmo que negar a titularidade do interesse difuso em jogo ao cidadão ou à coletividade, uma vez que ambas são concorrentes em relação a interesses desse gênero. Não haveria, portanto, como separar as duas espécies de **legitimidade** quando o cidadão ingressasse com uma **ação popular**. Os pontos de contato entre ambas são inegáveis, agindo o autor **popular** tanto em defesa de um interesse próprio, como em defesa de um interesse de toda a coletividade. “Porque se trata de um caso especial, o cidadão-autor da ação popular exerce o seu direito no papel de legitimado autônomo ou, como melhor soar para o caso, anômalo do tipo misto.” Apud: VON SÖHSTEN, Daniela Cavalcanti. **Legitimidade do cidadão na ação popular . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 852, 2 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7512>>.

⁶⁹ Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 410.

século XXI adquire novo semblante, pois indissociável dos direitos fundamentais”⁷⁰, o que significa dizer que os princípios consagrados constitucionalmente garantem ao cidadão o livre acesso ao poder judiciário, a fim de proteger ou reparar dano a direito seu, sendo julgado por órgão competente, juiz imparcial, através de atos públicos, com provas lícitas e legítimas e com decisão fundamentada: “O estudo do Direito (e do processo, em particular), só encontra razão se feito para promover a felicidade humana. De nada adianta sistematizar institutos, escrever ensaios, se o objetivo maior não for melhorar a vida das pessoas.”⁷¹

Em termos concretos, evidenciam-se na fase de admissibilidade da petição inicial e no exame da congruência entre o pedido e a providência judicial a serem outorgados, momentos que exigem, por parte do Juiz, a valoração das circunstâncias fáticas para aplicação das normas processuais. A interpretação dos fatos sociais e do sistema jurídico, tarefa que se atribui aos juizes, é, destarte, fundamental à manutenção do *status quo* ou para as transformações sociais, como relevo na iniciativa da representação dos magistrados brasileiros no sentido de tentar diminuir o fosso que separa o Poder Judiciário do povo (CALDAS, 1998)⁷². Os Juizes, de um modo especial, quando exercitam a interpretação das normas, podem ser responsáveis pela promoção, pela efetivação do bem estar. Nesse sentido, aliás, a regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Ora, o dinamismo com que evoluem as relações sociais, caminha no sentido da inclusão dessa possibilidade no direito processual, contextualizada na visão propositiva da “Transcendência Inclusiva: do Legal ao Social” (NOGUEIRA), cuja “titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada da esfera exclusiva do indivíduo para incidir na relação cidadão-sociedade” (AGRA), suprimindo a falta da outorga legal, decorrente da demora na produção legislativa, esta, com freqüente falta de precisão na formulação dos textos.

⁷⁰ Ferraresi, Eurico, 1968 – Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. p. 1.

⁷¹ Ferraresi, Eurico, 1968 – Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. p. 2.

⁷² Caldas, Simone. Imagem Arranhada. *Revista Anamatra*. Brasília: Anamatra, Ano X, n. 35 (out/1998), p. 14-15.

A evolução da atividade judicante ao longo do tempo decorreu das recorrentes situações que emergiram das relações sociais, da organização político - econômica do Estado. Pode-se perceber que a organização social, econômica e política reclamam um juiz atuante, despreendido de preconceitos, ligado ao ideal de justiça. Para tanto alcançar é necessário que o juiz cada vez mais se aperceba das minúcias que regem as relações e que não se isole num crepúsculo estruturado por normas abstratas sem correlação com o mundo fático. Pode-se indagar de permeio a razão desta referencia ao Juiz, a resposta sobressai-se na oportuna a lição de NERY JÚNIOR, ao dispor que “A inafastabilidade da jurisdição faz com que o magistrado não se exima de sentenciar alegando obscuridade ou lacuna na lei (CPC 126), devendo, quando isto ocorrer, utilizar-se dos costumes, dos princípios gerais de direito e da analogia. Sua decisão, entretanto, será livre porque o juiz possui independência jurídica, vale dizer, livre convencimento”; continua o mestre: “A doutrina da plenitude lógica do direito, segundo a qual todas as manifestações e comportamento do homem frente ao direito devem ser resolvidas pelos institutos existentes no ordenamento jurídico, tem sido combatida pela doutrina moderna, que bem demonstra a existência de lacunas no direito positivo, que devem ser preenchidas pelo trabalho construtivo da jurisprudência. Lacuna, num sentido amplo, é a ausência de disposição legal que regule determinada situação jurídica, razão pela qual alguns a caracterizam como sendo as imperfeições da lei consideradas em seus dois aspectos: as imperfeições de conteúdo, ou lacunas próprias, e as imperfeições técnicas, isto é, lacunas impróprias”, e mais, “Constatada a existência da lacuna, surge o problema de completá-la, exigindo do intérprete um processo lógico composto de vários fatores.

Na doutrina internacional há numerosas tratativas sobre o processo e a integração das lacunas, configurando panorama que tem sido acompanhado de perto pelos juristas pátrios. No entanto, à vista do conteúdo do princípio constitucional do direito de ação, aliado àqueloutro da indeclinabilidade da jurisdição, forçoso é concluir que a norma da LICC 4º foi amplamente recepcionada pela nova ordem constitucional instaurada no Brasil com o advento da CF de 1988. Com efeito, diz a LICC 4º que, ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. No mesmo sentido, o CPC 126 estabelece que ‘o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No

juízo da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito’.

Vê-se, portanto, que no sistema jurídico brasileiro há expressa autorização legal para que o juiz integre a lacuna utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.⁷³ Sabe-se que o Judiciário brasileiro ainda está distante do povo, mas é alvissareiro notar que há um movimento e uma prática crescentes na sociedade e na magistratura, ao menos desde a Constituição de 1988, no sentido de tornar esse Poder mais próximo do povo, de onde verdadeiramente o poder emana e para o qual ele deve ser exercido.

FERREIRA FILHO ao analisar *A Constituição de Weimar e os Direitos Sociais*, e depois de traçar o quadro histórico daquele momento, arrima-se em MIRKINE GUÉTZÉ-VITCH, para afirmar que:

“o Estado moderno não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo”.

E prossegue:

“Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de *exigir*. São ‘direitos de crédito’, o que faz com que, ainda em suas palavras, “o sujeito passivo desses é o Estado. É este posto como o responsável pelo atendimento aos *direitos sociais*”.⁷⁴

Seguindo essa regra, o que se visa nesse trabalho é que alguém (substituto), agindo em favor de outrem (substituído), defenda em nome próprio os direitos daquele outro, excluído socialmente, proporcionando-lhe, gratuitamente,⁷⁵ o acesso ao judiciário

⁷³ Nery Junior, Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo / Nelson Nery Júnior. – 9ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 184-186.*

⁷⁴ Apud IVO DANTAS, *Direitos Individuais e Coletivos, in Tratado de Direito Constitucional, v. 1/ coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 453.*

⁷⁵ Demandar requer adiantamento de custas processuais, contratação de advogado e despesas eventuais com autenticação de documentos e auxiliares da justiça (perito, intérpretes, tradutores etc.). Sabidamente, os organismos que ministram assistência judiciária gratuita não são em número e em locais necessários ao atendimento da demanda real da população. A experiência no foro nos proporciona o conhecimento de

por meio de tutela individual, devendo, caso a caso, o substituído, em dia designado, comparecer perante o Juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida e do mais que lhe parecer necessário, pondo a termo nos autos as perguntas e respostas, determinando, se for o caso, a publicação de editais, com prazos determinados, para ciência de terceiros interessados e das Fazendas Públicas, para empós autorizar a admissibilidade da petição inicial e o prosseguimento da lide, restando assim preenchidas as condições da ação, cujo exercício postulatório se fará através de advogado,⁷⁶ público ou privado, posto que a indispensabilidade do advogado provém do fato de que ele é o instrumento para que os cidadãos possam ter restabelecidos os seus direitos afrontados.

que até o gasto com transporte é obstáculo à ida das pessoas à justiça, o que é de compreensão quando se sabe que 42,6 milhões de pessoas no país estão abaixo da linha da pobreza, segundo dados da Fundação Getúlio Vargas. SPITZ, Clarice. Pobreza cai, mas ainda atinge 42,6 milhões de brasileiros, diz FGV. **Folha on line**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u111200.shtml>. Acesso em: 22/09/2006.

⁷⁶ EAOAB – Lei nº 8.906/94: “Art. 1º. São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.”

VI. O JUIZ NA FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA INCLUSIVA.

A Constituição brasileira foi dividida em duas partes distintas – uma protege os interesses minoritários e outra em que prevalece a vontade da maioria. Desse modo, a leitura e a interpretação da lei fundamental devem ser feita de dois modos diferentes, dependendo da natureza da norma submetida a exame. Diante dessas considerações, vê-se que o trabalho do Juiz tem se conduzido na formação da *consciência inclusiva* e também na *efetivação da inclusão*, convictos de que não é permitida a interpretação linear, em uma ótica axiológica equalizadora, como se todos os dispositivos constitucionais incorporassem valores paritários, de igual intensidade e mesmos pesos jurídicos (SILVEIRA), isto pela crescente atenção que os Juízes têm recebido dos demais atores sociais no que respeita ao seu trabalho para a efetivação de direitos à consciência inclusiva, sua formação e informação, sobretudo a partir da constatação da exclusão, da avaliação de alguns dos fatores que a promovem e a partir da perspectiva de substancial alteração no *status quo* a partir da difusão de políticas inclusivas e da atuação jurisdicional inclusiva a partir do qual exerce importância fundamental para a efetivação de direitos.

Já não há lugar para magistrados recalcitrantes em sua pretensão obstinada de perpetuar o direito não raro divorciado da realidade e de se conservarem refratários à mudança dos tempos – o magistrado – “boca da lei” de Montesquieu. A densidade normativa dos princípios constitucionalizou todos os ramos do direito; fez a idade das Constituições suceder a dos códigos e rasgou horizontes a uma sólida compreensão sistêmica do Direito, qual conjunto integralizante e estruturante de normas e valores (BONAVIDES).

E, a inclusão é, no seu sentido etimológico, a ação de pôr para dentro. Nesse caso, pôr para dentro as pessoas que estão fora, os periféricos ou marginais. Não para dentro de um lugar específico, por óbvio, mas, para permitir que todas as pessoas participem em igualdade de condições dos bens sociais e, o deles mais fundamental, o de atuar com percepção de poder para a realização pessoal e para as transformações do mundo. A juridicização significa que tudo no *socius* passa a regular-se por meio de

normas jurídicas, justamente aquelas que o sistema jurídico reconhece como válidas para produzirem efeitos em um determinado tempo e lugar, estando fundadas na autoridade estatal (soberania) que se expressa por uma Carta Política (Constituição).⁷⁷

É nesse sentido a hermenêutica inclusiva, na aplicação pelos juízes do princípio do – *in dubio pro inclusão* – (MOTA, 2009)⁷⁸, análogo aos que são praticados no Direito do Trabalho – *in dubio pro operário* – (PLÁ RODRIGUEZ, 1993)⁷⁹ e no Direito Penal – *in dubio pro réu* – (MORAES FILHO, 2006)⁸⁰. Com base no princípio do *in dubio pro inclusão*, toda vez que o magistrado tiver de optar, no caso concreto, por uma interpretação entre diversas situações, ele deverá escolher aquela que, objetivamente, proporcione a inclusão. Entre transformação e petrificação das condições das pessoas, deverá optar por promover a transformação, ou seja, existem direitos que são mais relevantes do que outros, tendo em vista os bens da vida protegidos, considerados direitos inalienáveis do indivíduo, de maneira que pela importância que tais direitos têm são considerados direitos fundamentais e, assim, encontram proteção diretamente na constituição.

É inconcebível imaginar-se o Direito Processual apenas a partir dos códigos de processo e das leis processuais infraconstitucionais extravagantes. Esse suposto isolamento não existe (SOUZA). Merecem louvor as alterações promovidas no Código de Processo Civil, muito delas de iniciativa da corporação máxima dos juízes, com o objetivo de dotar o processo civil brasileiro de mecanismos que proporcionem celeridade e efetividade à atividade jurisdicional. Nesse contexto, as sociedades periféricas, culturalmente atrasadas, reclamam à existência de um sistema de normas que estatua com clareza os objetivos sociais, que preveja mecanismos de repressão às infrações legais e uma estrutura judicial apta à efetivação das normas e, por

⁷⁷ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 82.

⁷⁸ MOTA, Marcílio Florêncio. O papel do juiz na produção da consciência inclusiva e para a efetivação da inclusão. O juiz cidadão e agente político. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2238, 17 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13338>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁷⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1993.

⁸⁰ MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Reflexões atuais sobre a questão penal*. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_2.html. Acesso em 28/09/2006.

consequente, do bem comum.⁸¹ O cidadão atua em cooperação com a outra pessoa para que ela possa se realizar pelo próprio trabalho e a partir da ajuda que ministrará às outras pessoas para o descobrimento do papel delas no mundo. Sendo relevante a iniciativa da representação dos magistrados brasileiros no sentido de tentar diminuir o fosso que separa o Poder Judiciário do povo a partir da mudança na forma dos operadores jurídicos expressarem suas petições, manifestações orais e decisões. CALDAS, 1998⁸²

Por outro lado, os Juizes, de um modo especial, quando exercitam a interpretação das normas, podem ser responsáveis pela promoção, pela efetivação do bem estar. Nesse sentido, aliás, a regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n.4.657, de 04 de setembro de 1942. O Poder Judiciário, assim, pode ser depositário de grandes expectativas sociais e no Brasil há um sentimento assim, que é expresso pelo que se denomina na doutrina do Direito Constitucional de "Densificação da Jurisdição Constitucional" (AGRA 2005).⁸³

O Poder Judiciário por sua vez e por seus Juizes bem expressa e justifica os pensamentos em contradição. A interpretação dos fatos sociais e do sistema jurídico, tarefa que se atribui aos juizes, é, destarte, fundamental à manutenção do *status quo* ou para as transformações sociais. Por outro lado, ser agente de manutenção ou de transformação é escolha que se impõe ao Juiz, e que, como sabemos, é também comprometida por sua formação e pela consciência que ele possua do relevante papel social que exerce.

Daí a afirmação de NERY JR, segundo a qual: "A idéia de que o juiz deve decidir a causa interpretando a lei segundo seus fins sociais e as exigências do bem comum parecem autorizar a prática do uso alternativo do direito, que parte do fato para depois analisar a norma. Não há ofensa ao estado de direito, como têm apregoados alguns. O que existe, na verdade, é uma grande celeuma em torno da questão, em face do desenvolvimento da *jurisprudência alternativa*, movimento que tem ganhado corpo

⁸¹ MOTA, Márcio Florêncio. O papel do juiz na produção da consciência inclusiva e para a efetivação da inclusão. O juiz cidadão e agente político. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2238, 17 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13338>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁸² CALDAS, Simone. Imagem Arranhada. Revista Anamatra. Brasília: Anamatra, Ano X, n. 35 (out/1998), p. 14-15.

⁸³ AGRA, Walber de Moura. A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

na Itália, onde o magistrado não tem os poderes instrutórios do juiz brasileiro, nem os instrumentos legais de aplicação da lei que dispomos”.

E prossegue aduzindo que: “A aplicação do direito pelo método da *justiça alternativa*, portanto, nem ofende o *estado de direito*, nem tem a dimensão que se lhe pretende atribuir, já que o direito positivo brasileiro concede autorização para o juiz interpretar a norma segundo seus fins sociais e em atendimento ao bem comum, postulados principais da escola da justiça alternativa. É importante não confundir a integração das lacunas pelo juiz, quando lhe for apresentado pedido que não esteja previsto (admitido ou vedado) na lei, com a possibilidade de o magistrado aplicar os princípios constitucionais ao caso concreto, quando ausente regulamentação infraconstitucional a respeito.”⁸⁴

Desta sorte, a atividade judicante reclama um juiz capaz de valorar os fatos e as situações que lhe são apresentadas de modo a não somente entregar a solução fria da subsunção do fato a norma, mais uma solução que tenha calor humano e seja capaz de dignificar a atividade judicante, que tenha o condão de imprimir justiça ao caso concreto, dado que não pode estar indiferente ao resultado da causa dentro do anseio de justiça. O mundo jurídico lida com valores, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma.⁸⁵

⁸⁴ Nery Junior, Nelson. Princípios de processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo / Nelson Nery Júnior. – 9ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 187-188.

⁸⁵ Vide DESPACHO JUDICIAL. DECISÃO PROFERIDA PELO JUIZ RAFAEL GONÇALVES DE PAULA NOS AUTOS DO PROC Nº 124/03 - 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO: DESPACHO POUCO COMUM. A Escola Nacional de Magistratura incluiu em seu banco de sentenças, o despacho pouco comum do juiz Rafael Gonçalves de Paula, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, em Tocantins. A entidade considerou de bom senso a decisão de seu associado, mandando soltar Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, detidos sob acusação de furtarem duas melancias: **DECISÃO. Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engratados e dos políticos do mensalão deste governo, que sonégam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional)... Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia**

A atividade judicante requer um sentimento de respeito ao próximo, submissão à dignidade das pessoas e, em especial, firmeza em não deixar prevalecer no processo maior capacidade de uma parte sobre a outra, seja econômica, social, técnica ou cultural. LÍDIA REIS assevera que: “(...) o juiz moderno compreende que lhe é exigida a imparcialidade, no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e à recusa em estabelecer distinções em razão das pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas”.

O Juiz na sua intervenção no processo deverá orientar na busca do resultado útil, portanto, deve ser prudente e zeloso na busca da justiça em cada caso, empenhado em bem exercer sua profissão, fazendo vitorioso aquele que tem o melhor direito, não perdendo de vista, estar respaldado o judiciário por seres pensantes e capazes de perceber o sofrimento da parte que reclama por um direito notório e incontestado.

LÍDIA REIS⁸⁶ traça, ainda, importante histórico na atuação do juiz: (...) Após a **revolução francesa**, a vitória da burguesia trouxe para o pensamento jurídico a tendência da preservação dos interesses individuais, limitados apenas pela norma, expressão dos ideais coletivos. Dessa tendência decorreram como conseqüências, um extremo apego à lei na interpretação e aplicação do Direito pelo juiz, assim como a proibição imposta ao Judiciário, de participar da criação jurídica, atividade exclusiva do Legislativo, órgão representante da vontade popular.

Tais conseqüências reforçavam o ideal de neutralidade do magistrado, porém, o juiz não está adstrito somente à atividade de julgar, deve o magistrado, imbuir-se de

aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário apesar da promessa deste presidente que muito fala, nada sabe e pouco faz. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. **Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se. Rafael Gonçalves de Paula. Juiz de Direito.**

⁸⁶ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *Neutralidade e imparcialidade dos juizes* – Revista IBDFAM. 2003. http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/interdisciplinaridade/psico/copy_of_juizes. Acesso em: 02 set. 2006.

comprometimento na prestação jurisdicional, de modo que as partes sofram o menor desgaste possível com o processo, principalmente a parte a quem a razão aparenta assistir, que deve estar o foco da atividade judicante, óbvio que sem desprestigiar a outra parte em todos os seus direitos e garantias processuais. Assim, numa linha muito tênue, deve o juiz trafegar atento a todas as sinalizações endoprocessuais que reluzem para o legítimo direito. (ANDERSON, *Dos deveres do Juiz*).

Nos remotos tempos pensava-se que o juiz estava adstrito apenas à aplicação mecânica da norma ao fato, olhando apenas a letra fria da lei, prestigiando apenas um mero silogismo, em que a premissa maior seria a lei, a menor, o fato e a conclusão: a sentença. Percebendo, desta sorte, que em nada sobressaltava ao juiz ser atencioso aos fatos a ele apresentado e ao deslinde da causa caso tenha que agir mecanicamente. Portanto, o referido dogma da neutralidade, na realidade, prestou um desserviço ao principal objetivo da sentença, a realização da justiça.

É preciso salientar que entre a posição de Hans Kelsen, de um lado, e o ponto de vista de Legaz y Lacambra, Josef Esser, Arnaldo Vasconcelos, Robert Alexy, Eros Roberto Grau e Paulo Bonavides, de outro lado, há uma grande distância, sobretudo na conclusão, que é o que mais interessa, na medida em que o primeiro sustenta a não obrigatoriedade dos princípios jurídicos, enquanto os demais afirmam que os princípios jurídicos têm vinculação e impositividade (SOUZA).

FRANK⁸⁷ apud LÍDIA REIS “ressaltou o caráter criador da sentença, bem como a importância, na decisão, da pessoa do magistrado e de seus conteúdos internos. Para ele, nas sociedades complexas, as decisões jurídicas apresentam um caráter plástico e mutável, com a finalidade de amoldarem-se às cambiantes circunstâncias da vida social”. E que “as normas gerais consistem em apenas um dos ingredientes presentes na sentença. Todavia, o mesmo autor não esquece a importância do fato de que as normas, os princípios jurídicos nelas contidos, os precedentes jurisprudenciais, os valores gerais contribuem para a formação dessas intuições”.

⁸⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*, New York, Anchor Books/Doubleday & Company, Inc., 1948 apud PRADO, Lídia Reis de Almeida. *Neutralidade e imparcialidade dos juizes*. Disponível em: http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/interdisciplinaridade/psico/copy_of_juizes. . Acesso em: 02 setembro de 2006.

Nesse sentido, o acesso das pessoas ao Poder Judiciário é comprometido, primordialmente, pelo custo econômico da provocação da atividade jurisdicional (PASETTI, 2002).⁸⁸ Demandar requer adiantamento de custas processuais, contratação de advogado e despesas eventuais com autenticação de documentos e auxiliares da justiça (perito, intérpretes, tradutores etc.). Sabidamente, os organismos que ministram assistência judiciária gratuita não são em número e em locais necessários ao atendimento da demanda real da população. Tem mais. A nossa experiência no foro nos proporciona o conhecimento de que até o gasto com transporte é obstáculo à ida das pessoas à justiça, o que é de compreensão quando se sabe que 42,6 milhões de pessoas no país estão abaixo da linha da pobreza, segundo dados da Fundação Getúlio Vargas (SPITZ, 2006).⁸⁹

Como afirmado por Francisco Wildo Lacerda Dantas, admitindo-se que ao Estado caiba suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real, entende-se que a célebre equidistância do juiz no processo deva ser adequadamente temperada, atribuindo-lhe poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva colaboração e cooperação das partes no contraditório, para que, mediante uma efetiva colaboração e cooperação das partes, se alcance um processo justo.⁹⁰

Segundo DINIZ⁹¹, os revolucionários franceses ao afirmarem, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 6 de agosto de 1789, no art. 16, que “toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, e a separação de poderes determinada, não possui, em absoluto, Constituição”, erigiram a separação de poderes como condição imprescindível para o estabelecimento de um governo constitucional. Neste enunciado revolucionário está ínsita a convicção ideológica da prevalência da lei sobre a vontade dos governantes e a exigência de um Poder Judiciário colocado acima da estrutura administrativa estatal. A separação de poderes é uma condição sócio-política do Estado contemporâneo, pois sua ausência poderia pôr em dúvida a existência

⁸⁸ PASETTI, Babyton. A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

⁸⁹ SPITZ, Clarice. Pobreza cai, mas ainda atinge 42,6 milhões de brasileiros, diz FGV. Folha on-line. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u111200.shtml>. Acesso em: 22/09/2006.

⁹⁰ Francisco Wildo Lacerda Dantas, *Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário*. São Paulo : Revista dos Tribunais. v. 700, p. 35.

⁹¹ Diniz, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 5ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2001, pp. 3 e 4.

de uma organização política compatível com o modo de vida correspondente à democracia. A divisão de poderes (CF, art. 2º) está intimamente ligada ao exercício do poder e ao seu controle pelo povo.”⁹²

Enfim, para FERRARESI, “Não são atribuições ordinárias do Poder Judiciário a implantação e o controle de políticas públicas. Todavia, sempre que os demais órgãos estatais comprometerem a integridade e a eficácia dos direitos individuais ou coletivos restará ao juiz o encargo político-jurídico.”⁹³

⁹³ O Supremo Tribunal Federal, com propriedade, afirmou que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas – Intervenção Judicial – “Reserva do Possível”. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, *Informativo* 345 – Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 de abril de 2004. *DJU* de 05.2004. Supremo Tribunal Federal. Disponível em : [HTTP://www.stf.gov.br/informativo](http://www.stf.gov.br/informativo). Acesso em: 31 maio 2007.

VII. DA INTERCESSÃO DE TERCEIROS NAS DEMANDAS. O *Amicus curiae* na visão do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Apenas para fins ilustrativos, eis que não se propõe neste trabalho o estudo das várias formas e condições de intervenção de terceiros nas lides, destacamos que o Código de Processo Civil sob o título “Intervenção de terceiros” trata da *oposição*, da *nomeação à autoria*, da *denúnciação da lide* e do *chamamento ao processo*. Todavia, não se esgotam aí as hipóteses de intervenção de terceiro, entendida como inserção de novo sujeito em processo pendente. A *assistência*, tanto a simples quanto a qualificada (arts. 50 a 55) constitui forma de intervenção de terceiros. Também o recurso de terceiro prejudicado (art. 499). Também constitui intervenção de terceiro, se admissível, a *intervenção litisconsorcial voluntária*, que ocorre, na forma ativa, quando alguém se apresenta como litisconsorte do autor, quando já pendente ação, expediente largamente usado, durante certo tempo, em mandados de segurança, com que terceiros tratavam de se beneficiar de liminar já concedida ao autor da ação. Mas, o que nos chamou atenção sobre a intervenção de terceiros nas lides, foi à forma como se apresenta o *amicus curiae* no Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil – NCPC⁹⁴, traduzida no artigo 322 e respectivo parágrafo único, do TÍTULO I - DO PROCEDIMENTO COMUM - CAPÍTULO IV - DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS - Seção IV, com a seguinte redação:

Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

O vigente Código de Processo Civil, no § 3º, do art. 482, acrescentado pela Lei nº 9.868/99, prevê a atuação do “*Amicus Curiae*”, quando trata do incidente de inconstitucionalidade, para defender interesse institucional. Há, também, a presença do

⁹⁴Substitutivo aprovado pelo Plenário do SENADO FEDERAL em sessão realizada em 15.12.2010.

“*Amicus Curiae*” no § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/99, nas ações (ADIN e ADECON), de controle abstrato de inconstitucionalidade e de constitucionalidade (CF, art. 102, I, *a*), considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a critério do Relator; no § 1º, do art. 6º, da Lei nº 9.882/99, que regulamenta o procedimento para (ADPF) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF/88, art. 120, § 1º); na Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, na hipótese de haver recurso destinado à Turma Recursal e na sua tramitação houver pedido de uniformização em caso de divergência entre turmas; e, ainda, no art. 31, da Lei nº 6.385/76, que trata da CVM – Comissão de Valores Mobiliários e no art. 89, da Lei nº 8.884/94, que transformou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia Federal.⁹⁵

Na exposição de motivos para inserção do “*amicus curiae*”, o mencionado anteprojeto, levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, diz que:

“... previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país.”⁹⁶

Acrescentando, mais, que:

“Criou-se a regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem

⁹⁵ PRADO, Rodrigo Murad do. O *amicus Curiae* no Direito Processual brasileiro. *Jus Navigandi*, Terezinha, ano 9, n. 676, 12 maio 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717). Acesso em: 13 jul. 2010.

⁹⁶ Predomina na doutrina a opinião de que a origem do *amicus curiae* está na Inglaterra, no processo penal, embora haja autores que afirmem haver figura assemelhada já no direito romano (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, Ed. Saraiva, 2006, p. 88). Historicamente, sempre atuou ao lado do juiz, e sempre foi a discricionariedade deste que determinou a intervenção desta figura, fixando os limites de sua atuação. Do direito inglês, migrou para o direito americano, em que é, atualmente, figura de relevo digno de nota (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *ob.cit.*, p. 94 e seguintes).

ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas. Com objetivo semelhante, permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.”

Na verdade, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, ao criar a regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição, prestigiou a maioria da doutrina que diz ser o *amicus curiae* uma nova modalidade de intervenção de terceiros, embora encontre divergência no sentido de que a natureza jurídica do *amicus curiae* não se enquadra em uma típica intervenção de terceiros, pois atua como sujeito desinteressado na decisão final do processo.⁹⁷

O que se pode extrair com a introdução dessa regra no Projeto do Novo Código de Processo Civil é que se “privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade”, “para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes”, o que é de certa forma animador, vez que proporciona à sociedade, como um todo, em todos os graus de jurisdição, a representatividade nas questões, cuja relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, com a presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza, tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país.

Entretanto, a presença do “*amicus curiae*” é permitida, apenas, nas lides propostas, mediante aquiescência do juiz por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, ou seja, permanece a vedação imposta pelo Sistema de Direito Processual Brasileiro, no artigo 6º, do Código de Processo Civil – Ninguém poderá

⁹⁷O professor **Fredie Souza Didier Júnior** entende que a figura do “Amicus Curiae” nada mais é do que um perito em matéria de direito, ou seja, um auxiliar do juízo. (Cf. Rodrigo Murad do Prado).

pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei –, em que, na substituição processual, o substituto comparece em juízo para defender, em seu nome, direito de terceiros.

A regra do art. 6º do atual Código do Processo Civil está contemplada pelo art. 18 e respectivo Parágrafo único do Projeto do Novo Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “*Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o juiz determinará que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo; nele intervindo, cessará a substituição.*”

Não se pode deixar de reconhecer que a regra, a ser introduzida pelo Novo Processo Civil, reforçará, substancialmente, a prestação jurisdicional, eis que o *amicus* "é o auxiliar do juízo, com a finalidade de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário", pois, "reconhece-se que o magistrado não detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para a prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional".⁹⁸

Porém, melhor seria que a Nova Regra a ser introduzida admitisse a possibilidade de o juiz, nas ações afirmativas, permitisse que alguém (substituto) em favor de outrem (substituído) defendesse em seu próprio nome os direitos daquele (substituído) excluído socialmente, para que todos pudessem vir a ter a garantia constitucional do *acesso à justiça* para atuar em seu nome ou de outrem na defesa dos seus direitos ou dos direitos alheios, caso em que *o juiz determinará que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo; nele intervindo, cessará a substituição.*

⁹⁸ JÚNIOR, Fredie Didier. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual* 8:2003.

CONCLUSÃO

A doutrina clássica das condições da ação não raras vezes serve de empecilho à consecução da justiça e da atividade jurisdicional. (MARTINS)⁹⁹. Entrementes, na prática forense e na doutrina está (ou pelo menos estava) consagrado que o advogado ao ajuizar uma ação de alimentos em favor de filho menor este deveria constar no pólo ativo, sendo representado ou assistido pelos pais. Não poderia, pelo menos em tese, a mãe pleitear em nome próprio direito alheio. Nesse sentido é cristalina a redação do artigo 6º, do Código de Processo Civil¹⁰⁰.

Porém, utilizando os princípios da instrumentalidade, da economia processual e, principalmente, da Função Social do Processo, a Ministra Nancy Andriighi afirmou que a formulação do pedido em nome da mãe não anula o processo, apesar da má-técnica processual, pois está claro que o valor se destina à manutenção da família.¹⁰¹

⁹⁹ *Condições da ação e acesso à Justiça* – Leonardo P Martins. 21 FEV 2004. Acesso: www.apriori.com.br/.../condicoes-da-acao-e-acesso-justica-leonardo-p-martins-t372.html

¹⁰⁰ **Sentido da regra prevista no art. 6º em relação às ações coletivas.** O art. 6º do CPC trata da legitimação extraordinária sob o ponto de vista da tutela jurisdicional *individual*: o legitimado extraordinário somente poderá atuar se autorizado expressamente pela norma jurídica, já que demandará judicialmente independentemente da vontade do titular do direito material. Não ocorre o mesmo em relação às ações coletivas, muito embora, *grosso modo*, algo parecido se dê, p. ex., com as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos (cf., dentre outros, art. 82 da Lei 8.078/90). Medina, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

¹⁰¹ **RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.130 - MG (2008/0075284-3) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: G G DA C ADVOGADO: EVANDRO FRANÇA MAGALHÃES E OUTRO(S) RECORRIDO: M F DE S ADVOGADO: LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA E OUTRO(S) EMENTA** Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens. Pedido de alimentos, formulado pela ex-companheira, em nome próprio, em favor dos filhos. Alegação de ilegitimidade. Afastamento. Ilegitimidade superveniente, decorrente da maioria de um dos filhos atingida no curso do processo. Afastamento. Fixação da pensão alimentícia. Súmula 7/STJ. Determinação, pelo Tribunal, de que a partilha seja feita posteriormente, mediante processo de inventário. Adiantamento quanto aos bens que a deverão integrar. Alegação de incompatibilidade entre as decisões. Afastamento. Pedido de revisão do montante fixado a título de meação. Súmula 7/STJ. Recurso conhecido e improvido. - *Na ação em que se pleiteia alimentos em favor de filhos menores, é destes a legitimidade ativa, devendo o genitor assisti-los ou representá-los, conforme a idade. A formulação, porém, de pedido de alimentos pela mãe, em nome próprio, em favor dos filhos, em que pese representar má-técnica processual, consubstancia mera irregularidade, não justificando o pedido de anulação de todo o processo, se fica claro, pelo teor da inicial, que o valor solicitado se*

Vê-se, pois, que o Superior Tribunal de Justiça, nesse caso, assumiu a verdadeira função jurisdicional que é a de solucionar conflitos entre os seres humanos, sendo que o processo assume a sua função de instrumento para a solução de crises jurídicas e gerando com tal solução a **pacificação social**.¹⁰²

Embora sem perder de vista a finalidade instrumental do processo, se a todos é assegurado, incondicionalmente, o direito de reclamar a tutela estatal, somente têm direito à tutela jurisdicional efetiva aqueles que estejam amparados no plano do direito material e para muitos a justiça é inacessível. Assim, é possível perceber que se tratando individualmente de cada situação, o que carece de investigação não é propriamente o acesso à justiça, mas suas dificuldades, obstáculos e os mecanismos técnico-jurídicos, sociais, culturais e econômicos pelos quais se dá o obstaculamento.

Em suma, as mazelas do trâmite processual resultantes de fatores e circunstâncias no mais das vezes exógenos, por todos conhecidas (MARCATO) e cuja análise foge aos escopos deste trabalho, pois o que se defende com este é que seja proporcionado o *acesso à justiça*, rompendo esses obstáculos, com vistas a possibilitar que alguém em seu nome possa atuar na defesa dos direitos alheios através de norma consagradora dos direitos fundamentais, sem a regra limitativa delineada na parte final

destina à manutenção da família. Ilegitimidade ativa afastada. - A maioria do filho menor, atingida no curso do processo, não altera a legitimidade ativa para a ação. - O valor da pensão fixada pelo Tribunal não pode ser revisto nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ. - A determinação, feita pelo Tribunal, de que a partilha dos bens seja promovida mediante processo futuro de inventário (art. 1.121, §1º do CPC) não é incompatível com a prévia indicação de quais bens deverão integrar a divisão. Adiantamento de partilha só haveria na hipótese em que o juiz determinasse, antes do inventário, a divisão individualizada do patrimônio, atribuindo bens específicos a cada um dos companheiros. - A fixação do montante da participação da companheira na formação do patrimônio comum é providência levada a efeito pelo Tribunal mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, cuja revisão é vedada pela Súmula 7/STJ. Recurso conhecido e improvido. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 06 de outubro de 2009(data do julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora. (grifo nosso). (v. Acórdão na íntegra no anexo deste trabalho).

¹⁰² SILVA, Luis Eduardo Souza e. **A legitimidade da mãe para pedir alimentos em nome próprio em favor dos filhos e a função social do processo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2308, 26 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uoi.com.br/revista/texto/12308>>. Acesso em: 28 dez. 2010.

do artigo 6º do Código de Processo Civil,¹⁰³ que implica na vedação do direito de pleitear em nome próprio direito alheio junto ao Poder Judiciário, objetivamente pondo para dentro, como protagonistas da relação processual, a parte miserável e desescolarizada, ou seja, as pessoas “*sujeitos de direitos*” que estão fora, os periféricos ou marginais, excluídos socialmente¹⁰⁴, em face do Estado “*sujeito passivo*”, este responsável pelo atendimento aos *direitos sociais*” (CF/88, art. 6º), tomando-se o exemplo do *habeas corpus*¹⁰⁵ (CF/88, art. 5º, LXVIII) que possibilita pleitear em nome próprio direito individual alheio para garantia do direito de ir e vir, e que essa regra seja proporcionada gratuitamente por meio de tutela individual integrativa como idéia de complementação do sistema, numa interpretação extensiva.

Para que isso seja possível é preciso que se receba do legislador poderes para pleitear em nome próprio direito alheio, sem que se confunda substituição processual com representação processual (*legitimatío ad processum*), fenômeno relacionado à capacidade de estar em juízo. É que o representante processual atua em nome alheio na

¹⁰³ CPC: Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

¹⁰⁴ Que ousamos nominar neste trabalho de **substituição processual inclusiva**.

¹⁰⁵ O *habeas corpus* foi “o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O writ of “*habeas corpus*” evoluiu. No princípio não era vinculado à idéia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do *due processo of law*. Era usado até mesmo em matéria civil; mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades: “*habeas corpus ad prosequendum*”, “*habeas corpus ad satisfaciendum*”, “*habeas corpus ad deliberandum*”, “*habeas corpus ad faciendum ET recipiendum*”, “*habeas corpus ad subjiciendum*”. Era então o meio de levar alguém perante o tribunal. O “Habeas Corpus Amendment Act de 1679 é que configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar. No Brasil, não ingressou na Constituição do Império, formalmente, mas Pontes de Miranda é de opinião que estava implicitamente previsto. Formalmente, foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 340). Constitucionalizou-se por meio do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, em termos amplos, que deu margem à doutrina brasileira do *habeas corpus*, que concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza, conforme a seguinte lição de Ruy Barbosa: “Logo o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”. Disso decorria que as violações de direitos civis estavam também sujeitas à correção pelo *habeas corpus*.”¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 56, de 20.12.2007. São Paulo: 2008, Malheiros Editores Ltda, pp. 444-445.

defesa de interesse alheio, não sendo considerado parte no processo, mas mero sujeito que dá a parte a capacidade para estar em juízo. (NEVES, 2009).¹⁰⁶

Neste caso o sujeito receberá pela lei ^(legal) a legitimidade extraordinária para defender interesse alheio ^(social) em nome próprio (*substituto processual*), e, em seguida, adotando-se a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido, deverá, caso a caso, o substituído, em dia designado, comparecer perante o Juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida e do mais que lhe parecer necessário, pondo a termo nos autos as perguntas e respostas, determinando, se for o caso, a publicação de editais, com prazos determinados, para ciência de terceiros interessados e das Fazendas Públicas, para empós autorizar a admissibilidade da petição inicial e o prosseguimento da lide “*princípio da oficialidade*”¹⁰⁷, restando assim preenchidas estas, como condições para ação, cujo exercício postulatório se fará através de advogado, público ou privado, posto que a indispensabilidade¹⁰⁸ do advogado provém do fato de que ele é a garantia constitucional para que todos possam ter restabelecidos os seus direitos afrontados, lembrando, contudo, que numa relação processual contenciosa a composição subjetiva mínima se opera por meio de uma composição tríplice: *judices, actoris et rei*, que são as pessoas que proporcionam o debate acerca do *thema probandum* e, por conseguinte, o *thema decidendum*.¹⁰⁹

¹⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2009.

¹⁰⁷ **Princípio da oficialidade.** Pertine ao impulso oficial que é dado ao procedimento, pelo juiz (art. 262, CPC), e à coleta de prova, identificando-se, nesse ultimo aspecto, com o princípio inquisitivo.

¹⁰⁸ Excepcionalmente existem causas que admitem transcurso sem a presença de advogado: aquelas submetidas ao rito da Lei nº 9.099/95, cujo valor não exceda 20 salários mínimos; o cumprimento de testamentos, por seu caráter estritamente administrativo; as ações de alimentos (art. 2º da Lei nº 5.478/68); as ações de guarda (art. 166, da Lei nº 8.069/90), os dissídios individuais e coletivos na Justiça do Trabalho etc.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Frederico. *Premissas fundamentais do processo de conhecimento*. Recife: Bagaço, 2005, p. 281

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, Arruda – *Manual de Direito Processual Civil*. Parte Geral, v. I, Ed. RT, SP, 1979.
- ARMELIN, Donaldo – *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil*, Saraiva, v. I, 11 ed., 1984.
- BARBI, Celso Agrícola – *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, v. I, Forense, RJ, 1977.
- CAMPOS Jr., Ephraim de – *Substituição Processual*, Ed. RT, SP, 1985.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituições de Direito Processual Civil*, Saraiva, v. II, SP, 1965.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo-Grinover e Dinamarco – *Teoria Geral do Processo*, Ed. RT, 3. ed., SP, 1981.
- DALL'AGNOL, Jorge Luís – *Pressupostos Processuais*, Lejur, Porto Alegre, 1988.
- DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: (do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional)* /Ivo Dantas. – Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DELGADO, José Augusto – *Aspectos Controvertidos da Substituição Processual*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 83, n. 298, p. 61-67, abr./jun. 1987.
- _____. *Reflexões sobre a Substituição Processual*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 18, n. 122, p. 15-41, mar. 1994.
- DIAS, Francisco Barros. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. *Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça*. JUXTA LEGEM – (Publicação de Artigos).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, Malheiros: São Paulo, 3ª ed., 2000, p.228.
- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. rev. e atualizada. – São Paulo : Malheiros Editores, 2005.
- FADEL, Sérgio Sahione – *Código de Processo Civil Comentado*, Forense, 5.ed., RJ, v. I, 1984.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 5ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2001.

FERRARESI, Eurico, 1968 – Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FORNACIARI JR., Clito – *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 2.ed., 1983.

GOMES, Fábio Luiz – Silva, Ovídio ^a Batista da – Machado, L. Melíbio Uiraçaba e Gessinger, Ruy Armando – *Teoria Geral do Processo Civil*, Lejur, Porto Alegre, 1983.

GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de terceiros e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros – *A Tutela dos Interesses Difusos*. Série *Estudos Jurídicos 1*, Max Limonad, 1.ed., 1984.

KELSEN, Hans. 1881-1973. *Jurisdição constitucional/Hans Kelsen: introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha*. – São Paulo : Martins Fontes, 2003. – (Justiça e direito).

_____. *O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência / Hans Kelsen : tradução Luis Carlos Borges*. – 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino superior)

HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº. 45. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=7192>>.

HESPANHA, Benedito – *Tratado de Teoria do Processo*, v. I, Forense, 1.ed., 1986.

JESUS, Damásio de. *Justiça: valor absoluto*. São Paulo : Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2004. Disponível em: www.damaiso.com.br/novo/frame_artigos.htm>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo – *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir*, Ed. RT, SP, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. Rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico – *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, Saraiva, 4.ed., 1976.

MIRANDA, Pontes de – *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, t. I, 1.ed., 1974.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa – *Temas de Direito Processual*, Saraiva, 3ª Série, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios de processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo / Nelson Nery Júnior. – 9ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

OLIVEIRA, Frederico. *Premissas fundamentais do processo de conhecimento*. Recife: Bagaço, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Justiça e exclusão social*. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro: UERJ, 1999, pp. 70-71

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo : Atlas, 2008

SANTOS, Moacyr Amaral – *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva, v. 1º, 11ª ed., 1984.

_____ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva, v. 1º, 14ª ed. 1990.

SATTA, Salvatore – *Direito Processual Civil*, trad. E notas de Luiz Autuori, Editor Borsoi, v. I, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 56, de 20.12.2007. São Paulo : 2008, Malheiros Editores Ltda,

SEVERO NETO, Manoel – *Legitimação incidental no processo civil*. São Paulo : J. de Oliveira, 1ª ed. 2001.

_____ . – *Substituição processual*. São Paulo : J. de Oliveira, 2002

THEODORO JR., Humberto – *Processo de Conhecimento*, Forense, v. I, RJ, 1978.

TORNAGHI, Hélio – *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. RT, 2.ed., v. I, SP, 1976.

YAMADA, K. N. Breve estudo sobre pressupostos processuais e condições da ação. *unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 1, n. 1, p. 119-127, mar. 2000.

CONSULTAS: Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito / sob a direção de André-Jean Arnaud... [et al.] ; [tradução de: Patrice Charles, F. X. Willaume] – Rio de Janeiro : Renovar, 1999

APÊNDICE

JURISPRUDENCIA

Hard Cases: Decisões dos Tribunais em Direitos Fundamentais

1. 2. DIREITOS DA MULHER.

2.1. Violência contra a Mulher e Legítima Defesa da Honra. Mulher. Violência. Adulterio. Legítima defesa da honra. Inexistência. Recurso Especial. Tribunal do Júri. Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade à prova dos autos (art. 593, parágrafo 3º, do CPP). Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Himénez de Asúa (El criminalista, Buenos Aires: Zavalia, 1960, v. 4, p. 34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança. O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do artigo 25, do Código Penal. A prova dos autos conduz à autoria e à materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não à pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adular, não preservou a sua própria honra. Nesta fase do processo, não se há de falar em ofensa à soberania do Júri, desde que os seus veredictos só se tornam invioláveis, quando não há mais possibilidade de apelação. Não é o caso dos autos, submetidos, ainda, à regra do artigo 593, parágrafo 3º, do CPP. Recurso provido para cassar a decisão do Júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento. (STJ – REsp. n. 1.517-PR – 6ª T. – m. v. – 11.3.91 – rel. Min. José Cândido) DJU, de 15.4.91, p. 4.309.

2.3. Trabalho da Mulher e Igualdade entre os Gêneros. Igualdade. Princípio. Trabalho da Mulher. Distinção. Vedação. Mandado de Segurança. Trabalho da Mulher. O princípio da igualdade veda distinção entre homem e mulher. Só se justificam as diferenças resultantes da natureza. Não é o caso de condições do trabalho. Distinguir a esse fundamento resulta prejuízo na disputa do mercado de trabalho, o que afeta a isonomia. (STJ – REsp. n. 70-RJ – 2ª T. – v. u. – 21.8.89 – rel. Min. Vicente Cernicchiaro) *DJU*, de 25.9.89, p. 14.951.*

2. **2.4. Direito à Licença-Gestante.** Juíza classista. Nova vinculação à Previdência. Licença-gestante. Cabimento. O indeferimento de concessão de licença-saúde ao Magistrado Classista não configura causa que permita analogia com a que versa sobre licença-maternidade, pois há de se estabelecer a previsibilidade ou imprevisibilidade da lei no sentido da existência de desigualdade de gênero, isto é, de que a mulher estivesse cogitada da possibilidade de ocupar o correspondente cargo. O raciocínio no sentido de que o Magistrado Classista não esteja amparado nem pela LOMAN nem pela lei do servidor público, nem pelo Regime Geral de Previdência Social, para o exercício e gozo de determinados benefícios como os das licenças em geral, esbarra na problemática concernente à licença-gestante, que, por suas características próprias, não pode ser denegada, seja no aspecto da justificativa de faltas, seja dos correspondentes direitos pecuniários. Deixar de conceder a licença-gestante, já aplicada reiteradas ocasiões no âmbito administrativo desta Corte, às Magistradas Classistas, representaria enorme retrocesso, vindo a afrontar os princípios consagrados do direito à vida e aos direitos humanos em geral. Constituição Federal, artigos 5º, I, e 7º, XVIII, e Convenção/Decreto Legislativo n. 26, de 22.6.94. Recurso provido por unanimidade. (TRT – 24ª – Recurso Administrativo – Processo n. 6.881/97 – AC. TP n. 209/98 – v. u. – 27.1.98 – rel. Juíza Geralda Pedroso).*

3. **3. DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

3.1. Tortura contra Criança e Adolescente. Penal. Tortura. Criança e adolescente. Tipo penal autônomo. Tortura contra criança ou adolescente. Existência jurídica desse crime no Direito Penal positivo brasileiro. Necessidade de sua repressão. Convenções internacionais subscritas pelo Brasil. Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 233).

Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal. Delito imputado a policiais militares. Infração penal que não se qualifica como crime militar. Competência da Justiça comum do Estado-membro. Pedido deferido em parte. (STF – Pleno – HC n. 70.389-5-São Paulo – rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello; 23.7.1994; v. u.). *Boletim AASP*, 1.881/13 – j, 11.1.1995.*

4. **3.2. Abuso Sexual contra Criança.** Abuso sexual contra filhos. Destituição do Pátrio Poder. Os motivos ensejadores da perda de pátrio poder devem ser suficientemente graves e estão demonstrados nos autos. O pedido tem previsão legal no ECA (arts. 22 e 24) e na Lei Civil (art. 395, III, do Código Civil). Há amparo ainda na legislação internacional, em especial na Convenção sobre Direitos da Criança de 1989. (1ª Vara da Infância e Juventude de Campo Grande-MS – Processo n. 970002118-1 – 14.12.98 – Juíza Maria Isabel de Matos Rocha).
5. **3.3. Violência Sexual contra Menina.** Bem analisada a prova dos autos, concluo que as razões que levaram a meritíssima Juíza a absolver o réu são de ordem cultural, numa sociedade que assimilou como natural e desculpável, apenas uma questão moral de foro familiar, a violência perpetrada na intimidade dos lares contra mulheres e crianças. Tal postura é inaceitável em face dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a Convenção Interamericana para Punir, Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher, da Organização dos Estados Americanos (OEA), "Convenção de Belém do Pará", incorporada ao direito pátrio por força do disposto no § 2º do inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, bem como em face do disposto no § 8º, do artigo 226, artigo 227, *caput* e § 4º do CP. (TJ/MT – Apelação Criminal n. 2.514/97 – rel. Des. Shelma Lombardi de Kato).*
6. **3.4. Tráfico Internacional de Crianças.** Crime contra a assistência familiar. Tráfico internacional de crianças. Competência. Incorporação ao direito pátrio dos preceitos contidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Julgamento afeto à Justiça Federal. Aplicação do artigo 109, V, da CF. E tendo o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 28/90 e o Governo Federal, por força do Decreto n. 99.710/90, incorporado ao direito pátrio os preceitos contidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, não mais há de se discutir sobre a competência da Justiça Federal em casos de tráfico

internacional de crianças, aplicando-se à hipótese o artigo 109, V, da CF/88. (STJ – RHC n. 6.322-PB – 6ª T. – v. u. – 21.10.1997 – rel. Min. Anselmo Santiago) DJU, de 24.11.1997.*

7. **3.6. Direito do Adolescente ao Devido Processo Legal.** Infrator. Internação para reavaliação. Inadmissibilidade. Ausência do devido processo legal. Infração ao artigo 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso não provido. Ninguém, por mais relevantes que sejam as razões fáticas, pode ser afetado em sua esfera jurídica, deixando de receber completa proteção jurídica através do sempre indispensável processo legal. (TJ/SP – AI n. 17.516-0/0 – rel. Des. Lair Loureiro). O adolescente tem direito ao devido processo legal; e o procedimento que atende ao preceito constitucional é o que está nos artigos 184, 186 e seguintes do Estatuto (TJ/SP – AI n. 6.806 – rel. Des. César de Moraes).* Criança. Ato infracional. Medida de proteção e não procedimento formal para sua apuração. Validade de utilização de *habeas corpus*. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido. Criança de nove anos, sob a acusação de ter causado com revólver de brinquedo, lesões corporais em menina da mesma idade, foi formalmente "intimada" para prestar esclarecimentos em "audiência" perante juiz. Seu pai, inconformado com o vexame, constrangimento e impacto na formação da personalidade do filho, ajuizou ação de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça com o objetivo de trancamento do feito. Perdeu. Daí o recurso ordinário. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em seu artigo 2º, distingue a "criança" (menor de 12 anos) do "adolescente" (entre 12 e 18 anos). Somente para esse último é que prevê "garantias processuais" (art. 110). Para criança, só fala em "medidas de proteção" (arts. 99 a 102, 105). Logo, abusiva foi a "intimação" do juiz para que a criança viesse formalmente a juízo e perante ele e advogados prestasse declarações, assinando o respectivo termo. Tal atitude, que demonstra insensibilidade, foi abusiva e podia ser corrigida pela via do *habeas corpus*." (STJ – RHC n. 3.547-1 – rel. Min. Adhemar Maciel). Competência. *Habeas Corpus*. Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. *Habeas Corpus*.

Pertinência. Estatuto da Criança. Internação. Estando em questão a liberdade de ir e vir do adolescente, cabível é o *habeas corpus*, perquirindo-se até que ponto a providência jurisdicional implica ato de constrangimento. Menor. Liberdade assistida x internação. A teor do disposto no § 2º do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada". Exsurge conflitante com o preceito ato de órgão revisor que, às vésperas da entrevista final, decorrente de liberdade assistida de seis meses, deferida pelo Juízo a partir de contato direto com os envolvidos, substitua a medida pela internação na FEBEM, olvidando pareceres positivos sobre a conduta do adolescente inclusive, com retorno à escola. (STF – HC n. 75.629-SP – 2ª T. – 21.10.97 – v. u. – rel. Min. Marco Aurélio).*

8. 4. DIREITOS DA POPULAÇÃO NEGRA.

4.1. Discriminação Racial e Direito à Igualdade. As testemunhas ouvidas presenciaram o fato e relatam detalhadamente, confirmando ter a querelada, efetivamente, proferido as expressões injuriosas mencionadas na petição inicial e até algumas outras como "crioulo nojento". A prova produzida contra a querelada é tão contundente que não se pode sequer analisar a pretensão absolutória ou de desclassificação pretendida pela defesa da querelada. O elemento subjetivo do tipo que é o dolo de ofender o querelante, injuriando-o, depreciando-o em razão da sua raça, da sua cor, está presente de forma incontestável. O recente tipo penal foi plenamente caracterizado neste processo. (2ª Vara Criminal da Ilha do Governador-RJ – Queixa-Crime – Processo n. 8.133 – 3.2.99 – Juiz Antonio José Ferreira Carvalho).*

9. **4.2. Discriminação Racial e Direito à Indenização por Danos Morais.** O que importa, na espécie, é que as palavras mencionadas na inicial, tais como, "pobre", "favelada", "tenho nojo de preto" e gestos realizados, tais como mostrar o braço e apontar a cor da pele à testemunha, que é negro, exibir o talão de cheque e dizer que tem dinheiro, que pode pagar o salário da autora e outras palavras e gestos neste sentido, mencionados nos depoimentos das testemunhas, estão comprovadas e caracterizam ofensa, humilhação e discriminação em relação à raça e condição social, passíveis de indenização por dano moral. O fato de a autora não ser negra também não descaracteriza a responsabilização, pois está claro que o sentido desta

expressão foi o de compara-lá à raça negra, como se tal comparação e equiparação fossem degradantes, o que indica, mais uma vez, o intuito de discriminar, ofender e humilhar. (Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo – Processo n. 1.413/95 – 27.6.97 – Juíza Ana Luiza Villa Nova).* Danos Morais. Indenização. Discriminação Racial. Ofensas à Honra e Imagem. Reparação devida. O apelado ao ser injustamente ofendido em sua auto-estima, em sua **dignidade** e integridade pessoal, teve sua imagem e honra abaladas perante o ambiente em que vive, diante de preconceito racial, que o espezinha com atributos impróprios à **pessoa humana**, fato que principalmente o abalou internamente, e que por si só já justifica a indenização pedida. (TAC/MG – Apelação Cível n. 233.078-3 – 3ª Câm. Cível – v. u. – 16.4.99 – rel. Juiz Duarte de Paula).* Revista em quadrinhos. Criança negra retratada como macaco. Dano moral existente. Indenização devida. O fato de a ofensa atingir elevado número de pessoais, pois feita genericamente com o objetivo de menosprezar a raça negra, comparando-se um deles a um macaco, não constitui motivo para isentar o agente causador do dano. (TJ/RJ – Apelação Cível n. 2.462/96 – 9ª Câm. Civil – m. v. – 15.8.96 – rel. p/ acórdão Des. Elmo Arueira).*

10. **4.3. Combate ao Racismo nas Relações de Emprego.** Despedida discriminatória. Racismo. Direito à reintegração. Previsão legal. Lei n. 9.029/95. Embargos declaratórios. A prática do racismo, além de se constituir em infração penal grave, inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), gera o direito de o trabalhador discriminado buscar a reparação judicial, optativamente, de percepção em dobro do período de afastamento ou readmissão, com ressarcimento integral, nos exatos termos dos artigos 1º e 4º da Lei n. 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de **acesso** à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Ademais, mesmo que se entenda que este preceito legal somente seria aplicável às situações futuras, resta claro que as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, para a garantia dos princípios de impessoalidade, moralidade e legalidade, somente podem demitir seus servidores mediante ato motivado, sendo a prática do racismo demonstração da vulneração, além das regras constitucionais já citadas,

dos princípios democráticos aqui explicitados. Estes fundamentos impõem a rejeição dos embargos que visam à indicação do dispositivo legal que sustenta a decisão reintegratória, no caso. (TRT – 12ª – ED n. 1.603/96 – Processo RO-V-1.595/95 – 1ª T – v. u. – 5.11.96 – rel. Juiz Antonio Carlos Facioli Chedid).*

Racismo. Condomínio. Prática por síndico. Preferência de cor, para fins de emprego, inserida em anúncio de jornal. Enquadramento na conduta prevista no artigo 4º da Lei Federal n. 7.716, de 1989. Interpretação da expressão empresa privada contida no dispositivo legal. Condenação mantida. Recurso não provido. Voto vencido. A expressão empresa privada contida no artigo 4º da Lei Federal n. 7.716, de 1989, deve ser entendida dentro do espírito que norteou a referida lei e não para fins meramente econômicos. (TJ/SP – Apelação Criminal n. 141.820-3 – 3ª Câ. Crim. – 10.2.95 – rel. Des. Franco de Godoi).*

11. **4.4. Combate ao Racismo em Convivência Social.** O delito de injúria caracteriza-se pela ofensa à honra subjetiva da **pessoa**, que constitui o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de cada cidadão. No caso, o agir da querelada atingiu, ofensivamente, a condição da raça da querelante, o que é absolutamente ilícito, constituindo causa de aumento de pena prevista no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal. (6ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre-RS – Queixa-Crime – Processo n. 01398152692 – 11.3.99 – Juiz Umberto Guaspari Sudbrack).* Denúncia. Rejeição. Inadmissibilidade. Imputação de infração típica, corretamente descrita, com indicação de prova oral. Recurso provido. A denúncia não pode ser rejeitada quando presentes os requisitos formais (art. 41 do Código de Processo Penal) e inexistir alguma das imperfeições previstas no artigo 43 do citado diploma legal. Ação Penal. Justa causa. Racismo. Indiciada que impede namoro do filho com a vítima, em razão da diferença de raças. Denúncia baseada no artigo 14 da Lei Federal n. 7.716, de 1989. Admissibilidade. Respaldo, ademais, na prova oral colhida no inquérito policial. Recebimento da referida inicial determinado. Recurso provido. (TJ/SP – Recurso em Sentido Estrito n. 194.509-3-São Paulo – 26.2.96 – v. u. – rel. Ary Belfort).*

12. **4.5. Combate ao Racismo em Comunicação Social.** Racismo. Programa radiofônico. Prática por locutor. Comentários discriminatórios em relação aos

negros, com incitação ao preconceito contra a respectiva raça. Conduta subsumida ao tipo do artigo 20, *caput*, da Lei Federal n. 7.716, de 1989. Condenação mantida. Recurso não provido. Prova Criminal. Testemunha. Racismo. Depoimento prestado por pessoas da raça negra, alvo da discriminação. Validade. Recurso não provimento. (TJ/SP – Apelação Criminal n. 153.122-3 – 5ª Câm. Criminal – 30.8.95 – rel. Des. Celso Limongi).*

13. **5. DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL.**

5.1. Direito à Igualdade e Não-Discriminação em virtude da Orientação Sexual* Testemunha homossexual. A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam – patricios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder **Judiciário** precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma **pessoa** ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José de Costa Rica. (STF – REsp. n. 154.857 – 6ª T. – m. v. – 26.5.98 – rel. Min. Vicente Cernicchiaro) *DJU*, de 26.10.98, p. 169.*

14. **5.2. Direito à Identidade Sexual e Autonomia Individual.** Transexual. Alteração de Sexo. Autorização. Jurisdição Voluntária. Decididamente, não há falar em reprovabilidade nem em censurabilidade na prática da cirurgia de "mudança de sexo" em face das condições expostas na inicial, pois é inadmissível exigir que o interessado suporte o conflito psicológico que vivencia atualmente, o qual está acarretando graves prejuízos para a sua saúde física e mental. De acordo com o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, ninguém será submetido a tratamento desumano. E, obviamente, exigir que o interessado continue suportando a sua atual situação, nas condições acima mencionadas, proibido de se

submeter à necessária cirurgia terapêutica, constitui, certamente, uma forma odiosa de lhe infringir um inaceitável "tratamento desumano", em flagrante violação aos direitos humanos e ao referido dogma constitucional. (Vara da Comarca de Campinas – rel. Juiz José Henrique Rodrigues Torres).*

15. **6. DIREITOS DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.**

6.1. Pessoa Portadora de Deficiência e Barreiras Arquitetônicas.

Constitucional. Mandado de Segurança. Parlamentar. Deficiente físico. Utilização da Tribuna da Assembléia Legislativa. Acesso negado. Ilegalidade. Igualdade de tratamento. Valorização de princípio constitucional. 1. Concessão de mandado de segurança em favor de Deputada Estadual portadora de deficiência física para que sejam criadas condições materiais, com a reforma da Tribuna para lhe permitir fácil acesso, de expor, em situação de igualdade com os seus pares, as idéias pretendidas, garantindo-lhe o livre exercício do mandato. 2. Odiosa omissão praticada pelo Presidente da Assembléia Legislativa por não tomar providências no sentido de adequar a Tribuna, com acesso fácil para a introdução e a permanência da impetrante em seu âmbito, a fim de exercer as prerrogativas do mandato em posição equânime com os demais parlamentares. 3. Interpretação do artigo 227, da CF/88, e da Lei n. 7.853, de 24.10.89. 4. Da Tribuna do Egrégio Plenário Legislativo é que, regimentalmente, servem-se, obrigatoriamente os parlamentares para fazer uso da palavra e sustentar posicionamentos e condições das diversas proposições apresentadas naquela Casa. 5. É a Tribuna o coração do parlamento, a voz, o tratamento democrático e necessário a ser dado à palavra de seus membros, a própria prerrogativa máxima do Poder Legislativo: o exercício da palavra. 6. A Carta Magna de 1988, bem como toda a legislação regulamentadora da proteção ao deficiente físico, são claras e contundentes em fixar condições obrigatórias a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade para a integração dessas pessoas aos fenômenos vivenciados pela mesma, pelo que há de se construírem espaços acessíveis a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente nas Casas Legislativas. 7. A filosofia do desenho universal neste final do século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam

exercer, integralmente, suas atividades. 8. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido para reconhecer-se direito líquido e certo da impetrante de utilizar a Tribuna da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, nas mesmas condições dos demais Deputados, determinando-se, portanto, que o Presidente da Casa tome todas as providências necessárias para eliminar barreiras existentes e que impedem o livre exercício do mandato da impetrante. 9. Homenagem à Constituição Federal que deve ser prestada para o fortalecimento do regime democrático, com absoluto respeito aos princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da **dignidade da pessoa humana** e do exercício livre do mandato parlamentar. (STJ – 1ª T – RMS n. 9.613 – v. u. – 11.5.99 – rel. Min. José Delgado).*

16. **6.2. Pessoa Portadora de Deficiência e Exigência de Adaptação de Veículos.** Portador de Deficiência. Transporte coletivo. Exigência de adaptação. Competência legislativa concorrente. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 10.820/92 do Estado de Minas Gerais. Pessoas portadoras de deficiência. Transporte coletivo intermunicipal. Exigência de adaptação dos veículos. Matéria sujeita ao domínio da legislação concorrente. Possibilidade de o Estado-membro exercer competência legislativa plena. Medida Cautelar deferida por despacho. Referendo recusado pelo plenário. O legislador constituinte, atento à necessidade de resguardar os direitos e os interesses das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes a melhoria de sua condição individual, social e econômica – na linha inaugurada, no regime anterior, pela EC n. 12/78 –, criou mecanismos compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens decorrentes dessas limitações de ordem pessoal. A Constituição Federal, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu artigo 24 – dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente à proteção e à integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) –, deferiu ao Estado-membro, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). A questão da lacuna normativa preenchível. Uma vez reconhecida à competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal em temas afetos às pessoas portadoras de

deficiência, e enquanto não sobrevier à legislação de caráter nacional, é de admitir a existência de um espaço aberto à livre atuação normativa do Estado-membro, do que decorre a legitimidade do exercício, por essa unidade federada, da faculdade jurídica que lhe outorga o artigo 24, § 3º, da Carta Política. (STF – ADIn n. 903-6 – MG – Pleno – m. v. – rel. Min. Celso de Mello).*

17. **6.3. Direito ao Benefício Mensal Assegurado pela Constituição Federal.**

Portador de Deficiência. Benefício Previdenciário. Direito Assegurado pela Constituição Federal. Não seria razoável que o autor, portador de deficiência mental e despossuído de meios para viver, esperasse sete anos para receber um direito previsto constitucionalmente. A "omissão" do Estado-legislador não pode trazer tamanho prejuízo aos cidadãos, eis que a Constituição Federal já lhes garantiu o direito de percepção, preenchidos os requisitos básicos que a própria Carta elencou, do benefício mensal. Ademais, o Estado Moderno, politicamente organizado, encontra seu fundamento de existência e de validade no direito que a ele foi concedido, em detrimento de parte dos direitos individuais, de poder sobrepor-se a estes com o escopo de amenizar as diferenças naturais existentes entre os homens, a fim de que direitos básicos como a vida e a liberdade ficassem resguardados de possíveis afrontas decorrentes destas condições, inerente ao homem, de diferenças naturais. (17ª Vara Federal de São Paulo – Ação Ordinária – Processo n. 93.0022137-0 – Juíza Federal Renata Andrade Lotufo Cerqueira).*

18. **7. DIREITOS DOS REFUGIADOS E ESTRANGEIROS.**

7.1. Refugiados. Réus de nacionalidade iraniana foram denunciados por usarem passaportes gregos e tarjetas por eles falsificados, quando tentaram embarcar, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, com destino a Toronto, no Canadá. Os acusados são isentos de pena. Sua conduta, no contexto dos fatos, não tem como ser reprovada. No Poder **Judiciário**, interrogados, cada qual dos acusados ressaltou uma particularidade apta a confrontá-los com o regime político vigente no Irã. No contexto provado nos autos, ficou claro que, para superar as dificuldades, os acusados não tinham outra opção. A atitude deles não foi, estritamente e em um primeiro momento, compatível com o ordenamento jurídico, mas este privilegia, em casos tais, como exceção, os acusados, isentando-os da pena, por ausência de culpabilidade. Nas circunstâncias apuradas, não se poderia

exigir outra conduta. (Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo – Ação Penal n. 95.104162-0 – Juiz Fábio Prieto de Souza).*

7.2. Estrangeiros, Direitos Fundamentais e Excesso de Prazo na Prisão. Penal.

Estrangeiro. Direitos e Garantias Fundamentais. Prisão Preventiva. Excesso de Prazo. Direitos e Garantias Fundamentais. Estrangeiros. A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais. Prisão Preventiva. Excesso de Prazo. Uma vez configurado o excesso de prazo, cumpre, em prol da intangibilidade da ordem jurídica constitucional, afastar a custódia preventiva. Idas e vindas do processo, mediante declarações de nulidade, não justificam a manutenção da custódia do Estado. O mesmo acontece se o acusado é estrangeiro. Evasão do território nacional corre à conta do poder de polícia, presumindo-se esteja o Estado aparelhado para coibi-la. (STF – HC n. 74.051-SC – 2ª T. – v. u. – 18.6.96 – rel. Min. Marco Aurelio) *DJU*, de 20.9.96, p. 34.538. Penal. Estrangeiro. Prisão Preventiva. Excesso de prazo. Crime hediondo. Interpretação preconceituosa. 1. As razões de Estado, em se tratando de direito individual de qualquer pessoa neste país, brasileiro ou estrangeiro, não podem transcender aos limites da Constituição da República. 2. As leis penais, que como quaisquer outras têm que se conformar com os mandamentos constitucionais, sob pena de não valerem nada, não podem ser interpretadas preconceituosamente, ao sabor de cada situação. 3. Havendo excesso de prazo a que não deu causa a defesa, configura-se o constrangimento ilegal. É a maneira da lei, denunciando a desídia dos agentes do poder público, estancar a coação ilegal que se perpetra em nome do Estado. 4. A existência de prisão preventiva não acoberta o excesso de prazo injustificável a que não deu causa a defesa. 5. Não sendo o pedido de liberdade provisória com ou sem fiança, nem de nulidade de prisão em flagrante substituível por prisão preventiva, inaceitável desviar-se a questão para a Lei dos Crimes Hediondos, insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória, nem para questão de cabimento, no caso, de prisão preventiva. 6. Recurso conhecido e provido parcialmente para que o acusado aguarde o julgamento em liberdade vigiada. (STJ – RHC n. 3.729-SP – 5ª T. – v. u. – 22.6.94 – rel. Min. Edson Vidigal) *DJU*, de 19.9.94, p. 24.704.

19. **7.3. Estrangeiro e Direito ao Silêncio.** Penal. Estrangeiro. Prisão em flagrante. Direito ao Silêncio. I - Alemão, já radicado no Brasil há mais de três anos e meio, vivendo com brasileira e com filho brasileiro, foi preso em flagrante por ter no interior de seu apartamento grande quantidade de pasta de cocaína já preparada para venda a varejo. De acordo com o auto de prisão em flagrante, constou que falava o português e dispensava a comunicação a familiares e ao Consulado. Mais tarde, por ocasião do interrogatório judicial, alegou que não falava a língua portuguesa. Foi-lhe dado intérprete. Já condenado, ajuizou *Habeas Corpus* com o fito de anular todo o processado por violação das garantias constitucionais. Também aduziu excesso de prazo. II - No mundo jurídico, tornou-se internacionalmente conhecido o caso "Miranda v. Arizona", julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1966: o custodiado tem o direito de ficar em silêncio quando de seu interrogatório policial e deve ser advertido pela própria polícia que tem direito, antes de falar, de comunicar-se com seu advogado ou com seus familiares. A própria Constituição Brasileira de 1988 consagra tal cláusula como "direito fundamental" (art. 5º, inc. LXII e LXIII, parágrafo 2º). Mas, do bojo dos autos infere-se que não houve a violação deduzida, e que o paciente entendia o português. Por outro lado, no curso do processo o paciente teve ampla possibilidade de defesa. Também não se pode falar em excesso de prazo: a sentença condenatória foi proferida antes do ajuizamento do *Habeas Corpus*. III - Recurso Ordinário improvido. (STJ – RHC n. 4.582/RJ – 6ª T. – v. u. – 19.9.95 – rel. Min. Adhemar Maciel) *DJU*, de 27.11.95, p. 40.928.
20. **7.4. Estrangeiro e Progressão de Regime Prisional.** Princípio da Individualização da Pena. Progressão do Regime. Finalidade social da sanção criminal. A negativa de progressão de regime prisional a uma **pessoa** sentenciada, e a determinação para que o cumprimento da sanção seja feito exclusivamente no regime fechado, representa um atentado ao princípio da individualização da pena, além de que redundaria em tratamento que não atende à finalidade essencial da sanção criminal, que é a obtenção da ressocialização do condenado, pelo que não pode ser o benefício negado quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos ensejadores. (TRF – 3ª Região – Apelação Criminal n. 97.03.071969-4

– SP – 5ª T. – v. u. – 18.5.98 – rel. Juíza Suzana Camargo).* Penal. Estrangeiro. Progressão ao regime semi-aberto. Possibilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte é no sentido de ser a progressão ao regime semi-aberto incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão esteja aguardando o término da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil. Reservas feitas pelo Ministro-relator quanto a esse entendimento, tendo em vista que a condição de "estrangeiro", erigida em critério discriminatório, não encontra amparo em norma legal expressa e a finalidade que se quer atribuir a essa discriminação não tem justificativa razoável, visto que o regime semi-aberto é, na verdade, regime "semi-fechado", cumprido em penitenciária agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, parágrafo 1º, CP), oferecendo garantias contra fugas, permitindo, pois, a execução da ordem de expulsão. Hipótese, porém, em que não se dispõe de elementos nos autos para a decisão quanto ao mérito do pedido, que dependeria de exame de prova, incabível na via sumaríssima do *writ. Habeas corpus* indeferido. (STJ – HC n. 3.596-SP – 5ª T. – v. u. – 4.10.95 – rel. Min. Assis Toledo) *DJU*, de 26.2.96, p. 4.026.

21. **7.5. Extradicação e Respeito aos Direitos Humanos.** A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. A mera condição jurídica que ostenta o extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial **dignidade** que lhe é inerente como **pessoa humana** e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). Extradicação e *due process of law*. O extraditando assume, no processo

extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante – impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56 – 58, Relator Ministro Celso de Mello). O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao *fair trial* atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição. Extradicação, Pena de Morte e Compromisso de Comutação. O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do *suplicium extremum*, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este previamente assuma o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira – fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, "a") – permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. O chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar a pena de morte em pena privativa de liberdade, não necessitando comprovar, para esse efeito específico, que se acha formalmente autorizado pelo Ministério das Relações Exteriores de seu País. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas outorga à Missão Diplomática o poder de representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso), derivando dessa eminente função política um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. (STF – Plenário – Extradicação n. 633-9 – rel. Min. Celso de Mello).*

22. **8. DIREITOS CIVIS. 8.1. Direito à Indenização por Dano Moral em Virtude de Tortura.** Ação Indenizatória. Dano Moral. Tortura. Vítima torturada em delegacia de polícia. Existência de provas indiretas e circunstanciais. Verba devida. Há a responsabilidade maior até que o dano moral; mas foi este que se pediu; e este não se prende apenas a mal físico, a lesões físicas, mas também a dor e ou ao sofrimento moral. (TJ/SP – AC n. 592.5/9 – 1ª Câm. Direito Público – 11.8.97 – rel. Cauduro Padin).*
23. **8.2. Direitos de Personalidade.** Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu "debaixo de vara". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas. Preservação da **dignidade humana**, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer. Provimento judicial que em ação civil de investigação de paternidade implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF – Plenária – HC n. 71.373-4 – m. v. – 10.11.94 – rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio).*
- Liberdade de Imprensa. Abuso. Dano Moral. Em casos tais, quando se verifica descabido abuso da liberdade de imprensa e de expressão, que maculam a imagem, a privacidade e a auto-estima de seres humanos – notadamente dos mais humildes – incumbe ao **Judiciário** dar a sua resposta, não com o inaceitável intuito de censura, mas visando evitar o abuso da liberdade de informação, que não raras vezes atinge o âmago do sentimento das pessoas. (Vara da Comarca de Ribeirão Preto-SP – Processo n. 616/96 – Ordinário – Francisco Câmara Marques Pereira).*
- Direitos da Personalidade. Indenização por Dano Moral. 1. Os direitos da personalidade estão agrupados em direitos à integridade física (direito à vida; direito sobre o próprio corpo; e direito ao cadáver) e direitos à integridade moral (direito à honra; direito à liberdade; direito ao recato; direito à imagem; direito ao nome; direito moral do autor). A CF de 1988 agasalhou, nos incisos V e X do artigo 5º, os direitos subjetivos privados relativos à integridade moral. 2. Dano moral. Lição de Aguiar Dias: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de

direito e não a própria lesão abstratamente considerada. Lição de Savatier: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de Pontes de Miranda: nos danos morais, a esfera ética da **pessoa** é que é ofendida; o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio. 3. O ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com os seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas, aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos. Não é mais possível ignorar esse cenário em uma sociedade que se tornou invasora porque reduziu distâncias, tornando-se pequena, e, por isso, poderosa na promiscuidade que propicia. Daí ser desnecessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. 4. Nenhum homem médio poderia espancar os seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação de seu nome associado a uma doença incurável, desafiadora dos progressos da ciência e que tantos desesperos tem causado à humanidade. 5. O artigo 5º, X, da CF, assegura ao ser humano o direito de obstar a intromissão na sua vida privada. Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja – ainda mais quando a notícia é baseada apenas em boatos – pois tal informação está na esfera ética da **pessoa humana**, dizendo respeito à sua intimidade, à sua vida privada. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre a sua saúde. 6. A reparação do dano moral deve adotar a técnica do *quantum* fixo. Apelo provido. (TJ/RJ – Ap. n. 3.059/91 – 1ª Câmara – v. u. – 19.11.91 – rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito).*

24. **8.3. Inviolabilidade do Domicílio.** Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de "casa", para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o artigo 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade.

Sendo assim, nem os organismos policiais e nem a Administração Pública, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, podem invadir domicílio alheio, sem a prévia e necessária existência de ordem judicial, ressalvada a ocorrência das demais exceções constitucionais. As decisões em causa, após reconhecerem, corretamente, que simples "barracos" (enquanto espaços habitacionais ocupados) também dispõem da mesma proteção jurídica dispensada pela Constituição ao domicílio, enfatizaram que as medidas liminares ora questionadas não impedem o exercício, pelo Governo do Distrito Federal, do seu poder de polícia, desde que venha este a ser praticado, como é óbvio, com observância da Constituição. (STF – Decisão proferida em Suspensão de Segurança n. 1.203/DF – Min. Celso de Mello) *DJU*, de 15.9.97, p. 44.222.*

25. **8.4. Liberdade de Comunicação e Opinião.** Trancamento de IP. Funcionamento de rádio comunitária sem autorização. Rádio de potência ínfima. Inexistência de perigo de lesão ao bem protegido pela norma penal. Não se tipifica o crime previsto no artigo 70 da Lei n. 4.117/62, quando ausente qualquer potencialidade lesiva em transmissões de rádios comunitárias, de diminuta potência e pouco alcance. Face à ausência de norma regulamentadora da expedição de autorizações de funcionamento de rádios comunitárias, em princípio tipifica-se a inconstitucionalidade por omissão, em face do que preceitua o artigo 220, § 1º, da CF, da norma incriminadora da conduta. A omissão legislativa fere, igualmente, o preceituado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda a utilização de meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. (TFR – 3ª Região – RHC n. 96.03.060213-2 – SP – 2ª T. – rel. p/o Acórdão Juíza Sylvia Steiner) *DJU*, de 19.3.1997.
26. **8.5. Responsabilidade por Erro Judiciário.** Responsabilidade civil do Estado. Confissão obtida na Delegacia de Polícia mediante coação irresistível. Condenação baseada neste fato. Erro **judiciário**. 1. A incorrência dos testemunhos policiais neste processo, além de outros depoimentos que confirmam as lesões corporais infligidas ao autor-apelado conduzem à lição de que a confissão do crime de homicídio foi realizada em ambiente de anormalidade procedimental. 2. Em todas as fases do processo-crime, negou o recorrido a autoria criminosa. 3. Os jurados, baseados na exclusiva tese da confissão na

polícia, detalhe que os induziu a erro, consideraram o apelado autor do crime doloso. 4. Evidenciada, assim, a ocorrência de um erro **judiciário**, que levou o recorrido a permanecer na prisão por mais de seis anos. 5. Merecida, pois, a indenização estipulada pela sentença, consoante o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal de 1988. Apelação e remessa desprovidas. (TRF – 1ª Região – AC n. 89.01.24610-4 – 4ª T – v. u. – 26.8.91 – rel. Juiz Nelson Gomes da Silva).* Responsabilidade civil do Estado. Erro **judiciário**. Apelado que, por omissão da autoridade policial, permaneceu preso por mais de 30 dias, além da condenação. Aplicabilidade do artigo 5º, LXXV, da CF de 1988, eis que o direito à indenização nasce a partir do momento em que a permanência do apelado na prisão ultrapassar o tempo da pena imposta. Fixação do *quantum* da indenização, que pode ser arbitrada, visto que há de se fixar um valor de acordo com as condições do condenado." (TJ/SP – 4ª Câmara Civil – Apelação Cível n. 149.809 – 7.11.91 – rel. Des. Alves Braga). Indenização. Erro **judiciário**. Condenação e prisão criminal. Dano moral e material. Cumulabilidade das indenizações. Estimativa por arbitramento. Juízo prudencial. (TJ/SP – Apelação Cível n. 143.413-1 – São Paulo – 5.11.91 – rel. Des. Cezar Peluso).

27. **8.6. Responsabilidade por Erro Médico.** Serviços médico-hospitalares. Morte do Paciente. Responsabilidade. Dano material e dano moral devidos. Ocorre, no entanto, que no caso que se nos apresenta, o paciente foi internado para fins de realizar uma intervenção cirúrgica no fígado e demais tratamentos similares, vindo a sofrer, por falhas do órgão médico, queimaduras graves e profundas, advindas de colchão térmico. Não se discute, pois, o resultado de tratamento médico regular. Não se fala em exigência de tratamento eficaz para o mal que acometeu originalmente o paciente. O que se coloca em pauta é que o paciente veio a sofrer queimaduras graves e de grande extensão, em razão de falha técnica e pessoal, de colchão térmico, que provocaram o falecimento. No caso, os danos morais a serem indenizados por compensação, decorrem de todo o transtorno (social, familiar e psicológico) que a deficiente prestação de serviço público essencial causou à autora, decorrente das lesões advindas à vítima que contribuíram para a sua morte. (12ª Vara da Fazenda Pública da Capital de São

Paulo – Ordinário – Processo n. 579/96-8 – Juiz Henrique Rodriguera Claviso).* Médico. Atendimento inadequado. Morte. Danos Morais e Materiais. Indenização. Fazenda Pública. Ato ilícito. Médico que deixou de atender paciente pelo procedimento devido para a situação. Morte do Paciente. Responsabilidade objetiva. Artigo 37, § 6º, CF. Condenação no pagamento de danos morais e materiais. Recurso provido para esse fim. (TJ/SP – Apelação Cível n. 2.144-5/0 – 4ª Câm. – v. u. – 14.8.97 – rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello).*

28. **8.7. Responsabilidade por Violação à Integridade Física do Detento.**

Presidiário. Integridade física e moral. Respeito à dignidade da pessoa humana. Garantia individual. É princípio fundante do Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana. Constitui garantia individual que ninguém será submetido à tortura ou tratamento degradante, inclusive preso na sua integridade física e moral, devendo a lei punir as práticas atentatórias aos direitos fundamentais, direitos que se opõem ao Estado, de forma auto-aplicável, sem prejuízo dos vários tratados de que somos signatários, recentemente compilados pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, que instrumentalizam proteção de direitos humanos. (Vara da Comarca de Altinópolis-SP – Ação Indenizatória – Processo n. 323/97 – Juiz Evandro Renato Pereira).* Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento quando de invasão de presídio pela Polícia Militar do Estado para repressão à rebelião de detentos, com elevado número de mortos. Abuso do direito-dever de repressão caracterizado, em face do excesso cometido pelos agentes do Estado. Teoria do risco administrativo e preceito constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado. Indenização devida, mas limitada ao dano moral requerido pela mãe do detento morto, por não comprovado o dano patrimonial. Embargos infringentes recebidos e acolhidos, para que prevaleça o voto minoritário. (TJ/SP – 8ª Câm. de Dir. Público – EI n. 240.511-1/9-01– 16.10.96 – m. v. – rel. Des. José Santana) *B. AASP* 1984, 1º a 7.1.97).* Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade Civil. Morte de detento por ação policial durante rebelião na Casa de Detenção. Responsabilidade objetiva do Estado. Teoria do Risco Administrativo. Culpa exclusiva ou concorrente da vítima não configurada. Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República. Verba devida. Recursos não providos. A

responsabilidade do Estado por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, é objetiva e ele só se exime da obrigação de indenizar se comprovar que a vítima concorreu para o evento danoso. (TJ/SP – Apelação Cível n. 274.952-1 – 5ª Câmara. Dir. Público – v. u. – rel. Des. Borelli Machado).*

29. **8.8. Responsabilidade por Violência em Estabelecimento Público.** Neste sentido já se decidiu que "ao receber o menor estudante, deixado no estabelecimento de ensino da rede oficial para aprendizado, a entidade pública se investe no dever de preservar a sua integridade física, havendo de empregar, através dos mestres e demais servidores, a mais diligente vigilância para evitar qualquer consequência lesiva que possa resultar do convívio escolar." (10ª Vara da Fazenda Pública da Capital – Ordinária – Processo n. 708/93 – Juiz Paulo Guilherme Amaral Toledo).* Servidora pública submetida a atos libidinosos e roubo dentro do estabelecimento. Sequelas. Danos psicológicos. Indenização devida. Cabe ao Município zelar pela segurança de seus servidores, no interior dos estabelecimentos que mantém. Inimaginável a dor sofrida pela autora. A corrupção de seus sentimentos e vontade teve efeitos visíveis e, sem dúvida teve, e terá por muito e muito tempo, efeitos invisíveis, sentidos, sofridos. Patente que a indenização deve ser de vulto (11ª Vara da Fazenda Pública – Ordinária – Processo n. 1.226/97 – Juiz Fernão Borba Franco).*

30. **9. GARANTIAS PROCESSUAIS.**

9.1. Princípio da Presunção de Inocência. É descabido o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, eis que afronta a garantia constitucional da presunção da inocência. (TAC/RS – Apelação n. 290105741 – 1ª Câmara. – v. u. – 10.10.90 – rel. Juiz Luiz Gonzaga Pila Hofmeister).* Penal. Processual. Sonegação fiscal. Prisão preventiva. Fundamentação. *Habeas Corpus*. 1. A liberdade é a regra no Estado de Direito Democrático; a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória; ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito a ampla defesa. 2. Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar. A lei

define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o juiz decidir sem fundamentação. 3. O pressuposto de toda decisão é a motivação; logo, não pode haver fundamentação sem motivação. Ambas só poderão servir gerando na decisão a eficácia pretendida pelo juiz se amalgamadas com suficientes razões. 4. Prisão preventiva sem fundamentação; ordem de *habeas corpus* concedida. (STJ – HC n. 3871-RS – 5ª T. – v. u. – 2.10.95 – rel. Min. Edson Vidigal) *DJU*, de 13.11.95, p. 38.684.

31. **9.2. Direito de Apelar em Liberdade.** Sentenciado. Outro processo em andamento. Apelação em liberdade. Possibilidade. O fato de ter o acusado outro processo em andamento, mesmo que sob a imputação de roubo, não afasta necessariamente o apelo em liberdade, mormente se é primário, sendo imprescindível para sua prisão que fique demonstrado, especificamente, que a sua soltura comprometerá a ordem pública ou impedirá a aplicação da Lei Penal. (TACrim – SP – HC n. 283.382/7 – 5ª Câmara – m. v. – 29.11.95 – rel. designada Juíza Angélica de Almeida). * Processo Penal. Direito de apelar em liberdade, não vinculação ao prévio recolhimento à prisão. Duplo grau de jurisdição garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Estatuto de São José da Costa Rica. Adesão do Brasil. Decreto n. 678/92, norma do direito interno, no mesmo patamar de Lei Federal. Derrogação do artigo 594, do Código de Processo Penal. Embora não se afaste, em tese, a possibilidade de decretação da prisão, em sentença, se confirmados os pressupostos da prisão *ad cautelam*, não mais se pode condicionar o direito de apelar ao prévio recolhimento à prisão, *ex vi* da garantia do recurso "efetivo aos condenados, pelo Estatuto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – artigo 8º, número 2, "h"), a que o Brasil aderiu, com a ratificação pelo Decreto n. 678/92. Conforme o sistema paritário, as normas contidas em tratados internacionais, celebrados pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII) e aprovados pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), ingressaram em nosso direito interno, no mesmo escalão das leis federais, derrogando as que dispõem em sentido contrário. (TJ/DF – HC n. 0007224/96 – 2ª T. Crim. – 30.5.96 – rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito) *DJU*, Seç. II, de 19.3.1997, p. 4.417.

32. **9.3. Direito do Condenado ser Ouvido.** Execução Penal. Direito de defesa. Audição do condenado. *Habeas Corpus*. Execução Penal. Regime. Regressão. O regime de cumprimento da pena é determinado na sentença condenatória, admitida transferência a regime mais severo. Impõe-se, porém, ensejar direito de defesa ao condenado. Não basta a defesa técnica. Impõe-se, como condição prévia, a audição do condenado (LEP, art. 118, § 2º). Exigência do Direito Penal, da Criminologia e dos Direitos Humanos. (STJ – RHC n. 7.463 – 6ª T. – v. u. – 23.6.99 – rel. Min. Vicente Cernicchiaro).*
33. **9.4. Direito de ser Julgado em Prazo Razoável.** Penal. Processual. Tentativa de homicídio. Pronúncia. Súmula n. 21 – STJ. Excesso de prazo no julgamento. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Concessão *ex officio*. *Habeas Corpus*. Recurso. 1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no Brasil através do Decreto n. 678/92, consigna a idéia de que toda pessoa detida ou retida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. 2. A jurisprudência tem sido rigorosa no que diz respeito ao excesso de prazo na instrução criminal, ficando, porém, inerte no que pertine ao próprio julgamento. 3. Considerando que o paciente aguarda seu julgamento, preso e sem data marcada, há pelo menos 1 (um) ano da data da pronúncia, configurado está o constrangimento ilegal ao seu direito de ir e vir. 4. Recurso improvido. Concessão da ordem. (STJ – RHC n. 5.239 – 5ª T – v. u. – 7.5.96 – rel. Min. Edson Vidigal).* Penal. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal. *Habeas Corpus*. 1. Nunca é demais enfatizar que vigora no nosso sistema legal, por força de compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num prazo razoável, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei. 2. Configurado o excesso de prazo a que não deu causa a defesa, configurado está o constrangimento ilegal. Foi a receita do legislador para que o Estado não ficasse indefinidamente com um acusado sob sua custódia, privado da liberdade, seu bem mais sagrado, sem o devido processo legal. É a maneira da lei, denunciando a desídia dos agentes do poder público, estancar a coação ilegal que vez por outra se perpetra em nome do Estado. 3. *Habeas Corpus* conhecido;

excesso de prazo reconhecido. (STJ – HC n. 5.284-PE – 5ª T. – v. u. – 4.3.97 – rel. Min. Edson Vidigal) *DJU*, de 5.5.97, p. 17.062.

34. **9.5. Direito do Preso à Comunicação com Advogado.** Advogado. Restrição ao exercício profissional. Direito à comunicação com o cliente. Constitui prerrogativa profissional do advogado o direito de "comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis" (Lei n. 8.906/94, art. 7º, III). Esse direito – que traduz instrumento de concretização da cláusula constitucional que assegura a plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV) – não pode sofrer ilícitas interferências do Poder Público e nem expor-se a exigências inaceitáveis que lhe dificultem ou, até mesmo, frustrem o seu regular exercício, especialmente se se considerar, também na perspectiva da pessoa que se acha presa, que esta tem direito público subjetivo de manter "entrevista pessoal e reservada com o advogado". (Lei n. 7.210/84, art. 41, IX). (STF – Decisão proferida nos autos da Extradução n. 633 – 6ª T. – rel. Celso de Mello) *DJU*, de 25.6.96.*
35. **9.6. Princípio da Fungibilidade e Verdade Material.** Processual Penal. Recurso. Fungibilidade. O acesso ao Judiciário, garantia constitucional, coerente com os Direitos Humanos, enseja aplicar o princípio da fungibilidade; com isso, confere-se significado material ao processo, não se restringindo ao aspecto formal. (STJ – Petição n. 1.029-MA – 6ª T. – m.v. – 25.11.98 – rel. p/ o acórdão Min. Luiz Vicente Cernichiaro) *DJU*, de 1º.3.99, p. 379.
36. **9.7. Princípio do Juiz Natural.** O princípio da naturalidade do Juízo – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais. (STF – HC n. 69.691/SP – 1ª T. – v. u. – 24.11.92 – rel. Min. Celso de Mello) *DJU*, de 18.12.92, p. 24.377.
37. **9.8. Direito ao Silêncio.** *Habeas Corpus*. Interrogatório judicial. Ausência de advogado. Validade. Princípio do contraditório. Inaplicabilidade. Persecução penal e liberdades públicas. Direitos públicos subjetivos do indiciado e do réu.

Privilégio contra a auto-incriminação. Constrangimento ilegal não caracterizado. Pedido indeferido. A superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico. A ausência do advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não torna obrigatória, em consequência, a presença do defensor do acusado. O interrogatório judicial não está sujeito ao princípio do contraditório. Subsiste, em consequência, a vedação legal – igualmente extensível ao órgão da acusação –, que impede o defensor do acusado de intervir ou de influir na formulação das perguntas e na enunciação das respostas. A norma inscrita no artigo 187 do Código de Processo Penal foi integralmente recebida pela nova ordem constitucional. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal, e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. (STJ – HC n. 68929/SP – 1ª T. – v. u. – 22.10.91 – rel. Min. Celso de Mello) *DJU*, de 28.8.92, p. 13.453. RHC. Constitucional. Processual Penal. Indiciado. Acusado. Silêncio. O indiciado, ou o acusado não pode ser compelido a trazer elementos para a sua condenação. Tem o direito a "permanecer calado". (CF, art. 5º, LXIII). (STJ – RHC n. 6.756/SP – 6ª T. – v. u. – 20.10.97 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro) *DJU*, de 15.12.97, p. 66.571. Processo Penal. Inépcia da denúncia. Nulidade do interrogatório. Desmembramento da ação penal. I - Atendidos os requisitos do artigo 41 do CPP, e inexistindo prejuízo para a defesa, não é inepta a denúncia. II - O fato do juiz da causa ter advertido o paciente de que seu silêncio poderia prejudicá-lo, é irrelevante, na medida em que, se calado tivesse ele ficado, tal situação em nada

poderia agravá-lo, sendo o silêncio, hoje, constitucionalmente protegido. No entanto, tendo prestado depoimento, deveria o impetrante indicar, objetivamente, qual o prejuízo decorrente de seu interrogatório, o que não o fez, impondo-se, ao caso, aplicar-se a máxima – *pas de nullité, sans grief*. III - Presentes os pressupostos do artigo 80 do CPP, inexistente ilegalidade no desmembramento da ação penal. IV - Ordem indeferida. (STJ – HC n. 2.571/SP – 6ª T. – v. u. – 24.5.94 – rel. Min. Pedro Acioli) *DJU*, de 13.6.94, p. 15.120. Silêncio. Direito. Garantia constitucional. Informação ao acusado. Informação do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I - O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II - Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III - Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito. (STF – HC n. 78.708/SP – 1ª T. – v. u. – 9.3.99 – rel. Min. Sepúlveda Pertence) *DJU*, de 16.4.99, p. 8.

38. **9.9. Inadmissibilidade de Provas Ilícitas.** Reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-

jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de "casa", para os fins de proteção jurídico-constitucional a que se refere o artigo 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. (STF – Ação Penal n. 307-3-DF – Preliminar do voto proferido pelo Min. Celso de Mello).*

39. **9.10. Função de Garantia do Tipo Penal.** Extradicação. Inviabilidade. Respeito aos Direitos Humanos. Crime punível com a pena de morte. O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem essa exigência de objetivo – além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional. (STF – Plenário – Extradicação n. 633 – rel. Min. Celso de Mello).
40. **9.11. Direito à Progressão de Regime de Execução de Pena.** A conservação do sentenciado em regime impróprio vulnera também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que integrada ao Direito Pátrio por força do Decreto n. 678, de 6.11.1992, cujo artigo 7º, item 2, preceitua: "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas

de que é exemplo, da decisão restringir-se a mencionar que o acusado não preenche os requisitos do artigo 408, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal. O combate à violência encontra adesão da sociedade. Urge, entretanto, acatar o sistema jurídico democrático e as penosas e lentas conquistas dos Direitos Humanos. (STJ – RHC n. 3.365/SP – 6ª T. – v. u. – 14.3.94 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro) *DJU*, de 4.4.94, p. 6.695. Decisão judicial. Fundamentação. Sanção penal. Utilidade social. HC. Constitucional. Penal. Processual penal. Pena. Individualização. O artigo 59 do Código Penal encerra conquista histórica, impulsionada pelos movimentos hoje conhecidos por Direitos Humanos. Vários séculos são passados. Da vingança privada, quando o ofendido respondia ao ofensor, como quisesse, ou pudesse. A pena de talião, na ótica atual, exemplo de barbárie, em seu tempo, representou conquista lenta e pesarosa. Delimitou a sanção: dente por dente, olho por olho, braço por braço. A história da Criminologia é o relato das causas da delinquência a fim de a sanção ser adequada, justa e oportuna. Nessa linha, o positivismo de Lombroso, o sociologismo de Ferri, a busca do delito natural de Garofalo, a Criminologia Clínica de Di Tullio, a Sociologia Criminal, com a célebre Escola de Chicago, retomando a teoria da "anomia" de Durkheim. Firma-se a moderna sociologia americana, devendo ser realçado o surgimento do instituto, hoje universalmente reconhecido – *white collar crime* – que lembra sempre as pesquisas de Sutherland. Não se olvidem ainda as tendências socialistas com esteio nas idéias de Karl Marx. Apesar das diversas ideologias, notadamente do ponto de partida, voltam-se para o mesmo fim: disciplinar a atuação do Estado, presente no processo penal, e que a sanção penal, ao contrário do início, da vingança privada, tenha utilidade social. Além disso, com a experiência ainda das conseqüências iníquas e funestas da mencionada etapa histórica, policiar o próprio Estado – detentor do poder (não é simples direito) de punir. Em síntese, a atividade judicial de aplicar a pena é discricionária. Discricionária quanto à matéria. Vinculada na forma. O juiz precisa explicar (fundamentar, enfim) todos os seus passos. E, para tanto, cativo a este raciocínio: adequar o fato à norma. Esta é extensa (sentido lógico do termo). O fato, por seu turno, posto nessa extensão. Em outras palavras, o ser compreendido no dever-ser. Dessa forma, na motivação o juiz precisa adequar o fato à norma. E

mais. Fazê-lo expressamente. Não há fundamentação implícita. O Código de Processo Penal, nessa linha histórico-política, comanda no artigo 381: "A sentença conterà ... III - "a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão." E – importante – no inciso IV – acrescenta – "a indicação dos artigos de lei aplicados". A lei, então, formalizou a referida adequação – ser/dever-ser. Outra particular importância: como toda norma é extensa (no sentido mencionado) o juiz precisa indicar – nessa extensão – onde se coloca o fato delituoso. E mais, comando do mencionado dispositivo legal: não basta apontar o artigo; imprescindível ajustar o fato ao artigo. Imposição expressa. Tecnicamente, porque constitutivo, requisito de existência. No caso *sub judice*, como transcrito, o ilustre magistrado registrou:" (...) levo tão somente em consideração a intensidade do dolo (...)" Dolo é aspecto do elemento subjetivo, de vontade do agente: agasalhado pelo Código Penal em dois aspectos: direto e eventual (art. 18, I). Dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir, ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo. É relativa, isso sim, à culpabilidade – entendida, no sentido moderno da teoria geral do delito, como reprovabilidade, censurabilidade – ao agente – não ao fato. Porque, podendo agir de modo diverso, não o fez. Insista-se, não existe dolo intenso. A culpabilidade, sim, é intensa, média, reduzida, ou mensurada intermediariamente a essas referências. No caso *sub judice*, a pena-base foi majorada "pela intensidade do dolo". Essa qualificação é normativamente inadequada. Além do mais, ainda que tais considerações não se façam procedentes, dada a exigência da fundamentação explícita, o juiz precisaria motivar a referida intensidade. Termo que, ontologicamente, contém graus. Aliás, a lei vigente, não menciona mais intensidade do dolo como se referira a Parte Geral revogada do Código Penal. Abandonou-se a teoria da causalidade. Ainda que permitido fosse invocar a antiga nomenclatura, impunha-se, pelo mencionado artigo 381, III, "a indicação dos motivos do fato". Esta referência genérica, sem dúvida, reclama, no caso concreto, descrição do acontecimento histórico em julgamento. Se assim não o fizer, limitar-se-ia a indicar o artigo de lei. A nulidade, porque instituto de exceção, deve alcançar somente o que não for aproveitável. Na espécie, somente o tópico

da individualização da pena evidencia vício. Nessa extensão deverá ser recepcionada. (STJ – HC n. 9.584/RJ – 6ª T. – v. u. – 15.6.99 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro) *DJU*, de 23.8.99, p. 153.

42. **9.13. Devido Processo Legal.** Meio Ambiente. Direitos Humanos de Terceira Geração. Princípio da Solidariedade. Reforma Agrária. Imóvel rural situado no pantanal mato-grossense. Falta de notificação pessoal e prévia do proprietário rural quanto à realização da vistoria (Lei n. 8.629/93, art. 2º, § 2º). Ofensa ao postulado do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). O postulado constitucional do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A União Federal – mesmo tratando-se de execução e implementação do programa de reforma agrária – não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra a eventual expansão arbitrária do poder estatal. A cláusula de garantia dominial que emerge do sistema consagrado pela Constituição da República tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade. Função social da propriedade e vistoria efetuada pelo INCRA. A vistoria efetuada com fundamento no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.629/93 tem por finalidade específica viabilizar o levantamento técnico de dados e informações sobre o imóvel rural, permitindo à União Federal – que atua por intermédio do INCRA – constatar se a propriedade realiza, ou não, a função social que lhe é inerente. O ordenamento positivo determina que essa vistoria seja precedida de notificação regular ao proprietário, em face da possibilidade de o imóvel rural que lhe pertence – quando este não estiver cumprindo a sua função social – vir a constituir objeto de declaração expropriatória, para fins de reforma agrária. Notificação prévia e pessoal da vistoria. A notificação a que se refere o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.629/93, para que se repute válida e possa consequentemente legitimar eventual declaração expropriatória para fins de reforma agrária, há de ser efetuada em momento anterior ao da realização da vistoria. Essa notificação prévia somente considerar-se-á regular quando comprovadamente realizada na pessoa do proprietário do imóvel rural, ou quando

efetivada mediante carta com aviso de recepção firmado por seu destinatário ou por aquele que disponha de poderes para receber a comunicação postal em nome do proprietário rural, ou, ainda, quando procedida na pessoa de representante legal ou de procurador regularmente constituído pelo *dominus*. O descumprimento dessa formalidade essencial, ditada pela necessidade de garantir ao proprietário a observância da cláusula constitucional do devido processo legal, importa em vício radical que configura defeito insuperável, apto a projetar-se sobre todas as fases subsequentes do procedimento de expropriação, contaminando-as, por efeito de repercussão causal, de maneira irremissível, gerando, em consequência, por ausência de base jurídica idônea, a própria invalidação do decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória. Pantanal mato-grossense (CF, art. 225, § 4º) – possibilidade jurídica de expropriação de imóveis rurais nele situados, para fins de reforma agrária. – A norma inscrita no artigo 225, parágrafo 4º, da Constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico de efetivação, pela União Federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no pantanal mato-grossense. A própria Constituição da República, ao impor ao poder público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, art. 186, II.), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o artigo 184 da Lei Fundamental. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – Direito de terceira geração – Princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos Direitos Humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria

coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos Direitos Humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

43. **9.14. Princípio da Ampla Defesa.** Advogado. Intimação. Exigência. Não cabe falar em intempestividade da apelação do réu, se somente quanto a esse houve intimação. Do princípio da ampla defesa resulta que a intimação da sentença condenatória deve ser feita, regularmente, tanto ao réu, como a seu defensor, fluindo o prazo de recurso a partir da última intimação efetuada. Deferimento parcial do *habeas corpus* para que, afastada a preliminar de intempestividade, prossiga o Tribunal indigitado coator no julgamento da apelação do paciente. (STF – HC n. 722.202/130-SC – 2ª T. – v. u. – 21.3.1995 – rel. Min. Néri da Silveira) *DJU*, de 26.5.1995.*
44. **9.15. Princípio do Livre Acesso ao Judiciário.** Previdenciário e Processo Civil. Preliminar de falta de interesse de agir. Matéria de fato alegada em grau de apelação sem a indicação de motivo de força maior a justificar o impedimento de suscitá-la na contestação. Impossibilidade. Inteligência do artigo 517 do CPC. I - Para o ingresso na via judicial não se faz necessária a formulação prévia do pleito na esfera administrativa. É assegurado pela Carta Magna em vigor o livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Daí exhibir-se sem fundamento a alegação de falta de interesse de agir do autor que postulou diretamente em juízo. II - O momento processual próprio para o réu apresentar toda a matéria de defesa de direito e de fato é a contestação (CPC, art. 300). Passada esta oportunidade, só será possível deduzir novas alegações nas hipóteses do artigo 330 do referido diploma legal. Em se tratando, porém, de matéria de fato, o seu suscitamento em grau de recurso

está condicionado à existência de motivo de força maior (art. 517). III - Preliminar rejeitada. IV - Apelação e Remessa Oficial improvidas (TRF – 5ª T. – AC n. 136.531 – 1ª T – v. u. – 10.9.98 – rel. José Maria Lucena).*

45. **10. DIREITOS SOCIAIS. 10.1. Função Social da Propriedade.**

Reintegração de posse. Reforma agrária. Oposição entre direitos patrimoniais e fundamentais. Boa parte de graves conflitos sociais, entre eles o êxodo rural, a reforma agrária, que não se realiza, que deveriam ser resolvidos nas outras duas esferas do Poder Público, especialmente no âmbito do Executivo, têm sua solução deliberadamente protelada por opção ideológica e política, eis que a maioria dos recursos não são aplicados na área social. Em suma, para decidir, ter-se-á, obrigatoriamente, de optar entre duas alternativas: 1ª o prejuízo patrimonial que a invasão certamente causará (ou até já está causando) à empresa arrendatária das terras ocupadas; 2ª a ofensa aos direitos fundamentais (ou a negativa do mínimo social) das 600 famílias dos "sem terra" que, sendo retirados de lá, literalmente não têm para onde ir. Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta. Não bastando a doutrina apontar esta solução, o bom senso impõe tal direcionamento. (TJ/RS – AI n. 598.360.402 – 19ª Câm. Cível – m. v. – 6.10.98 – rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Jr.).*

Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terrenos urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito. (TJ/SP – Apelação Cível n. 212.726-1-4-SP – 8ª Câmara – v. u. – 16.12.1994 – rel. Des. José Osório).* Colocando na balança da justiça, de um lado os interesses de três casais, para os quais a área em litígio representa muito, mas não é fundamental, e de outro, os de noventa ou mais famílias, para os quais essa mesma área é condição de vida digna, parece não ser

difícil determinar para que lado pende a balança. O Judiciário, por ser um Poder, não pode ficar apenas na posição subalterna de obediência a comandos emitidos pelos demais Poderes. Deve colaborar com o Legislativo e o Executivo na solução dos problemas sociais, especialmente quando se apresentam hipóteses, que não se prestam à edição de normas abstratas, exigindo solução concreta, osso a osso. Não pode o Judiciário ser injusto, aguardando que sobrevenha lei justa, *maxime* quando o legislador se omite, temeroso das conseqüências que possam advir da emissão de norma geral, perigo que o Judiciário pode enfrentar, porque suas decisões não são leis, valendo apenas para o caso. *Opus justitiae pax*. É, então, de se perguntar qual a solução mais consentânea com a paz social. E a resposta, mais uma vez, pende para os réus, especialmente se levada em conta a crise econômica que ora atravessamos, com leva de trabalhadores sem emprego, sem casa, sem comida. (Vara Cível da Comarca de Paracity – Processo n. 351/96 – Juíza Márcia Andrade Gomes Bosso).* É muito inocente pensar que eu vou despejar esse pessoal, com ajuda da polícia, de seus moquiços, em nome de uma tal asseverada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento. Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza. A lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores. Como toda lei, tem em mira o homem comum, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorear-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou por qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem. Mas não é o caso no presente processo. Petição inicial indeferida (8ª Vara Federal de Belo Horizonte – Reintegração de Posse – Processo n. 95.0003154-0 – Juiz Antônio Francisco Pereira).* Direito à moradia. Função social da propriedade. Interpretação da lei. O problema da moradia da população é um dos mais graves problemas sociais da Nação. Nos aportes de conflitos dessa natureza, em sede jurisdicional, normalmente não se tem tomado em conta os aspectos axiológicos da norma e nem as prescrições constitucionais relativas ao escopo e função social da propriedade. Desconsideram-se, ainda, as modificações da sociedade atual e propende-se,

nessas decisões, a aplicar, cegamente, prescrições legislativas do início do século. Administrativa e politicamente priorizam-se obras que alavancam votos ou que projetam o administrador público, em prejuízo das garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos. Também assim, comumente, as decisões judiciais: olvida-se que "toda decisão do juiz é um compromisso político e ético, pois, como detentor do poder político, tem as responsabilidades a ele inerentes." (7ª Vara da Comarca de Londrina-PR – Reintegração de Posse – Processo n. 155/98 – Juiz José Cichocki Neto).*

46. **10.2. Reforma Agrária.** Movimento popular. Direito coletivo. Expressão de cidadania. *Habeas corpus*. Constitucional. *Habeas corpus*. Liminar. Fiança. Reforma agrária. Movimento Sem Terra. *Habeas corpus* é ação constitucionalizada para preservar o direito de locomoção contra atual, ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder (CF/1988, art. 5º, LXVIII). Admissível a concessão de liminar. A provisional visa a atacar, com a possível presteza, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade. Fiança concedida pelo STJ não pode ser cassada por juiz de direito, ao fundamento de o paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que está submetido. Como executor do acórdão, deverá comunicar o fato ao Tribunal para os efeitos legais. Não o fazendo, preferindo expedir mandado de prisão, comete ilegalidade. Despacho do relator, no Tribunal de Justiça, não fazendo cessar essa coação, por omissão, a ratifica. Caso de concessão de medida liminar. Movimento popular visando a implantar a Reforma Agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático. (STJ – HC n. 5.574/SP – 6ª T. – m. v. – 8.4.97 – rel. Min. William Patterson) *DJU*, de 18.8.97, p. 37.916.
47. **10.3. Terras Indígenas.** A questão das terras indígenas. Sua finalidade institucional. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio da União Federal. As áreas por ela abrangidas são inalienáveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que

se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, parágrafos 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. (STF – RE n. 183.188-0 – 1ª T. – v. u. – 10.12.96 – rel. Min. Celso de Mello) *DJU*, de 14.2.97, p. 1988.

48. **10.4. Direito à Saúde e Direito do Consumidor.** Portador de HIV. Plano de Saúde. Cobertura. Todavia, não se pode olvidar que o envelhecido Código Civil data de uma época distante, em que os conhecimentos médicos, tecnológicos, científicos em geral eram ainda reduzidos. Uma época em que o mercado era diferente; as empresas e organizações eram outras; a mentalidade empresarial e da própria população e seus governantes era outra. Dito Código surgiu em tempo em que preocupações com direitos humanos e ecologia ainda era restrita a uns poucos mais iluminados. Os tempos são outros. Os direitos humanos são a ordem do dia. É muito justo e imperativo de mercado que o empresário busque o lucro, mas que o faça eticamente, humanitariamente, respeitando os direitos maiores da raça humana, dentre eles a saúde e a vida. O artigo 5º, da Constituição Federal, assegura o direito à vida e o artigo 196 assevera que a saúde é direito de todos e, como fez questão a seguradora ré de ressaltar, dever do Estado. (2ª Vara Cível Central de São Paulo – Processo n. 217/95 – Sumário – Juiz Durval Augusto Rezende Filho). Sentença confirmada pelo acórdão proferido nos EI n. 08.113.4/0-01, à p. 508.* Portador de HIV. Plano de saúde. Cláusula de exclusão de cobertura. Nulidade. Aplicar-se friamente as regras do Código Civil seria ignorar a realidade das coisas, que deve ser considerada pelo juiz em seus julgamentos. Não se pode deixar de identificar que a cláusula contratual em questão efetivamente afigura-se nula, em face da contradição que ostenta ao negar a assistência médica, objetivo da contratação. (TJ/SP – AC n. 26.932.4/8 – 9ª Câm. Cível – v. u. – 17.11.98 – rel. Des. Paulo Menezes). Ação Civil Pública. Defesa do consumidor. Importação de carne da Europa após acidente na Usina Nuclear Chernobyl. Transação visando à reexportação do produto. Dúvida,

sustada por corrente científica, a respeito dos níveis de radiação fixados oficialmente como não prejudiciais à saúde humana. 1. É indisponível, ao MPF, como autor da ação civil pública (Lei n. 7.347, de 24.7.85), o direito material objeto do litígio. A saúde pública, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), é bem indisponível, protegido por lei, mesmo contra a vontade de seu titular (CPC, arts. 320-II, 351 e 333, § único, I). Intransacionalidade, ademais, decorrente do artigo 1.035 do CC. 2. Pendente a controvérsia que formou a lide e não dissipada a incerteza quanto à novidade ou não do produto, a permissão de seu consumo no exterior afrontaria o princípio constitucional de respeito aos direitos humanos (art. 4º, II), bem como os compromissos do Brasil perante a Comunidade das Nações. 3. Transação não homologada. Decisão unânime. (TRF/4ª Região – EIAC n. 90.04.09456-3 – RS – TR – rel. Juiz Teori Albino Zavascki). *DJU*, de 5.12.1990.

49. **10.5. Direito à Remuneração por Trabalho Prestado.** A Constituição exige respeito à dignidade humana e ao trabalho, alinhando entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos (art. 1º, III e IV). E não é só: mais além, a Carta Magna assegura a prevalência dos direitos humanos; proíbe o tratamento desumano e degradante, e afirma que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 4º, II; art. 5º, III; art. 193). A contratação foi realizada de forma irregular, mas a força de trabalho dispendida não exime o ente público da responsabilidade pela prestação de serviço à servidora, que, presumivelmente, de boa-fé, dedicou-lhe a sua força de trabalho. (TRT – 4ª Região – Recurso Ordinário n. 00463.701 – 4ª T. – m. v. – rel. Juiz Irani Rodrigues Palma).
50. **10.6. Salário Mínimo e Satisfação das Necessidades Vitais Básicas.** Salário mínimo. Desrespeito à Constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.

Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. A cláusula constitucional inscrita no artigo 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo, consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetividade de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no artigo 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) –, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. (STF – Plenária – ADIn n. 1.458-7 – v. u. – 23.5.96 – rel. Min. Celso de Mello).*

51. **10.7. Direito ao Trabalho e Dignidade Humana.** Trabalhador. Dano moral. Execração Pública. Dano moral. Configuração. O autor foi despedido sem motivo, pela via estimulada de um plano de demissões. No caso, essa proposta veio a ser formulada numa situação típica de constrangimento moral a que o autor foi relegado ao ser posto em disponibilidade remunerada precisamente numa época em que os funcionários e empregados públicos passavam por notória degradação de imagem, iniciada com a caça governamental aos marajás da administração pública, desencadeada no Governo Collor, seguida de um sistemático, oficial e calculado desprestígio e deformação do conceito de servidor público, a pretexto de modernização e adequação do tamanho do Estado aos padrões da economia globalizada e neoliberal, ávida por privatizações de empresas previamente saneadas. Ora, vivendo às custas do Estado sem contra prestar o seu trabalho, o autor foi praticamente lançado à execração pública – pois não se pode dissimular a inatividade por muito tempo –, passando a ser visto como "apaniguado",

"apadrinhado" e funcionalmente "reprovado", vale dizer, tido como servidor supérfluo e inaproveitável no esquema de modernização da empresa pública em fase de saneamento administrativo. A isso se somou, obviamente, o comprometimento da auto-estima, com sentimentos íntimos de vexame e constrangimento perante a sociedade, mais diretamente perante amigos e até mesmo familiares. A ruptura contratual a que foi induzido atingiu-o moralmente, expondo-o a uma lesão psíquica danosa. (TRT – 2ª Região – RO n. 02970026044 – 8ª T. – v. u. – 26.1.98 – rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva).

52. **10.8. Direito ao Trabalho e Pessoa Portadora do vírus HIV.** Trabalhador. Portador de HIV. Dano moral. Viola o patrimônio imaterial do empregado, o empregador que tendo ciência de ser o mesmo portador do vírus HIV, promove seu despedimento. Comprovada a conduta discriminatória o dano moral causado gera o direito à indenização, nos termos do artigo 5º, X da Constituição Federal. (TRT – 2ª Região – RO n. 2990095360 – 10ª T. – v. u. – 11.3.99 – rel. Juíza Maria Ines Santos Alves da Cunha). Trabalhador. Portador de HIV. Despedida. Arbitrariedade. Reintegração. Empregado portador do vírus da Aids. Não obstante inexistente no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da síndrome da imunodeficiência adquirida – Aids, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV. Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no *caput* do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos. (TST – ERR n. 205.359-MG – v. u. – 27.4.99 – rel. Min. Leonaldo Silva) *DJU*, de 14.5.99, p. 43. Trabalhador. Portador de HIV. Despedida. Arbitrariedade. Reintegração. Empregado portador do vírus da Aids. Caracterização de despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do Direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de

dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. (TST – RR n. 217.791-PR – v. u. – 14.5.97 – rel. Min. Valdir Righetto) *DJU*, de 6.6.97, p. 25.270. Aids. Reintegração. Mandado de segurança. Sendo o trabalhador portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite restar prejudicado o seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do trabalhador. De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal. (TST – ROMS n. 197.134-MG – v. u. – 17.12.96 – rel. Min. Cnea Moreira) *DJU*, de 28.2.97, p. 4.380.

10.9. Educação – Inadmissibilidade de Condicionar o diploma ao pagamento de mensalidade em atraso. Ensino. Estabelecimento superior. Diploma. Recebimento pelo aluno, condicionado ao pagamento de mensalidades em atraso. Inadmissibilidade. Violação do artigo 5º, incisos XIII e LIV, da Constituição da República. Existência, ademais, de meios judiciais próprios, para que a instituição cobre seus créditos. Recurso provido. (TJ/SP – 3ª Câm. Dir. Priv. – AC n. 229.170-1 – 2.2.96 – rel. Des. Antonio Mansur).

ANEXO I

**STJ - Recurso Especial nº 1.046.130 – MG (2008/0075284-3) – Relatora: Ministra
NANCY ANDRIGHI**

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.130 - MG (2008/0075284-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : G G DA C
ADVOGADO : EVANDRO FRANÇA MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : M F DE S
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens. Pedido de alimentos, formulado pela ex-companheira, em nome próprio, em favor dos filhos. Alegação de ilegitimidade. Afastamento. Ilegitimidade superveniente, decorrente da maioria de um dos filhos atingida no curso do processo. Afastamento. Fixação da pensão alimentícia. Súmula 7/STJ. Determinação, pelo Tribunal, de que a partilha seja feita posteriormente, mediante processo de inventário. Adiantamento quanto aos bens que a deverão integrar. Alegação de incompatibilidade entre as decisões. Afastamento. Pedido de revisão do montante fixado a título de meação. Súmula 7/STJ. Recurso conhecido e improvido.

- Na ação em que se pleiteia alimentos em favor de filhos menores, é desta a legitimidade ativa, devendo o genitor assisti-los ou representá-los, conforme a idade. A formulação, porém, de pedido de alimentos pela mãe, em nome próprio, em favor dos filhos, em que pese representar má-técnica processual, consubstancia mera irregularidade, não justificando o pedido de anulação de todo o processo, se fica claro, pelo teor da inicial, que o valor solicitado se destina à manutenção da família. Ilegitimidade ativa afastada.

- A maioria do filho menor, atingida no curso do processo, não altera a legitimidade ativa para a ação.

- O valor da pensão fixada pelo Tribunal não pode ser revisto nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ.

- A determinação, feita pelo Tribunal, de que a partilha dos bens seja promovida mediante processo futuro de inventário (art. 1.121, §1º do CPC) não é incompatível com a prévia indicação de quais bens deverão integrar a divisão. Adiantamento de partilha só haveria na hipótese em que o juiz determinasse, antes do inventário, a divisão individualizada do patrimônio, atribuindo bens específicos a cada um dos companheiros.

- A fixação do montante da participação da companheira na formação do patrimônio comum é providência levada a efeito pelo Tribunal mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, cuja revisão é vedada pela Súmula 7/STJ.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das

Superior Tribunal de Justiça

notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2009(data do julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.130 - MG (2008/0075284-3)

RECORRENTE : G G DA C
ADVOGADO : EVANDRO FRANÇA MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : M F DE S
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por G. G. da C. visando a impugnar acórdão exarado pelo TJ/MG no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens e pedido de pagamento de pensão alimentícia, proposta por M. F. de S. em face do ora recorrente. Argumenta, na petição inicial, que vinha convivendo em união estável com o réu há mais de 20 anos, tendo a sociedade conjugal se dissolvido em 6/4/2005. Da união nasceram quatro filhos, C. S. da C. (19 anos, na propositura da ação), N. S. C. (17 anos), K. S. C. (15 anos) e G. G. da C. J. (13 anos). A autora requer, no processo, além da partilha de bens, o pagamento de pensão destinada também às crianças.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a união estável, decretando a respectiva dissolução e fixando o direito da autora à partilha do patrimônio comum, na proporção de 40% dos bens amealhados pelo companheiro. Fixou-se, também, a obrigação de pagamento, pelo varão, de pensão alimentícia de 2 salários mínimos a cada um dos filhos menores.

A sentença foi impugnada por recurso de apelação, interpostos por ambas as partes.

Acórdão: deu parcial provimento aos recursos, nos termos da seguinte ementa:

" União estável. Convivência duradoura, pública e contínua. Partilha do patrimônio. Alimentos. Valor da prestação mensal. Reconhece-se a união estável, no período em que evidenciada a convivência duradoura, pública e contínua dos litigantes como entidade familiar. A partilha dos bens decorrente da união estável deve ocorrer em

Superior Tribunal de Justiça

proporções iguais, quando verificada, durante a convivência, a contribuição da companheira, ainda que indireta, para a formação e o incremento do patrimônio adquirido pelo companheiro. Mantém-se a prestação alimentícia quando o valor fixado, segundo os elementos do processo, atende aos requisitos e 'a proporcionalidade definidos no art. 1.694, 'caput' e §1º do Código Civil. Acolhe-se parcialmente a preliminar e dá-se provimento parcial aos recursos."

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados pelo TJ/MG.

Recurso especial: interposto por G. G. da C., com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional. Alega-se violação aos arts.:

(i) 131, 458, II e 535, II, do CPC, pela rejeição dos embargos de declaração;

(ii) 6º e 267, VI, do CPC, porquanto a recorrida pleiteou, *em nome próprio*, alimentos em favor de seus filhos, não o fazendo em nome dos menores, por ela representados ou assistidos, conforme a idade das crianças;

(iii) art. 462 do CPC, porquanto uma das filhas do casal, N.S.C., era menor à época da propositura da ação, mas já não o era à época em que prolatada a sentença, de modo que sua mãe deixou de ter legitimidade para assisti-la após a maioridade;

(iv) art. 1.694 do CC/02, uma vez que o TJ/MG, para fixar a pensão a que fariam jus a recorrida e os filhos do casal, tomou em consideração apenas a necessidade dos alimentandos, e não a possibilidade do recorrente;

(v) art. 1.121, §1º do CPC, c.c. 1.775 do CC/16 (2.017 do CC/02), com fundamento em que o TJ/MG, não obstante tenha determinado que a partilha dos bens seria promovida mediante inventário (já que havia controvérsia entre as partes), adiantou-se em mencionar imóveis que seriam excluídos e incluídos no respectivo cálculo;

(vi) art. 5º, parágrafo único da Lei 9.278/96, por dois motivos: primeiro, porque o TJ/MG determinou a partilha de todos os bens adquiridos pelo recorrente durante a União Estável, sem excluir aqueles adquiridos a título gratuito ou por sub-rogação de bens particulares; segundo, porque reconheceu que a participação da recorrida na aquisição do patrimônio teria sido meramente indireta, de modo que não justificaria a concessão, a ela, de 50% desses bens.

Superior Tribunal de Justiça

Admissibilidade: o recurso foi admitido, na origem.

Parecer do MP: subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Maurício Vieira Bracks, pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa parte, por seu improvimento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.130 - MG (2008/0075284-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : G G DA C
ADVOGADO : EVANDRO FRANÇA MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : M F DE S
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

I - Delimitação da controvérsia

Para além das alegações de omissão, contradição e obscuridade do acórdão recorrido, cinge-se a controvérsia a estabelecer: (i) se é possível à mãe pleitear, em nome próprio, alimentos em favor de seus filhos menores; (ii) se a maioria atingida por um dos filhos, antes de prolatada a sentença, influencia nessa legitimidade; (iii) se há necessidade de revisão da pensão alimentícia fixada pelo TJ/MG, pelo binômio necessidade/possibilidade; (iv) se, na dissolução de união estável, a determinação de partilha mediante processo futuro de inventário é compatível com o prévio estabelecimento de parte dos bens que não deverão integrar a divisão; (v) se a exclusão, da partilha, de bens particulares e sub-rogados deve integrar a decisão quanto à dissolução, ou pode ser relegada ao futuro inventário; (vi) se comporta revisão o estabelecimento da participação da companheira no patrimônio do varão, à ordem de 50% dos bens comuns.

II - Dos embargos de declaração (violação aos arts. 131, 458, II e 535, II do CPC)

O TJ/MG apreciou a controvérsia de maneira integral, solucionando todos os temas que lhe foram apresentados pelas partes. Não há obrigatoriedade de pronunciamento acerca de todos os dispositivos legais invocados pelo recorrente,

Superior Tribunal de Justiça

bastando que o acórdão decida de maneira integral a lide, valendo-se dos fundamentos reputados adequados pelos julgadores. Não há, portanto, ofensa aos arts. 131, 458, II e 535, II do CPC.

III - Da legitimidade

O recorrente argumenta que a recorrida não poderia ter ingressado com a ação, em nome próprio, pleiteando alimentos para os filhos menores. O correto teria sido ajuizá-la em litisconsórcio com os menores, representando-os ou assintindo-os, conforme a idade de cada um deles. A negativa, pelo TJ/MG, em reconhecer a ilegitimidade, implicaria violação aos arts. 6º e 267, VI, do CPC.

O i. representante do MP, no parecer exarado nos autos, ponderou que se *"trata de questão de ordem pública, constituindo desarrazoado apego às formalidades processuais exigir que seja ajuizada a ação própria, em que os filhos figurem como autores, representados por sua genitora, ferindo os princípios da instrumentalidade das formas, celeridade e economia processual"* (fl. 384)

Tenho sempre sustentado que o processo deve ser pensado como um instrumento tendente a, na máxima medida possível, atingir uma decisão de mérito. As nulidades processuais somente podem ser pronunciadas na hipótese de claro prejuízo relacionado a direitos fundamentais do processo, prejuízo esse a ser declinado de maneira expressa pelo julgador no momento em que declara a nulidade.

Na hipótese dos autos, discute-se a ilegitimidade da mãe para, em nome próprio, pleitear alimentos para seus filhos que, quando da propositura da ação, contavam com 17 anos (N. S. C.), 15 anos (K. S. C.) e 13 anos (G. G. da C. J.) Como se vê, entre os jovens, um deles deveria ser *assistido*, e dois *representados* pela mãe (art. 1.634, V, do CC/02).

A respeito da matéria, Yussef Said Cahali (*Dos Alimentos*, 4ª Edição, São Paulo: Editora RT, 2002, pág. 773) sustenta que:

"Proposta a ação de alimentos em nome próprio, pela

Superior Tribunal de Justiça

genitora que reclama alimentos em nome do filho menor que tem sob sua guarda, nem por isso se recomenda a extinção do processo desde logo: quando o juiz verifica a incapacidade processual ou irregularidade na representação das partes, deverá suspender o processo, marcando prazo razoável para ser sanado o defeito (CPC, arts. 267, IV e §3º, e 13); o que não impede que se rejeite desde logo a preliminar de carência da ação por pretensa ilegitimidade de parte do representante legal do menor, 'quando resulta da própria inicial que o pedido de alimentos é feito em favor do filho'

Esse entendimento traz, como suporte, o interesse público familiar que está na base da obrigação de prestar alimentos. O dever de sustento, guarda e educação dos filhos, que em princípio é de ambos os cônjuges (art. 1.566 do CC/02) vem sendo, na hipótese dos autos, adimplido de maneira direta pela mãe dos menores, a quem incumbiu sua guarda após a dissolução da União Estável. O pleito de alimentos para os menores, portanto, formulado por ela em nome próprio, em que pese representar *má técnica* processual, não consubstancia vício grave a ponto de justificar a anulação do processo. O pedido, como observou CAHALI na obra supracitada, é formulado claramente em favor dos filhos.

Naturalmente, o direito aos alimentos, reconhecido pelo acórdão, não é titularizado pela mãe, mas por cada um dos filhos a quem ela representou. Assim, eventual execução decorrente do seu inadimplemento deverá ser movida pelo titular, ou seja, por cada um dos filhos, pessoalmente.

IV - Da maioridade superveniente (arts. 462 do CPC)

O recorrente argumenta que um dos menores atingiu a maioridade no curso do processo, de modo que não poderia mais ser assistido por sua mãe. Esse fato deveria ter sido levado em consideração pelo Tribunal, sob pena de ofensa ao art. 462 do CPC.

Vê-se, portanto, que a impugnação quanto a esta parcela do julgado prende-se à idéia de que a maioridade seria, aqui, um *fato novo* que, necessariamente, produziria influência no julgamento. Resta verificar se essa alegação procede.

A jurisprudência do STJ é assente quanto à impossibilidade de exoneração

automática do alimentante, por ocasião da maioridade do filho carente de alimentos. Com efeito, em que pese o dever de prestar alimentos não encontre mais fundamento, nessas hipóteses, no *poder familiar*, tal obrigação ainda pode se fundar na *relação de parentesco*. Para que a exoneração se configure, portanto, é necessária a propositura de ação específica com esse fim, ou ao menos abertura do contraditório para a discussão específica da matéria na ação de alimentos (Súmula 358/STJ). De um modo ou de outro, a exoneração não é *automática*, com a maioridade.

Disso decorre que a maioridade atingida por um de seus filhos no curso da ação, por si só, *não consubstancia fato novo de relevo*, que possa influenciar no acórdão que decidiu a matéria. Para que esse fato influenciasse o dever de prestar alimentos, seria necessário conjugar outros elementos, o que demandaria discussão específica, em contraditório. Sob a ótica do art. 462 do CPC, portanto, a circunstância isolada da maioridade não justifica a anulação do julgado.

No que diz respeito à suposta ilegitimidade superveniente da parte, a matéria não poderia ser discutida sob a ótica do art. 462 do CPC. De todo modo, se aqui se concluiu que a mãe poderia, em nome próprio, pleitear alimentos em favor dos filhos menores, não seria razoável admitir que ilegitimidade superveniente por força da maioridade atingida no curso do processo. A análise da legitimidade de parte, como bem observado pelo TJ/MG, deve se reportar à data da propositura da ação e, após formada a relação processual, estabiliza-se.

V - A fixação da pensão (art. 1.694 do CC/02)

A revisão do montante fixado a título de pensão alimentícia implica revolvimento de matéria fático-probatória e a sua revisão, salvo hipóteses excepcionais, é vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ (AgRg no Ag 691231/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 4ª Turma, DJe 16/6/2008; AgRg no Ag 967226/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 14/4/2008; REsp 201348/ES, Re. Min. Castro Filho, 3ª Turma, DJ de 15/12/2003).

Superior Tribunal de Justiça

O recorrente alega, com fundamento na violação ao art. 5º da Lei 9.278/96, que o montante da participação da companheira sobre o patrimônio adquirido pelo varão no curso da união estável, fixado em 50% pelo TJ/MG, seria exagerado. Neste ponto, o recorrente argumenta que a sua companheira não trabalhou durante a união, e que mesmo em casa recebia a assistência de empregados para os afazeres domésticos.

Tal matéria não pode ser discutida nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ. Com efeito, ainda que se possa argumentar que, antes da promulgação do CC/02, somente poderia haver partilha, na União Estável, dos bens adquiridos mediante o esforço comum (sem uma regra rígida de meação), mesmo assim a apuração do esforço de cada um dos companheiros na formação do patrimônio demandaria análise da matéria fática do processo, o que não se pode fazer em sede de recurso especial.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0075284-3

REsp 1046130 / MG

Números Origem: 10443050229980001 10443050229980003 10443050229980004 443050228115
443050229980

PAUTA: 06/10/2009

JULGADO: 06/10/2009
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : G G DA C
ADVOGADO : EVANDRO FRANÇA MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : M F DE S
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO VALLADÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União Estável ou Concubinato

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de outubro de 2009

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

ANEXO II

NOTA TÉCNICA Nº 016/08/SAGI/MDS – Assunto: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua.

NOTA TÉCNICA

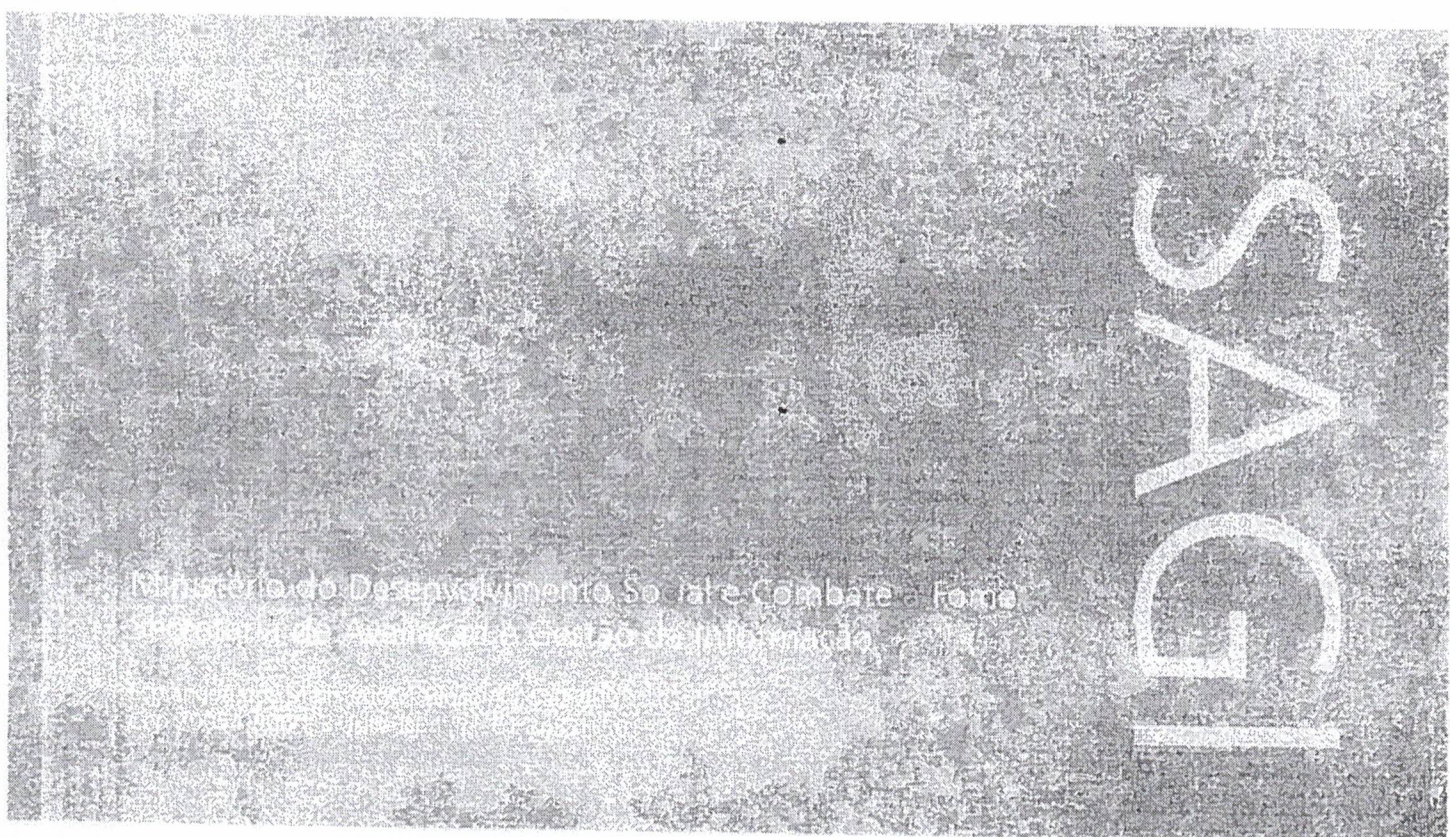
II* 016/08/SAGI/MDS

Assunto: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua

SAGI/MDS

Brasília, 19 de maio de 2008.

MDS



Ministerio do Desenvolvimento Social e Combate a Fome
Secretaria de Articulação e Gestão de Políticas Sociais

SAGI



MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME
Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação
Departamento de Avaliação e Monitoramento
Coordenação-Geral de Avaliação e Monitoramento de Execução e Impacto
Esplanada dos Ministérios, Bloco A, Sala 405 - 70054-900-Brasília-DF
Fone: (0**61) 3433-1509, Fax: (061) 3433.1528

Brasília, 19 de maio de 2008.

NOTA TÉCNICA Nº 016/08/SAGI/MDS

Assunto: *Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua*

A. Antecedentes:

A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua foi financiada com recursos do Tesouro e viabilizada por um acordo de cooperação assinado entre o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

A iniciativa de realizar esta investigação é decorrência de demandas dos movimentos sociais representativos desta população (apontadas no Primeiro Encontro Nacional sobre População de Rua, realizado em 2005) e do interesse do MDS em discutir estratégias, levantar desafios e recomendações. Um dos objetivos é subsidiar a formulação de políticas públicas dirigidas especificamente para este segmento populacional.

Como é usual em procedimentos administrativos que se pautam pelas diretrizes de transparência, probidade e impessoalidade no trato de recursos públicos, previstas na legislação brasileira pertinente, a contratação da instituição executora foi precedida de um processo de licitação no qual foram avaliados aspectos técnicos e metodológicos da proposta do projeto, a experiência e a competência dos concorrentes e os orçamentos apresentados. O Instituto META foi a empresa vencedora entre cinco concorrentes.

O público-alvo da pesquisa foi composto por pessoas com 18 anos completos ou mais vivendo em situação de rua. O levantamento abrangeu um conjunto de 71 cidades brasileiras. Desse total, fizeram parte 18 municípios com mais de 500 mil habitantes¹ e 23 capitais, independentemente de seu porte populacional. Entre as capitais brasileiras não foram pesquisadas São Paulo, Belo Horizonte e Recife, que haviam realizado

¹ Projeção dos dados do Censo Demográfico de 2000 (IBGE).

pesquisas semelhantes em anos recentes, além de Porto Alegre que solicitou sua exclusão da amostra por estar conduzindo uma pesquisa de iniciativa municipal simultaneamente ao estudo contratado pelo MDS. O trabalho de campo foi conduzido entre os meses de outubro de 2007 e janeiro de 2008.

O MDS, os profissionais que nele trabalham e a empresa contratada, cientes da complexidade que envolve uma pesquisa com um segmento diversificado e com as características da população em situação de rua, promoveram discussões aprofundadas sobre os referenciais teóricos dos conceitos a serem empregados e dos procedimentos metodológicos que orientaram as três etapas do estudo.

Um alerta inicial se faz necessário para o entendimento correto da pesquisa. Há um princípio metodológico central na pesquisa social: a adequada interpretação dos resultados requer que se observem as definições teóricas adotadas e a tradução delas nos conceitos operacionais utilizados. Portanto é de se esperar que haja diferenças entre estudos similares que não tenham adotado o mesmo referencial teórico-operacional ou que utilizaram orientações metodológicas diferentes tais como as que permitem identificar o público-alvo de uma pesquisa. Uma das motivações do MDS para realizar o levantamento nacional foi garantir a comparabilidade entre os resultados encontrados para cada município.

O MDS (Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação-SAGI e Secretaria Nacional de Assistência Social-SNAS) e a empresa contratada (META) adotaram procedimentos metodológicos cuidadosos, reconhecidos na literatura especializada sobre pesquisa social (definição dos conceitos, compartilhada entre especialistas e representantes dos movimentos; demarcação de zonas de ambigüidades; pré-teste; apoio de educadores sociais e membros dos movimentos para facilitar a abordagem da população em pauta; agendamento antecipado para visitas e coleta de dados nas instituições de albergamento, dentre outros).

B. Conceitos Operacionais

O ponto de partida foi a definição utilizada pela Secretaria Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, segundo a qual "a população em situação de rua é um grupo populacional heterogêneo, caracterizado por sua condição de pobreza extrema, pela interrupção ou fragilidade dos vínculos familiares e pela falta de moradia convencional regular. São pessoas compelidas a habitar logradouros públicos (ruas, praças, cemitérios etc.), áreas degradadas (galpões e prédios abandonados, ruínas etc.) e, ocasionalmente, utilizar abrigos e albergues para pernoitar".

Conceito de "rua"

Por "rua", entendem-se locais situados:

- sob pontes, marquises e viadutos, a frente de prédios privados e públicos;
- em espaços públicos não utilizados à noite, em parques, praças, calçadas, praias;
- em cascos de barcos na areia, embarcações não utilizadas no período noturno, portos, estações de trem, rodoviárias, a margem de rodovias;
- em esconderijos abrigados, dentro de construções com áreas internas ocupáveis; galerias subterrâneas, becos, postos de gasolina;

- nas áreas próximas aos depósitos de lixo, à reciclagem de material, ao ferro velho, às feiras e aos pontos comerciais;
- nos depósitos e prédios fora de uso, casas e prédios abandonados e outros locais relativamente protegidos do frio e da exposição à violência.

De acordo com o conceito utilizado,

Incluem-se:

- Pessoas que têm casa própria, alugada ou de parentes no interior ou em local afastado do centro da cidade e que dormem uma ou mais vezes na rua. Note-se que aqui estão incluídas as pessoas que trabalham num local longe de sua residência e que utilizam albergues/ruas para abrigo. Como muitas dessas pessoas exercem sua ocupação na rua, não se deve confundir este segmento com a população em situação de rua, conceitualmente diferente da população que trabalha na rua. O conceito adotado permite identificar o segmento da intersecção entre as duas populações, ou seja, a população em situação de rua que trabalha na rua. O conhecimento sobre essa intersecção permite a orientação de políticas específicas.
- Pessoas que constroem estruturas de plástico, papelão e madeira em áreas públicas ou em áreas privadas abandonadas que não configurem ocupações organizadas de prédios ou de terrenos.

Excluem-se:

- Pessoas em ocupações de prédios abandonados, feitas há muito tempo (mais de cinco anos), por indivíduos ou grupos em situação de rua e mantidas, de forma organizada, por moradores permanentes, apresentando características de razoável estruturação (divisórias de alvenaria, uso de luz elétrica, equipamentos domésticos etc.).
- Pessoas residentes em áreas de favela, exceto as áreas situadas nas cercanias da favela, como, por exemplo, nas partes baixas do chamado "pé do morro" em que a favela é localizada, nas quais as pessoas encontram abrigo em locais caracterizados por "rua".

O conceito de "albergue"

Albergues, num sentido mais amplo, são instituições de denominações variadas, que oferecem pernoite gratuito, ou por preços simbólicos, para a população que dorme na rua. Estes estabelecimentos são geralmente mantidos pelo poder público (especialmente Prefeituras Municipais e Governos Estaduais), mas podem ser também mantidos por ONGs, Igrejas, organizações filantrópicas privadas etc.

As instituições, incluídas na definição operacional de albergue, foram:

- Albergues - "serviços continuados destinados a adultos (inclusive idosos, pessoas com deficiência, migrantes e refugiados) que se encontram em situação de rua ou abandono. Oferecem condições para que as pessoas possam repousar e restabelecer-se. Por meio de acompanhamento profissional devem trabalhar de modo articulado com os demais serviços da rede, visando o resgate de vínculos familiares e comunitários ou a construção de novas referências, bem como a conquista de autonomia para a vida independente".

Outro filtro refere-se à idade. A pesquisa não procurava investigar a situação de meninas e meninos de rua. Embora seja um segmento de grande importância, as metodologias e as formas de abordagem recomendadas para o estudo de meninas e meninos de rua são diferentes das aplicadas à população adulta. A opção metodológica deste estudo foi abordar somente o segmento adulto da população em situação de rua.

C. As Fases da Pesquisa:

Pré-Campo

O MDS, representado nessa atividade pela SNAS e SAGI, procurou garantir ao máximo a participação dos interessados (gestores e movimentos organizados) e a contribuição de especialistas que haviam realizado estudos similares, através das seguintes atividades:

1. Informe aos gestores sobre a finalização do processo licitatório para contratação da empresa que conduziria a pesquisa. 66ª reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) – data: 07/03/2007;
2. Oficina com a pesquisadora Sílvia Schor (FIPE/USP), coordenadora do Censo de População de Rua de São Paulo – data: 19/06/2007;
3. Oficina com as pesquisadoras Regina Coeli e Maria Cristina Cesarino (PUC-MG), responsáveis pelo Censo de População de Rua de Belo Horizonte – data: 09/07/2007;
4. Comunicação ao Fórum Nacional dos Gestores Estaduais da Assistência Social (Fonseas), pela SNAS/MDS, por meio do Ofício Nº 1717 de 02 de agosto de 2007, sobre a realização da pesquisa. Tal documento solicitou a cooperação do Fonseas na sensibilização dos gestores municipais quanto à importância da contribuição dos mesmos para o êxito da pesquisa;
5. Comunicação ao Colegiado Nacional dos Gestores Municipais da Assistência Social (Congemas), pela SNAS/MDS, por meio do Ofício Nº 1718 de 02 de agosto de 2007, sobre a realização da pesquisa. Tal documento solicitou a cooperação desse órgão colegiado na sensibilização dos gestores municipais quanto à importância da contribuição dos mesmos para o êxito da pesquisa. Ademais, em tal comunicação, pediu-se a indicação de três representantes para participar da oficina na qual seriam discutidos os instrumentos de coleta de dados. Essa indicação foi feita e o MDS contou com a participação dos representantes do Congemas no referido evento.
6. Comunicação, pela SNAS/MDS, por meio do Ofício Circular Nº 14 de 03 de agosto de 2007, enviado por via eletrônica às secretarias municipais responsáveis pela gestão local da política de assistência social, sobre a realização da pesquisa. Tal documento solicitou a indicação de um técnico de referência, responsável por receber o coordenador municipal da pesquisa e fornecer as informações necessárias. Todas as secretarias municipais responderam ao MDS com a indicação solicitada, que foi encaminhada ao Instituto Meta;

7. Oficina com pesquisadores do estado da Bahia e de duas cidades que haviam realizado estudos similares (Recife e Belo Horizonte), além de representantes do Congemas, para discutir os instrumentos da pesquisa – data: 07/08/2007;
8. Informe aos gestores sobre a metodologia da pesquisa na 69ª reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) – data: 13/08/2007;
9. Apresentação sobre a metodologia da pesquisa em reunião do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) sobre População em Situação de Rua – data: 14/08/2007;
10. Oficina com o Movimento Nacional de População de Rua para exame dos instrumentos da pesquisa – data: 23/08/2007. Participaram ainda representantes da Pastoral do Povo da Rua de Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Fortaleza, da Organização de Auxílio Fraternal (OAF), da Associação Rede Rua, e do Instituto Nenuca de Desenvolvimento Sustentável (INSEA);
11. Contatos entre coordenadores municipais da pesquisa e os técnicos indicados pelas secretarias municipais. Os coordenadores se apresentaram às secretarias portando o Ofício Circular Nº 10/2007/SNAS/MDS, de 21 de agosto de 2007, que informa aspectos gerais sobre a pesquisa, apresenta o coordenador municipal da pesquisa, e solicita a cooperação do município com o seu trabalho;
12. Oficinas de capacitação dos coordenadores municipais com a presença de técnicos do MDS, do Instituto Meta, de representantes do movimento dos moradores de rua e, eventualmente, dos técnicos da assistência indicados como pontos focais em cada município. Total de sete oficinas regionais realizadas entre 30 de agosto a 4 de setembro de 2007;
13. Realização, em cada cidade selecionada, das seguintes ações, normalmente acompanhadas pelos profissionais de referência indicados pelos gestores municipais:
 - (a) articulação com órgãos públicos, organizações da sociedade civil e movimentos sociais;
 - (b) mapeamento das áreas de concentração de pessoas em situação de rua e instituições de acolhimento, pernoite e prestação de serviços para esta população;
 - (c) recrutamento e treinamentos de supervisores e entrevistadores;
 - (d) planejamento da atividade de coleta de dados (campo);
 - (e) treinamento dos supervisores e entrevistadores.
10. Oficinas de capacitação de supervisores e entrevistadores: conduzidas pelos coordenadores municipais da pesquisa, com acompanhamento freqüente do MDS (SAGI e SNAS) e do Movimento Nacional de Moradores de Rua.

Campo

Em todas as cidades selecionadas foi realizado um censo das pessoas em situação de rua, através da aplicação de um questionário reduzido (19 perguntas) e uma pesquisa amostral, que investigou um conjunto mais amplo de questões (62 perguntas). Participaram, ativamente, dessa fase as secretarias municipais, as organizações da

sociedade civil e os movimentos sociais, apoiando o agendamento com as instituições acolhedoras da população da rua e acompanhando as entrevistas realizadas.

O trabalho de campo foi realizado por 55 coordenadores, 269 supervisores e 926 entrevistadores, totalizando 1250 profissionais componentes da equipe de pesquisa. Apoiaram o trabalho de campo 144 moradores ou ex-moradores de rua e 85 educadores ou profissionais que trabalham com população em situação de rua, totalizando 229 apoiadores. No total 1479 pessoas atuaram nas atividades do levantamento de campo.

Durante a execução do trabalho de campo, informações sobre a metodologia da pesquisa e orientação para a condução da coleta de dados foram apresentadas:

1. Na Mesa Redonda "Diferentes abordagens para as metodologias de avaliação de políticas sociais", em 25/10/2007, no 31º encontro Anual da ANPOCS, realizado entre 22 e 26 de outubro de 2007 em Caxambu, Minas Gerais.
2. Na Oficina "Política para população em situação de rua na perspectiva do SUAS", em 15/12/2007, na VI Conferência Nacional de Assistência Social, realizada entre 14 e 17 de dezembro de 2007 em Brasília, DF.

Análise dos dados

A crítica dos dados foi realizada nos meses de dezembro de 2007 e janeiro de 2008, e consistiu em eliminar eventuais questionários duplicados e consolidar as informações na base de dados. A eliminação de questionários duplicados foi um processo cauteloso, que implicou a análise aprofundada de questionários que tivessem coincidência superior a 90%, tentando precisar se, de fato, se tratava de duplicação. Tendo em vista esse procedimento foram identificados e eliminados 187 questionários.

A análise dos dados foi realizada fazendo uso do programa estatístico SPSS, e orientada pela coordenação da pesquisa no MDS. Entre os eixos principais da análise incluem-se: vínculos familiares, trabalho e renda, motivos da ida para a rua, acesso à alimentação, serviços e cidadania.

Na 72ª Reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), realizada em 13 de novembro de 2007, foi apresentado informe sobre o *status* da pesquisa naquele momento e sobre quais seriam as estratégias de limpeza dos dados, para evitar que questionários eventualmente duplicados provocassem super-enumeração.

Divulgação dos resultados

O MDS, com os objetivos de garantir a transparência e possibilitar o debate sobre um levantamento inovador e complexo, planejou as seguintes atividades de divulgação e discussão dos resultados:

1. Apresentação dos resultados da pesquisa para os representantes do Governo Federal que integram o GTI, realizada em 25 de abril de 2008;
2. Envio, para os gestores estaduais e municipais, pelo correio dos resultados da pesquisa, acompanhados de informes e bancos de dados individualizados, para cada um dos 71 municípios e 23 estados, no dia 25 de abril de 2008. Alguns municípios

acusaram não ter recebido o material (divergências nos endereços registrados no MDS). Procurou-se corrigir o problema com o reenvio por meio magnético;

3. Divulgação dos resultados nacionais no dia 29 de abril de 2008. Para o evento no qual ocorreu a divulgação dos dados nacionais, foram convidados representantes do Congemas, Fonseas, especialistas, representantes de movimentos de defesa dos direitos da população em situação de rua e imprensa. No evento também se ressaltou que os resultados dos municípios seriam discutidos em oficinas a serem realizadas em datas futuras, ainda por agendar;

4. Divulgação no site do MDS do resumo executivo da pesquisa e da apresentação realizada pelo Instituto Meta;

5. Esclarecimento na 76ª reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), realizada em São Luiz do Maranhão no dia 7 de maio deste ano, sobre o processo de divulgação dos resultados da pesquisa. Na ocasião, representantes do MDS procuraram esclarecer aos membros da CIT os procedimentos adotados e a estratégia de divulgação adotada pelo MDS;

6. Realização de oficinas de trabalho, entre profissionais do MDS, do Instituto META e dos municípios pesquisados para o aprofundamento do debate com os gestores estaduais e municipais. As datas serão anunciadas até o final do mês de maio de 2008;

7. Adicionalmente, deverá ocorrer uma atividade para membros da CIT, do CNAS, Fonseas e do Congemas para apresentação dos resultados.

D. Principais resultados da pesquisa

Quantos são

- Foram identificados 31.922 pessoas em situação de rua nas 71 cidades pesquisadas, correspondendo a 0,061% da população residente.

Novo perfil da população em situação de rua

- Os resultados sugerem um novo perfil de população em situação de rua: o trabalhador pobre sem uma moradia convencional. Entre outros dados, justifica essa afirmação o fato de 70,9% exercerem alguma atividade remunerada.
- É provável que tenha ocorrido o alargamento da base constituinte da população em situação de rua, com a inclusão deste segmento.

Cristalização da situação de rua e institucionalização dos albergados

- Os dados apontam elevado grau de cristalização da situação de rua e elevado grau de institucionalização de pessoas que dormem em albergues.
- A cristalização da situação de rua conduz a um quadro crônico de difícil reversão, pois se trata dos mais pobres, analfabetos, sem profissão, que

nunca estiveram inseridos no mercado de trabalho formal e se encontram socialmente isolados.

E. Política Nacional

Criado por meio do Decreto s/nº, de 25 de outubro de 2006, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) está incumbido de elaborar a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Constituído no âmbito do Governo Federal, essa iniciativa resultou do entendimento de que o fomento aos processos de inclusão social e econômica da população em situação de rua implica a elaboração de uma política de natureza intersetorial. Sob a coordenação do MDS, integram o GTI o Ministério da Saúde (MS), Ministério da Educação (MEC), Ministério das Cidades (MCidades), Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Ministério da Cultura (MinC), Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), além de representantes do Movimento Nacional de Moradores de Rua (MNPR), da Pastoral do Povo da Rua e do Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social (Congemas).

Atualmente, o GTI ocupa-se de analisar a versão preliminar da política nacional, cuja finalização lançará mão dos dados obtidos na Pesquisa Nacional.

ANEXO III

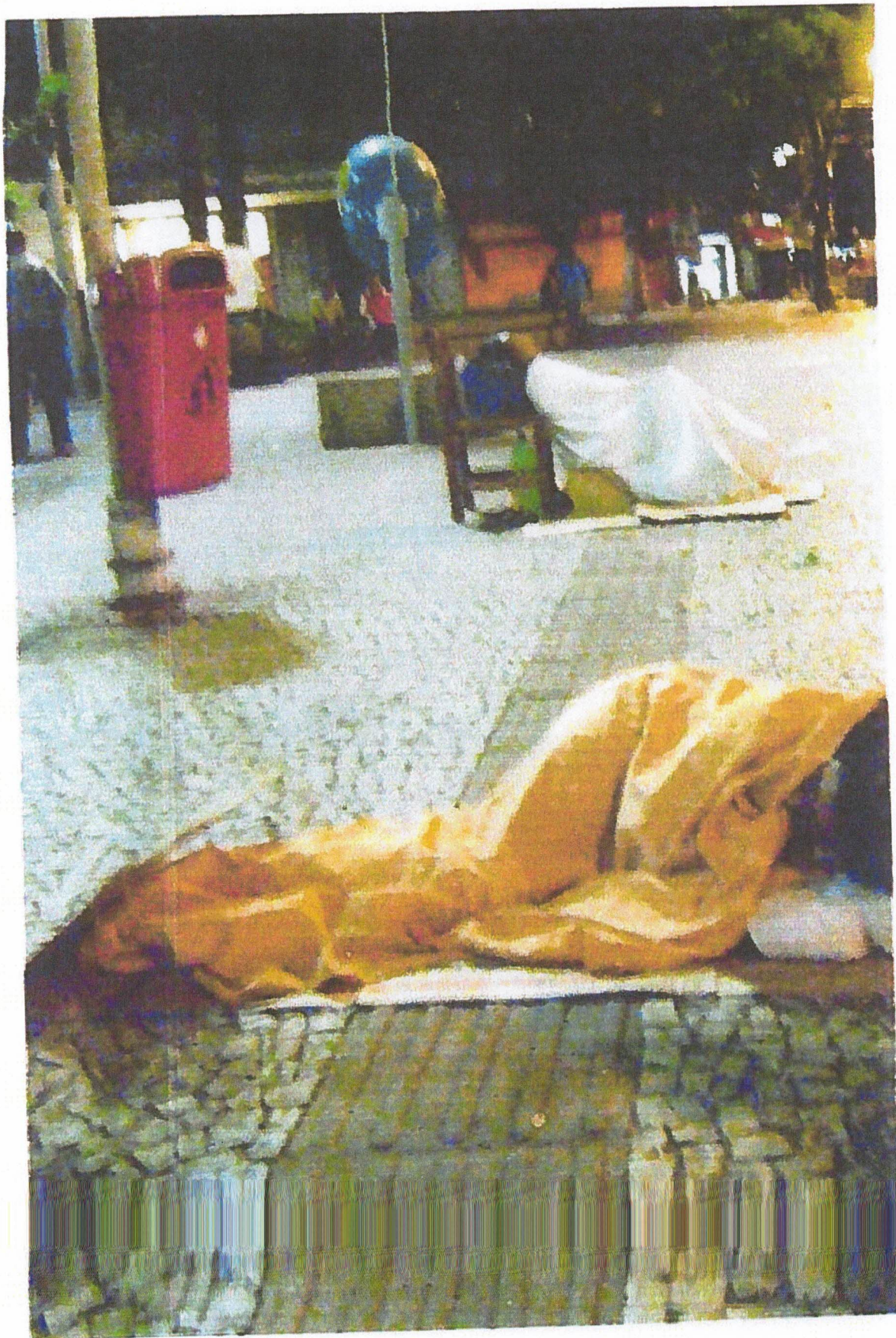
Os Sem Teto da Praça da Independência – Recife/PE. Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter //Divulgação//Diário de Pernambuco. Internet.

Os sem teto da Praça da Independência - Recife

Fotos

Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco

Data das Fotos: 1º de outubro de 2009, quinta-feira, 22:30 horas.



Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco

Os sem teto da Praça da Independência - Recife

Fotos

Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco

Data das Fotos: 1º de outubro de 2009, quinta-feira, 22:30 horas.



Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco

Os sem teto da Praça da Independência - Recife Fotos

Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco

Data das Fotos: 1º de outubro de 2009, quinta-feira, 22:30 horas.

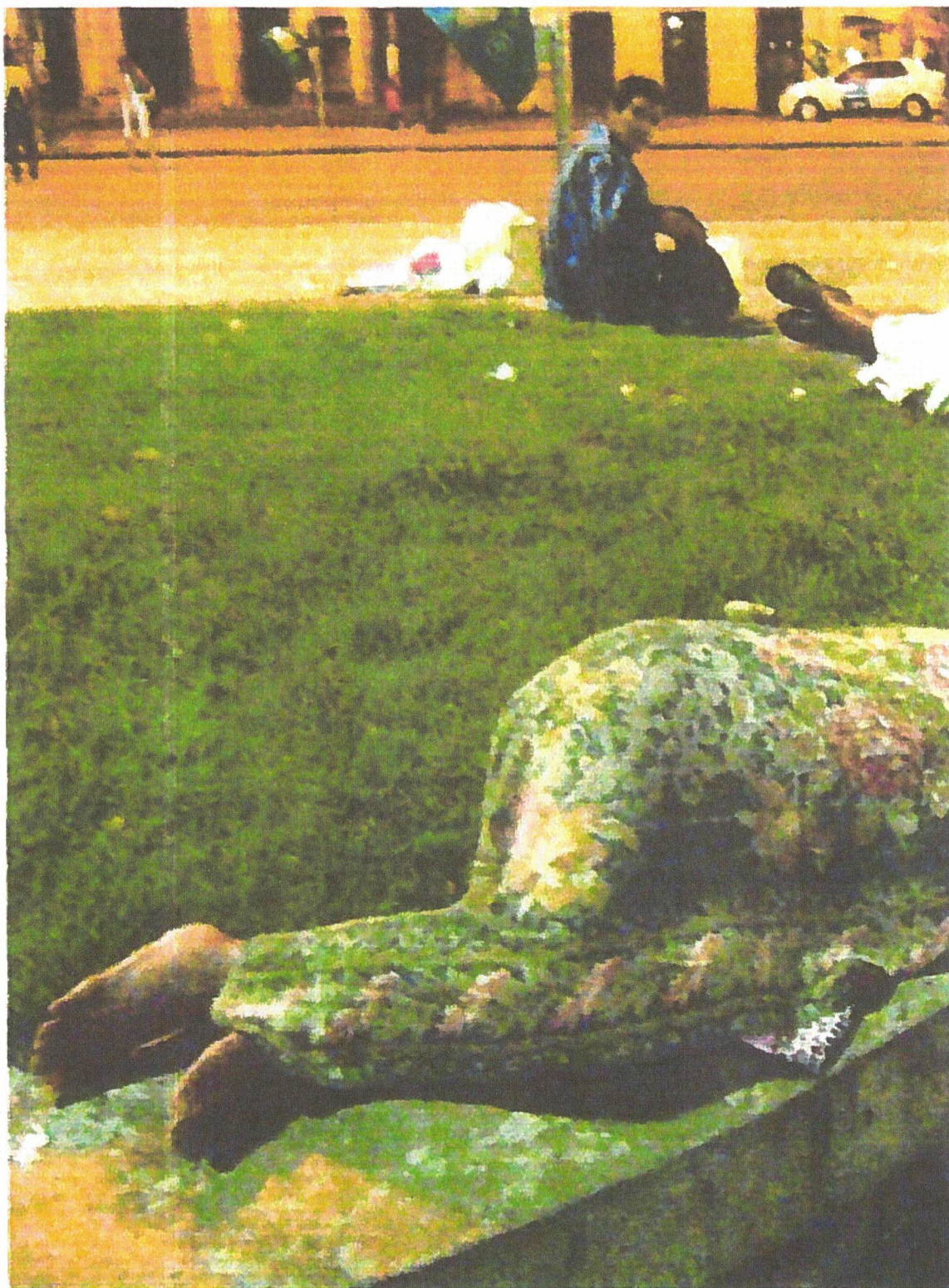


Os sem teto da Praça da Independência - Recife

Fotos

Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco

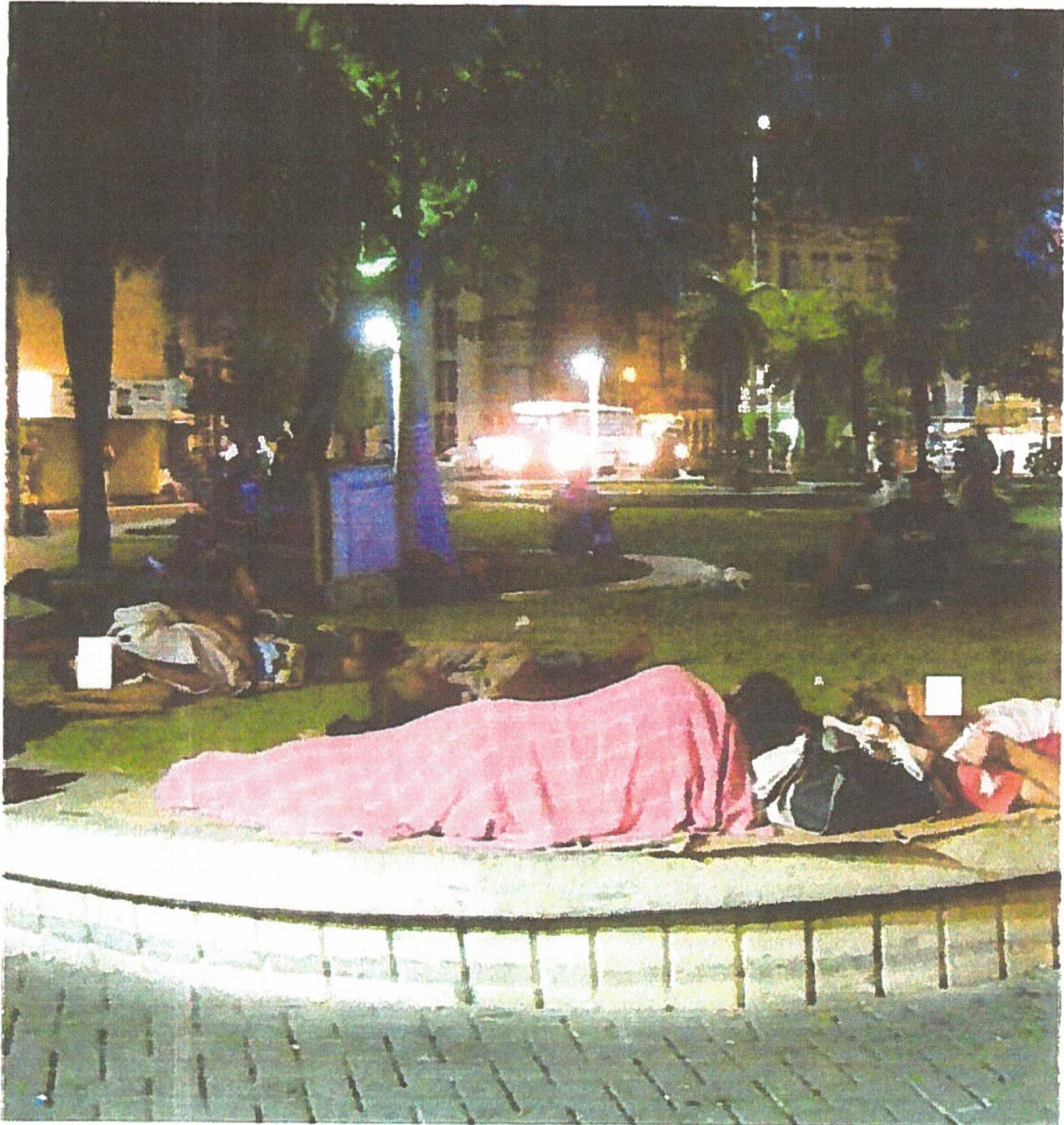
Data das Fotos: 1º de outubro de 2009, quinta-feira, 22:30 horas.



Maria Helena Nascimento [Qui, 17 Dez 2009

2:26 pm]

MORADORES DE RUA - RECIFE // FOTOS:
Assunto do Tópico: **MARIA HELENA NASCIMENTO**



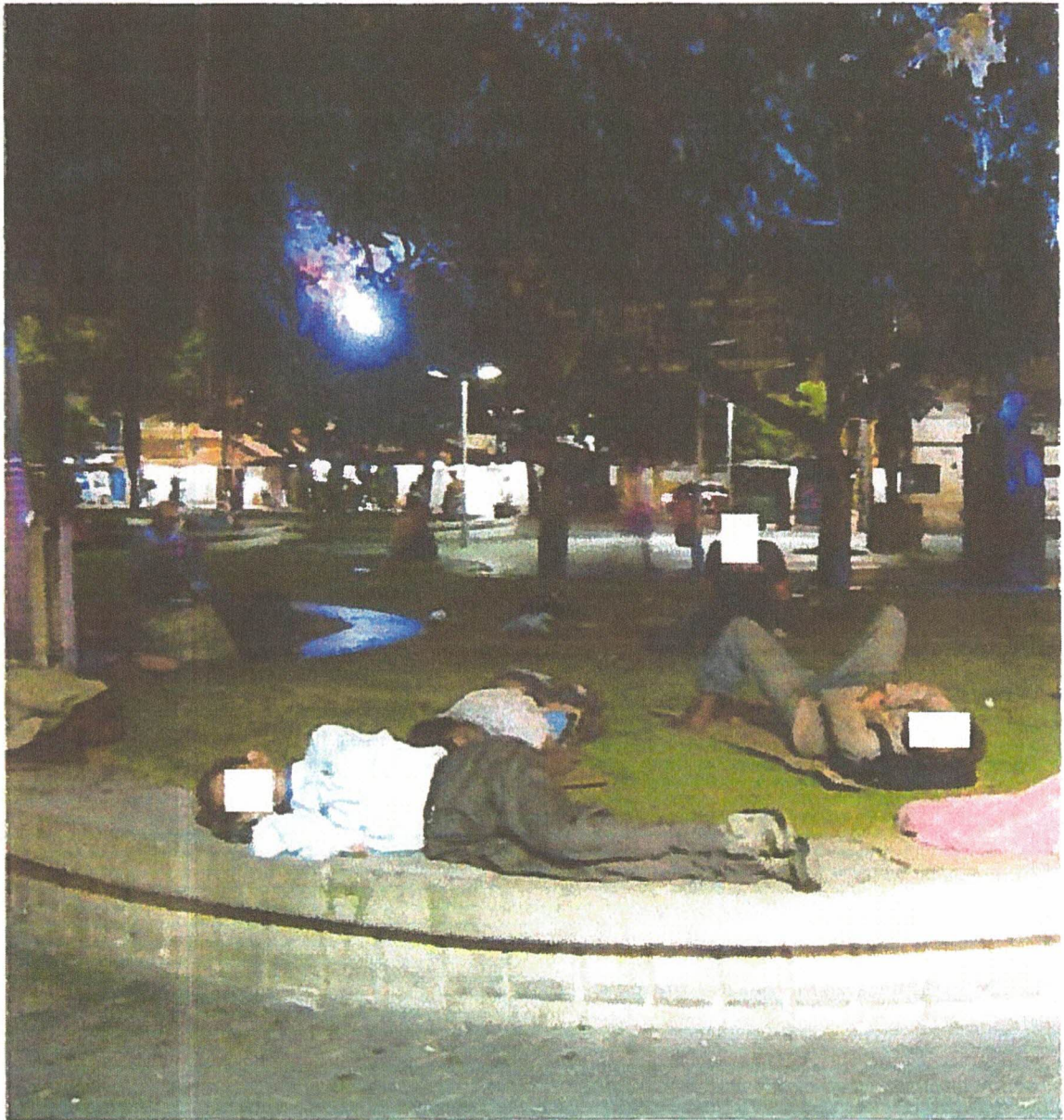
Fotos: Maria Helena do Nascimento para o Cidadão Repórter // Divulgação // Diário de Pernambuco // D.A.

Data das fotos: 16.12.2009 // 22:27 horas

Maria Helena Nascimento [Qui, 17 Dez 2009

2:26 pm]

**Assunto do Tópico: MORADORES DE RUA - RECIFE // FOTOS:
MARIA HELENA NASCIMENTO**



Maria Helena Nascimento [Qui, 17 Dez 2009

2:26 pm]

**Assunto do Tópico: MORADORES DE RUA - RECIFE // FOTOS:
MARIA HELENA NASCIMENTO**

Novos inquilinos na Praça da Independência - Centro de Recife - PE

