

**ACESSO À JUSTIÇA: A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE - FICÇÃO OU REALIDADE?**

**JOSIANE ROSE PETRY VERONESE**

Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina como requisito à obtenção do Título  
de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Co-orientadora: Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar  
de Oliveira

Florianópolis

1994

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE POS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A TESE ACESSO À JUSTIÇA: A DEFESA DOS INTERESSES  
DIFUSOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - FICÇÃO  
OU REALIDADE?

Elaborada por ~~Josiane Rose Petry Veronese~~ e aprovada por  
todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada  
adequada para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

Florianópolis, agosto de 1994.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Profa. Dra. Olga M. B. Aguiar de Oliveira

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo

Prof. Dr. Oris de Oliveira

Prof. Dr. Clóvis Souto Goulart

Professor Orientador:

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Professor Co-Orientador:

Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin - UFSC - exemplo de competência que, como orientador, estimulou o aprofundamento do tema escolhido;

A Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira - UFSC - que, como co-orientadora, transmitiu sua experiência nas questões metodológicas;

A Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover - USP/SP pelas inúmeras contribuições feitas ao longo da pesquisa;

Ao corpo docente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC;

Aos colegas do Departamento de Direito Público e Ciência Política da UFSC;

Aos funcionários do CPGD e do DPC/UFSC pelo carinho sempre apresentado;

Aos alunos do Curso de Direito;

Aos meus amigos, por sua nobreza e solicitude.

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais e familiares;

Ao Sérgio e Eduardo Rafael pelo amor constante e concreto ao longo desta caminhada;

A todos aqueles que têm como compromisso de vida, a defesa dos direitos da criança e do adolescente brasileiros.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	X
ABSTRACT .....	XIII
RÉSUMÉ .....	XVI
GLOSSÁRIO .....	XIX
INTRODUÇÃO	
1.1 - O tema e sua situação espaço-temporal .....	1
1.2 - As questões fundamentais .....	4
1.3 - Justificativa .....	4
1.4 - Objetivos .....	6
1.4.1 - Objetivo geral .....	6
1.4.2 - Objetivos específicos .....	7
1.5 - Metodologia	
1.5.1 - Método de procedimento .....	8
1.5.2 - Método de abordagem .....	9
1.5.3 - Técnica de pesquisa .....	10
1.6 - Plano de desenvolvimento do estudo .....	10

## CAPÍTULO I

ACESSO À JUSTIÇA E A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS DE  
CRIANÇAS E ADOLESCENTES

1.1 - O acesso à Justiça: sua significação .....	15
1.1.1 - Justiça social: algumas conside- rações .....	15
1.1.2 - A evolução do conceito de acesso à Justiça .....	29
1.2 - Acesso à Justiça: mecanismo viabilizador de Justiça social .....	35
1.3 - Obstáculos ao acesso à Justiça .....	39
1.4 - Os novos tipos de demandas .....	42
1.5 - O acesso à Justiça como exercício da cidadania .	47
1.6 - A interposição dos interesses difusos afetos à criança e ao adolescente .....	59

## CAPÍTULO II

## A TEMÁTICA DOS INTERESSES DIFUSOS

2.1 - A tutela dos interesses difusos: origem .....	62
2.2 - O problema terminológico .....	67
2.3 - A questão do conceito .....	71
2.4 - Características básicas .....	74
2.5 - A conflituosidade dos interesses difusos.....	80
2.6 - O fundamento constitucional .....	82
2.7 - O tema no Estatuto da Criança e do Adolescente ....	87
2.8 - Interesses difusos e interesses coletivos: diferenciação .....	99

## CAPÍTULO III

A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR EM TEMA DE INTERESSES  
DIFUSOS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 - O interesse processual .....	105
3.2 - Os legitimados ativos .....	112
2.1.1 - O Ministério Público .....	113
2.2.2 - As associações .....	120
3.3 - A legitimação para agir em juízo e o Estatuto da Criança e do Adolescente .....	131
3.3.1 - O Ministério Público .....	133
3.3.2 - A atuação das pessoas federadas .....	135
3.3.3 - As associações .....	136
3.4 - A figura do advogado .....	141
3.4.1 - O papel do advogado da criança e do adoles- cente .....	146

## CAPÍTULO IV

## O PODER JUDICIÁRIO E O PROBLEMA DOS INTERESSES DIFUSOS

4.1 - O Poder Judiciário: uma breve incursão histórica...	159
4.2 - O Poder Judiciário: algumas questões preliminares..	166
4.3 - O Poder Judiciário enquanto instrumento de transfo- mação social .....	171
4.4 - A questão da administração da Justiça .....	186
4.4.1 - A sociologia judiciária .....	189
4.5 - O novo papel do juiz .....	196
4.5.1 - O grau de participação do juiz .....	199

4.5.2 - O aumento de poderes do juiz .....	204
4.6 - A Justiça da Infância e da Juventude .....	207
4.6.1 - O juiz da infância e da juventude .....	210

## CAPITULO V

OS MEIOS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	216
5.1 - O processo e os problemas sociais .....	218
5.2 - Os meios processuais disponíveis .....	224
5.3 - A superação das estruturas tradicionais .....	229
5.4 - Admissibilidade de todas as ações: a visão do Estatuto da Criança e do Adolescente .....	237
5.4.1 - A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil .....	239
5.4.2 - Ação mandamental e mandado de segurança ...	241
5.4.3 - Efetividade da tutela jurídica processual..	243
5.5 - O ressarcimento do dano .....	249
5.6 - A questão da competência .....	255
5.7 - O uso da via jurisdicional: ficção ou realidade ....	258
CONCLUSOES .....	268
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA .....	277

## ANEXOS



## Anexo I

- Poder Judiciário X Controle externo ..... 305

## Anexo II

- Acesso à Justiça: a questão da admissibilidade das  
ações e a Lei n. 8.069/90 ..... 316

## Anexo III

- Acórdão - A.I n. 8.443 ..... 326

## Anexo IV

- Acórdão - A.I n. 7.569 ..... 339

## RESUMO

A presente tese trata de um estudo acerca do acesso à Justiça por parte da criança e do adolescente, visando a interposição de determinado interesse difuso. Para tanto, emprega-se uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, servindo-se de um instrumental teórico extraído de outras áreas do conhecimento humano, que não apenas o jurídico, e assim garantir que o tema não fosse abordado unilateralmente.

Este trabalho divide-se em cinco capítulos, acrescido das conclusões. Primeiramente a análise está voltada para uma compreensão do que se entende por acesso à Justiça, seja em seu sentido lato, como sinônimo de Justiça social, seja em seu caráter estrito, que considera tal acesso não como mera capacidade de acionar a via jurisdicional, mas antes se deve estar atento às questões do processo justo e ainda, da assistência pré-processual.

Num segundo momento, estuda-se o tema dos interesses difusos, verificando-se que apesar do fato de ser na atualidade que se evidenciam, com mais intensidade, questões a eles relativas, sua origem, no entanto, ainda que embrionária,

encontra-se desde o direito romano. Entende-se por interesses difusos os que pertencem a uma série indeterminada de sujeitos, agrupados em decorrência de situações fáticas, cujo objeto requerido é indivisível, pois o fracasso ou o sucesso da demanda judicial estender-se-á a todos, indistintamente.

Em seguida, aprecia-se o assunto da legitimação para agir em tema de interesses difusos, analisando-se a evolução pela qual passou até se chegar a sua apreciação por parte do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em quarto lugar, o estudo volta-se para um refletir-questionar o papel do Poder Judiciário, pois com o advento da Lei n. 8.069/90, conflitos relacionados com a violação ou ameaça aos direitos e interesses da infância e da adolescência brasileiras passaram a ser objeto de apreciação perante tal poder.

No quinto capítulo, estudam-se os meios judiciais de proteção dos interesses difusos, momento no qual se percebe a inadequação de determinados institutos clássicos do processo civil, isto porque os mesmos têm suas raízes na tutela dos interesses individuais, em decorrência da cultura individualista do século XVIII, a qual constitui, praticamente, a base da processualística civil. Decorre daí a importância do surgimento de determinadas leis como a da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, os quais disciplinaram a matéria e passaram a dar um novo enfoque aos conflitos que envolvem interesses transindividuais.

Por último, nas conclusões, salientam-se os principais

argumentos e posicionamentos que foram demonstrados no decorrer da tese.

## ABSTRACT

This thesis deals with the question of access to Justice on the part of the child and the adolescent, with the possibility of moving an action involving a diffuse interest. To this end, the methodology utilized was one of bibliographic research, with a theoretical backing extracted from other areas of human knowledge, and not merely the juridical, thereby making sure of a non-unilateral approach.

This study is divided into five chapters, followed by a conclusion. First the analysis is directed towards an understanding of what is meant by access to Justice, whether in the broad sense, as a synonym of social Justice, or in its more restricted sense, that considers this access not as simply a capacity to move a legal action through jurisdictional channels, but demands attention to questions of the procedure itself and of pre-procedural assistance.

In the second part, the theme of diffuse interests is studied, and it is shown that at the present time, issues related to this area stand out with the greatest intensity. Its origin, however, goes back to Roman law. Diffuse interests can be considered those that concern any indefinite series of subjects,

grouped according to circumstantial situations, the objective of whose demand is indivisible, since the success or failure of the judicial demand extends to all parties, without distinction.

Immediately following, there is a consideration of the question of legitimation of actions on behalf of diffuse interests, analyzing the evolutionary process that reached its culmination in the Statute of Child and the Adolescent.

In the fourth chapter the study is directed towards reflecting on and questioning the role of the Judiciary Department, inasmuch as, with the advent of Law n. 8.069/90, conflicts involving violation of, or threats to the interests of Brazilian childhood or adolescence have come to be an object of consideration before this department.

In the fifth chapter, where the judicial means of protecting diffuse interests are studied, the inadequacy of certain classic institutions of civil procedures can be perceived, inasmuch as these institutions have their roots in the protection of individual interests, due to the individualistic culture of the eighteenth century, which virtually constituted the basis of civil procedures. Hence the importance of the emergence of certain laws such as Public Civil Action, the Statute of Child and the Adolescent, the Code in Defense of Consumer, which brought about disciplinary measures and resulted in a new focus on conflicts that transcend individual conflicts.

Finally, in the conclusion, the main arguments and

stands that taken throughout the thesis were further stressed.

## RÉSUMÉ

Cette thèse traite d'une étude de l'accès en Justice de l'enfant et de l'adolescent, visant l'interposition de certains intérêts diffus. Pour ce faire, nous employons une méthodologie basée sur la recherche bibliographique interdisciplinaire, nous appuyant sur des instruments théoriques appartenant à d'autres domaines de connaissance, qui ne soient pas uniquement du domaine juridique, afin que le thème ne soit pas abordé unilatéralement.

Ce travail se divise en cinq chapitres, sans compter les conclusions. En premier lieu, l'analyse nous oriente vers une compréhension de ce que l'on entend par accès en Justice, que ce soit *lato sensus*, étant synonyme de Justice Sociale, ou que ce soit *strito sensus*, considérant un tel accès non pas comme une simple capacité d'actionner la voie juridictionnelle, mais considérant qu'auparavant il faut être à même des questions de procès juste ainsi que de l'assistance pré-procès.

En second lieu, nous étudions le thème des intérêts diffus, vérifiant quelques points qui les concernent, bien que sachant qu'ils se détachent avec plus d'intensité dans l'actualité. Son origine, pourtant, bien qu'embrionaire, se trouve dans le droit romain. L'on comprend par intérêts diffus,



ceux qui appartiennent à une série indéterminée de sujets, groupés par suite de situations phatiques dont l'objet requis est indivisible, car l'échec ou le succès de la demande judiciaire s'étend à tous, indistinctement.

En troisième lieu, nous donnons notre appréciation sur le sujet de la légitimation pour agir en thème d'intérêts diffus, analysant l'évolution par laquelle elle est passée jusqu'à ce que l'on arrive à son appréciation de la part du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent.

En quatrième lieu, notre étude se tourne vers un "réfléchir-questionner" sus le rôle du Pouvoir Judiciaire, car avec l'avènement de la Loi n. 8.069/90, des conflits, qui ont rapport avec la violation ou la menace des droits et intérêts de l'enfance et de l'adolescence brésiliennes, deviennent l'objet d'appréciation devant ce Pouvoir.

En dernier lieu, nous étudions les moyens judiciaires de protection des intérêts diffus, moment au cours duquel l'on perçoit l'inadéquation de certaines institutions classiques du procès civil, ceci car ces dernières ont leur racine dans la tutelle des intérêts individuels, du fait de la culture individualiste du XVIIIème siècle, laquelle constitue pratiquement la base du procès civil. Il en découle l'impotence de certaines lois comme celles de l'Action Civile Publique, du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent et du Code de Défense du Consommateur, qui ont permis une nouvelle ouverture sur des conflits qui impliquent des intérêts trans-individuels.

Enfin, en conclusion, nous relevons les principaux arguments et prises de position qui furent démontrés tout au long de la thèse.

## GLOSSÁRIO<sup>1</sup>:

**CAPITALISMO:** modo de produção que se fundamenta na livre iniciativa, no sistema de mercado e na racionalização técnico-produtiva, cujos elementos incidem enquanto fenômeno social-político-histórico na própria formação da sociedade como um todo (formulado baseando-se nos escritos de Norberto Bobbio).

**CAPITALISMO PERIFÉRICO:** modelo de desenvolvimento que se caracteriza por uma economia submissa, dependente, controlada pelos países de economia avançada, de poder econômico hegemônico, fato este que influencia as estruturas sócio-econômicas, políticas e culturais nacionais, as quais, por sua vez, reproduzem as condições e até mesmo o jogo de interesses desse capitalismo dominante (formulado baseando-se nos escritos de Fernando Henrique Cardoso, Hélio Jaguaribe).

**CIDADANIA:** condição que identifica os direitos e garantias dos indivíduos, os quais têm satisfeitas as suas necessidades humanas básicas, de modo que lhes possibilite, quer enquanto indivíduos

---

1. Anote-se que não se transcreverá, no decorrer do presente glossário, a referência completa das obras dos autores citados, em razão das mesmas já constarem do desenvolvimento da tese, como também, da bibliografia final.

singularmente considerados, quer enquanto indivíduos organizados em grupos, uma efetiva participação nos destinos da sociedade e da vida política do país.

**CONFLITO COLETIVO:** caracteriza-se pela luta de grupos, historicamente excluídos dos benefícios do modo de produção capitalista, que se organizam reivindicando por seus direitos (formulado baseando-se nos escritos de Antônio Carlos Wolkmer).

**CORPORATIVISMO:** sistema cujos integrantes se apresentam como unidades semi-autônomas do corpo social, com um sério risco de fechamento em torno de si mesmas, de suas conquistas e de suas pretensões.

**CORPOS INTERMEDIÁRIOS:** entidades sociais que têm em comum certos interesses, situados entre o sujeito, como ente individual e o Estado, com a tarefa de representar setores diversos da sociedade, abrindo caminhos para uma participação democrática (formulado baseando-se nos escritos de Ada Pellegrini Grinover e Rodolfo de Camargo Mancuso).

**CRISE:** situação que revela disfuncionalidade, ineficácia ou mesmo esgotamento de determinados modelos de larga tradição histórica, que passam a ser discutidos e avaliados (formulado baseando-se nos escritos de Boaventura de Souza Santos, José Eduardo Faria e Fernando Ruiivo).

**DEMOCRACIA:** forma de sociedade política que se fundamenta na possibilidade histórica de uma comunidade aberta à pluralidade de discursos e ações políticas, de questionamento, de luta, de negociação, de diálogo entre os autores sociais, os quais devem participar da condução dos negócios públicos; pode ser, portanto, entendida como a matriz do espaço público (formulado baseando-se nos escritos de Claude Lefort).

**DOGMÁTICA JURÍDICA:** entendimento rígido e sistemático do direito vigente em uma sociedade específica, baseando-se numa construção científica a qual não permite um questionamento valorativo das normas, institucionalizando a "tradição jurídica" e funcionando como um mecanismo capaz de criar uma realidade consensual acerca do direito (formulado a partir dos escritos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior).

**ESTADO:** segundo uma concepção tradicional, dogmática, pode ser compreendido como instituição de natureza burocrática, típica das sociedades complexas, que se auto-atribuem o monopólio da coerção e da produção normativa.

**ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL:** é a organização político social que se caracteriza pelo envolvimento do Estado na administração dos conflitos, como interventor no processo econômico e, ainda, como atuante no campo social, na tentativa de minimizar as desigualdades e distorções decorrentes do modo de produção

capitalista; utilizado como sinônimo de Estado assistencial, Estado Social, Estado-providência, Estado Promocional e *Welfare State* (formulado baseando-se nos escritos de Mauro Cappelletti, José Eduardo Faria).

**INTERESSE:** designa uma relação que tem num dos pólos o homem, e no outro, um bem (material ou não) capaz de satisfazer uma necessidade humana, como alimentos, saúde, meio ambiente, saber, etc, enfim tudo que diga respeito à qualidade de vida.

**INTERESSE COLETIVO:** interesse pertencente a uma pluralidade de sujeitos, os quais são passíveis de serem identificados a partir de um vínculo jurídico que os une ou de cada um destes com a parte contrária (formulado baseando-se nos escritos de Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo C. Mancuso e José Carlos Barbosa Moreira).

**INTERESSE DIFUSO:** trata-se de interesse pertencente a uma série indeterminada de sujeitos, agrupados em decorrência de situações fáticas (formulado baseando-se nos escritos de Ada Pellegrini Grinover, Ronaldo C. Mancuso, José Carlos Barbosa Moreira).

**INTERESSE INDIVIDUAL:** refere-se ao interesse pertencente a cada ser humano singularmente considerado, o qual tem direito à liberdade física ou individual e à liberdade espiritual (de religião, de opinião), de acesso aos meios que lhe garantam uma

qualidade de vida, etc.

**INSTITUCIONALIZAÇÃO:** enquadramento do indivíduo, grupo ou até mesmo de certa instituição dentro de padrões formais, hierarquizados e controlados, num processo de dependência e de submissão contínua aos comandos aos quais está sujeito.

**INTERDISCIPLINARIEDADE:** trata-se da composição e entrelaçamento de vários conhecimentos humanos; no caso da presente tese, refere-se à integração da sociologia, história, política, filosofia, etc, com o saber jurídico.

**JUSTIÇA SOCIAL:** expressão valorativa que importa em condições dignas de vida para toda a sociedade e garantia de participação nos destinos da mesma.

**LIBERALISMO:** "doutrina antipaternalista" que, fundamentada numa ética da liberdade, a qual se dá desde a esfera da consciência interior da liberdade de pensamento e de opinião até a liberdade de agir segundo seus próprios gostos e projetos, nega e/ou critica toda forma de interferência do Estado, seja no campo econômico, seja no social (formulado baseando-se nos escritos de Norberto Bobbio).

**PODER JUDICIÁRIO:** trata-se de um dos três poderes do Estado; para o Poder Judiciário se endereçam as demandas de cunho individual e

coletivo, tendo a tarefa de equacioná-las, bem como de atuar em defesa da ordem jurídica, tradicionalmente falando; já numa perspectiva transformadora, é um órgão de incomensurável valor, enquanto chamado para resolução de conflitos de natureza política, citem-se os interesses difusos.

**PODER PÚBLICO:** ao longo da tese a expressão aparece como sinônima de Estado.

**SISTEMA PROCESSUAL:** conjunto de normas e princípios que regulam a forma como se dá a postulação dos direitos e interesses em juízo. Não se refere somente à técnica e à dogmática jurídica, mas também se fundamenta nos escopos sociais e políticos compromissados com a moral e com a ética (formulado baseando-se nos escritos de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra).

**SUJEITO DE DIREITOS:** categoria histórica cuja origem pode ser apreendida na filosofia que orientou a Revolução Francesa (1789), concretizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. A partir de então esta categoria possui uma característica fundamental: os *sujeitos* são apreendidos em função da condição humana peculiar a todos os homens e mulheres indistintamente.

Muito embora as análises simplistas e superficiais do



tema conduzam a uma identificação do sujeito com o autor do direito, vê-se, no entanto, para além da retórica que sustenta este núcleo do direito moderno, a existência de uma flagrante diferenciação entre aqueles (os autores) cuja vontade pode vir a ter uma significação jurídica em função da competência atribuída no próprio ordenamento jurídico estatal e aqueles (os sujeitos), cujas vontades devem adequar-se aos preceitos determinados pelos primeiros. Duas categorias, portanto, de sujeitos formalmente iguais perante a lei.<sup>1</sup>

Dessa forma, o princípio fundado na igualdade dos homens perante a lei perdura nas práticas jurídicas contemporâneas como um TOPOS a ser alcançado. A busca de um contorno preciso para o sujeito escrito no universo jurídico conduz a um redimensionamento ético do direito, isto é, a um resgate do bem central em torno do qual as práticas jurídicas adquirem sentido, qual seja, a valorização do homem em toda a sua amplitude<sup>2</sup> (formulado a partir dos escritos de Jeanine Nicollazzi Philippi).

---

1. Essa distinção se encontra expressa tanto no âmbito do direito público, quanto a nível de direito privado, em graduações diversas da capacidade do sujeito em relação ao livre exercício de seus direitos.

2. Nesse sentido, a categoria em análise encontra sua expressão mais significativa na própria concepção de Direitos Humanos de Claude Lefort: "o direito a ter direitos", ou seja, da dinâmica dos direitos novos que surge a partir do exercício dos direitos já conquistados. Desse ponto de partida o sujeito de direitos seria o indivíduo apreendido do ordenamento jurídico com possibilidades concretas de, efetivamente, ser um sujeito-cidadão.

## INTRODUÇÃO

### 1.1 - O tema e a sua situação espaço-temporal

A tese, ora apresentada à apreciação, cujo tema é: **Acesso à Justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente - ficção ou realidade?**, tem por objeto de análise o ingresso da infância e da adolescência brasileira perante a Justiça, visando resguardar interesses difusos, sejam os constantes na Constituição da República Federativa do Brasil, sejam os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Visa analisar as dificuldades econômicas, políticas, ideológicas e sociais que obstaculizam esse acesso, e que mecanismos se apresentam no universo jurídico, que tenham por fim a resolução desses tipos de demandas.

Pretende demonstrar que o acesso à Justiça no Brasil, sobretudo em se tratando da tutela dos interesses difusos dos autores supra mencionados, encontra-se, ainda, num processo bastante latente, haja vista o fato do Poder Judiciário ser, tradicionalmente, uma instituição para a qual se endereçam os conflitos inter-subjetivos que em geral pertencem às elites.

Decorre daí a importância da conscientização popular, pois somente a partir do momento em que a sociedade brasileira conheça seus direitos estará, de igual modo, preparada para reivindicá-los; assim, o acesso à Justiça se constitui, também, num exercício da cidadania.

O tema abordado diz respeito ao Brasil dos dias atuais, sobretudo ao se observar que uma das respostas que se configuram para a concretização e garantia dos direitos sociais, quando estes não forem satisfatoriamente realizados pelo Poder Público (em especial), está na via jurisdicional. Isso não significa negar a origem histórica de determinados institutos; tanto é assim que em certos momentos se faz necessária tal abordagem para uma melhor definição e entendimento do tema na realidade atual.

Nesse quadro vislumbra-se a profunda transformação no papel funcional do Poder Judiciário, que de mero garantidor de direitos individuais torna-se, também, um garantidor de interesses metaindividuais, como o são os de natureza difusa, passando a ter, consoante a Constituição de 1988, um papel explicitamente político, enquanto árbitro desses conflitos de massa, os quais são essencialmente políticos.

A tutela dos interesses difusos afetos à criança e ao adolescente significa uma evolução do sistema jurídico, pois enquanto nas demandas judiciais que envolvem interesses individuais, somente quem propunha a ação se beneficiava do resultado positivo da mesma; hipoteticamente falando, nas ações visando à tutela dos interesses difusos, uma gama indeterminada

de sujeitos terá acesso a esses direitos, para os quais estavam até então marginalizados, tais como escola, saúde, moradia, etc.

A possibilidade do ingresso em juízo implica não só uma maior conscientização dos direitos pertencentes ao corpo social, como também acentua a solidariedade, pois se apenas uma criança ingressasse em juízo exigindo a sua matrícula numa escola pública, o que é totalmente viável e legal, a mesma ação intentada em seu caráter difuso estenderia seus efeitos a todas as crianças daquela municipalidade que estão fora dos bancos escolares.

Contrariando a visão individualista do século XVIII, com suas seqüelas no processo civil brasileiro, o ajuizamento das ações fundamentadas em interesses difusos são de grande importância, pois que implicam o reconhecimento de que o processo ultrapassa as esferas de mera garantia constitucional e passa a ser encarado sob o ponto de vista teleológico, ou seja: como um instrumento de participação política do indivíduo e do grupo social nos centros de decisão do Estado.

Isso posto, um trabalho que aborde um tema de tamanha importância deve ter por objetivo a produção de efeitos práticos; sem esta característica de aplicabilidade concreta, estaria fadado ao descaso por parte da comunidade científica, uma vez que não primou por atender algo fundamental, num país terceiro mundista como o é o Brasil, que é cumprir, enquanto pesquisa científica, uma determinada função social.

## 1.2 - As questões fundamentais

A questão essencial para a formulação e problematização do tema central deste trabalho é:

A criança e o adolescente no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, tiveram referendados uma série de direitos, os quais foram regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessas novas garantias a eles asseguradas, ressalta-se a questão dos interesses difusos. Em razão disso, como se estrutura, instrumentaliza, operacionaliza e se efetiva no plano prático esses interesses? Tem o Poder Judiciário condições, com sua atual estrutura, de responder a demandas dessa natureza?

E ainda, conhece a sociedade os mecanismos e possibilidades de postular junto àquele poder, buscando a efetivação desses interesses? Até que ponto os meios judiciais de proteção dos interesses difusos existentes estão respondendo a esses novos tipos de ações judiciais?

## 1.3 - Justificativa

Primeiramente, convém colocar que no plano jurídico esta pesquisa tem por fontes fundamentais: a Constituição da República Federativa do Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a

Lei da Ação Civil Pública (já com as modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor).

O tema do acesso à Justiça, o qual não pode ser entendido como mera capacidade de ingressar em juízo, tem em seu fundamento a necessidade de uma maior conscientização por parte das camadas populares, com o intuito de se alcançar uma Justiça social.

A presente pesquisa permitiu constatar que existe uma lacuna entre a nova Lei de proteção dos direitos da criança e do adolescente e a realidade fática, cujos motivos podem ser assim elencados:

1 - Carência de políticas sociais voltadas à solução de questões básicas como garantia de acesso à escola, melhores condições de saúde, moradia, etc.

2 - Alienação de grande parte da sociedade perante o Poder Judiciário, em cobrar pelo cumprimento dos direitos prescritos na Lei Maior e regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta falta de conscientização pode ter como justificativas: a) problemas culturais, isto é, o não conhecimento dos direitos sociais por parte da população; b) problemas ideológicos, que poderiam ser resumidos em apatia política e imobilização; c) problemas sociológicos, no sentido de um descrédito da sociedade para com o Poder Judiciário, tendo em vista a morosidade dos processos judiciais, sua burocratização, sua inacessibilidade aos mais carentes, etc; d) problemas econômicos, ou seja, escassez de recursos para arcar com uma

demanda judicial.

O tema abordado é de fato relevante, tendo em vista a prioridade que se deva dar aos interesses e direitos afetos às crianças e adolescentes.

A pesquisa do acesso à Justiça visando à proteção dos interesses difusos, de acordo com a ótica constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente é um assunto até o momento pouco explorado, o que amplia as possibilidades de se discorrer sobre o mesmo e, portanto, enseja a necessidade de sobre ele dar-se início a uma teorização.

#### **1.4 - Objetivos**

##### **1.4.1 - Objetivo geral**

Examinar, mediante uma apreciação crítico-interdisciplinar, a questão do acesso à Justiça por parte da criança e do adolescente, visando à efetivação dos interesses difusos.

#### 1.4.2 - Objetivos específicos

- Evidenciar, primeiramente, a dificuldade que o sistema social-normativo apresenta ao acesso à Justiça das camadas mais carentes da sociedade.

- Explicitar que, com o advento de diferentes formas de conflitos metaindividuais, o seu ingresso no sistema judicante constitui-se numa possibilidade de exercício da cidadania.

- Reconhecer que a problemática dos novos direitos sociais impõe não somente a construção de normas processuais ajustadas a estas novas exigências, mas também revela a necessidade de uma Justiça aparelhada, tanto material (estrutura e meios adequados), quanto humana (operadores jurídicos que tenham uma formação multidisciplinar).

- Constatar que no plano histórico-institucional o Poder Judiciário não estava (e está) preparado para o solucionamento de conflitos de massa, motivo este que acentuou sua crise estrutural.

- Conhecer a sistemática da legitimação processual em tema de interesses difusos afetos à criança e ao adolescente e a importância neste campo da Lei da Ação Civil Pública e, ainda, analisar como a matéria é abordada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Demonstrar que a crise do Poder Judiciário provoca nos



seus usuários um verdadeiro descrédito nesta instituição, quando constata que a Justiça é morosa, elitista e estruturalmente adaptada somente para lidar com conflitos de natureza inter-individual.

- Analisar que o processo tem sofrido grandes transformações, fenômeno este que não se deve tanto a reformulações no campo legal, mas sobretudo às próprias mutações sofridas no corpo social, cujos conflitos, cada vez mais intensos, passam a ser, ao lado dos clássicos litígios intersubjetivos, levados aos tribunais.

## 1.5 - Metodologia

### 1.5.1 - Método de procedimento

A amplitude do tema abordado e o processo de sua interação determinam o direcionamento por um procedimento metodológico que prioriza o enfoque interdisciplinar.

A opção pela metodologia interdisciplinar decorre da percepção de que o próprio tema básico em si - acesso à Justiça - já expressa uma categoria multidisciplinar, pois contém dimensões de caráter sociológico, político, filosófico, histórico e jurídico.

Por outro lado, a interdisciplinariedade impede a delimitação do tema sob o prisma de uma única área de conhecimento, permitindo uma maior flexibilização na análise e objetivando, ainda, uma visão o mais global possível do tema proposto.

### 1.6.2 - Método de abordagem

Tendo em vista que o tema é examinado em seu conteúdo multidisciplinar, a presente tese não se serve do método abstrato-dedutivo, por julgá-lo impróprio, tão pouco do método indutivo, pois não se pretende, a partir de elementos específicos, alcançar ou descobrir o princípio geral que o rege; utiliza, antes, uma abordagem empírico-normativa, com a qual se analisa a realidade fática, a par da consideração da ordem normativa em vigor.

Faz-se mister, também, que o tema seja abordado segundo uma visão axiológica, tendo em vista que esta dimensão valorativa se faz presente, como não poderia deixar de sê-lo, uma vez que está na essência de toda atividade humana, na questão do acesso à Justiça por parte da criança e do adolescente brasileiro na interposição de interesses difusos, estando, portanto, a exigir tal enfoque.

### 1.5.3 - Técnica de pesquisa

A preocupação técnica da presente tese tem como instrumental a pesquisa bibliográfica interdisciplinar.

Os conceitos operacionais estão elencados num glossário, ressalvadas algumas hipóteses em que se faz pertinente a sua consignação no próprio corpo da tese ou em nota de rodapé, quando da análise de determinado tópico.

Esse glossário foi colocado no início do trabalho, a fim de facilitar a leitura e o entendimento de algumas categorias que aparecerão no decorrer do mesmo.

### 1.6 - Plano de desenvolvimento do estudo

A estruturação da tese compreenderá a análise sistemática de um roteiro composto de cinco capítulos, seguindo-se as conclusões.

O primeiro capítulo, "Acesso à Justiça e a defesa dos interesses difusos de crianças e adolescentes", consiste numa análise desse tema, delimitando o seu campo de abrangência, o qual resulta em duas análises básicas: a primeira, que o examina em seu sentido sociológico, ou seja, como sinônimo de Justiça

social, e a segunda, que o enfoca sob o prisma normativo, a garantia de acesso à Justiça *stricto sensu*. Neste último sentido, estuda-se sua evolução histórica, na qual se percebe que o acesso à Justiça, ante as transformações sofridas, é hoje entendido como um dos mais elementares direitos humanos, pois a sociedade passa a entender que não mais é suficiente que a ordem jurídica simplesmente proclame direitos: é imprescindível que estes sejam efetivados, sendo que a interposição em juízo é, portanto, um dos mecanismos que visam a sua aplicabilidade prática.<sup>1</sup>

No segundo capítulo, "A temática dos interesses difusos", examina-se o que se entende por tais interesses, no qual se estuda, primeiramente, sua origem histórica - com a preocupação de reconstituir os primeiros passos desse assunto, localizando-o no tempo e no espaço -, seguido de uma reflexão sobre seu conceito, suas principais características e uma análise específica do problema terminológico, haja vista que a doutrina que está se formando sobre a matéria não é uníssona no que tange à diferenciação entre interesses difusos e interesses coletivos, apresentando posições que revelam argumentos diferenciadores entre si no tratamento do tema.

Ainda nesse capítulo é analisado o tratamento que o Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo a orientação da Lei

---

1. Diz-se que a interposição junto ao Poder jurisdicional é uma das formas que se busca na resolução de um conflito, tendo-se em conta que hoje se tenta, através da vertente extrajudicial, alcançar os meios alternativos ao processo, capazes de até mesmo evitá-los.

da Ação Civil Pública, dá ao tema.

O terceiro capítulo, "A legitimação para agir em tema de interesses difusos no direito brasileiro", implica um estudo sobre a legitimação para agir na propositura de ações que versem sobre interesses difusos no sistema jurídico brasileiro. A análise tradicional do encaminhamento ao Judiciário do interesse processual revela que somente os interesses individuais eram levados à apreciação do Poder Judiciário. Poucos ou praticamente raros eram os mecanismos processuais relativos à legitimação para a defesa dos interesses coletivos, e, mais escassos ainda, os destinados à garantia dos interesses difusos.

Neste contexto se evidencia a importância da Lei da Ação Civil Pública, a qual constituiu um significativo avanço nessa matéria. Aborda-se, também, como o Estatuto da Criança e do Adolescente referendou o tema da legitimação para agir em juízo na defesa de interesses difusos.

No quarto capítulo, "O Poder Judiciário e o problema dos interesses difusos", enfoca-se o papel desse poder frente aos novos direitos sociais, suas características, a desmistificação da concepção tradicional desse poder do Estado e o reconhecimento de que a Constituição Federal de 1988 reservou-lhe um papel de árbitro nas contendas de caráter metaindividual. Observa-se que o grau de participação do juiz no decorrer do processo está relacionado com a própria essência deste último, à medida que ocorre uma publicização do processo - a qual constitui um dos aspectos fundamentais nos sistemas políticos-constitucionais

marcados pela busca de realização da Justiça social - exige-se uma maior e mais constante atuação do magistrado.

O quinto capítulo, "Os meios judiciais de proteção dos interesses difusos e o Estatuto da Criança e do Adolescente", preocupa-se com o exame desses mecanismos judiciais e como estes são contemplados pela Lei n. 8.069/90. Nesta análise compreende-se que o processo civil, classicamente voltado à solução de conflitos intersubjetivos, está sendo objeto de transformações, as quais remetem à necessidade de superação de certas estruturas tradicionais, que devem ser concebidas sob a ótica dos interesses transindividuais, como é o caso da legitimação para agir, dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, do contraditório, do ressarcimento do dano.

A Lei n. 8.069/90, ao admitir o ingresso em juízo dos mais variados tipos de ações que visem à proteção dos interesses em pauta, importa um significativo avanço no campo processual, uma vez que não está presa à idéia de procedimento, de rito, considerando merecedor de atenção o conteúdo do direito que está sendo pleiteado.

Por último, nas conclusões, expõe-se uma síntese dos pontos básicos que foram apresentados no decorrer da pesquisa, bem como a defesa de certos posicionamentos, objetivando, com isso, a reflexão do tema do acesso à Justiça na interposição dos interesses difusos na realidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais dizem respeito a mais de quarenta milhões de crianças e adolescentes que têm seus direitos e interesses

ameaçados ou já os tiveram violados. Isso porque são o resultado de governos que não cumprem com suas obrigações sociais, que primam por escolhas políticas corrompidas, muitas delas desde a sua origem, e que demonstram um profundo desrespeito para com a sociedade; sobretudo, para com as camadas mais carentes desta.

Essas reflexões, todavia, denunciam não apenas a omissão estatal, mas apontam também para a questão do imobilismo social, o qual tomou caráter endêmico, corroendo toda a sociedade, de sorte que é urgente pôr um ponto final ao descaso, tanto do Estado como da sociedade, para tais assuntos.

Nesta linha de raciocínio, o acesso à Justiça, visando à proteção dos interesses difusos afetos à infância e à juventude, consiste num relevante instrumento para a obtenção de direitos imprescindíveis, reiteradamente negados em nome de políticas insanas.

Alerta-se, por último, que a aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador e do Co-orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

# 1 - ACESSO À JUSTIÇA E A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

## 1.1 - O acesso à Justiça: sua significação

Quando se discorre sobre o tema "acesso à Justiça" faz-se, desde logo, imprescindível delimitar o campo de alcance da expressão, tendo em vista que a mesma pode ser investigada sob muitos ângulos. O mais comum seria, à primeira vista, abordá-la em dois planos, um geral e outro particular, ou seja, o acesso à Justiça como:

1 - a concretização da justiça na sociedade como um todo, isto é, como sinônimo de Justiça social;

2 - a garantia de todos terem acesso à Justiça, "stricto sensu".

### 1.1.1 - Justiça social: algumas considerações

O sentido lato de acesso à Justiça pode ser considerado como sinônimo de "Justiça social". No entanto, qual a compreensão que se deve ter acerca deste termo?



Deve-se ao Papa Pio XI a adoção da expressão "Justiça social", a qual estava embasada na idéia de que todo ser humano tem direito a sua parte nos bens materiais existentes e produzidos e que sua repartição seja pautada pelas normas do bem comum, uma vez que a realidade estava a demonstrar que as riquezas eram inconvenientemente repartidas, pois um pequeno número de ricos concentravam os bens diante de uma multidão de miseráveis. Essa nova noção nos textos dos documentos papais surgiu na Encíclica "*Quadragesimo Anno*", de 15 de maio de 1931 e, principalmente, na "*Divini Redemptoris*", de 19 de março de 1937. As encíclicas e alocuções papais que se seguiram incorporaram a expressão "Justiça social".

Segundo PASOLD muitos documentos, livros, teses, programas partidários e até mesmo leis constitucionais e ordinárias, utilizam-se da expressão "Justiça Social". Parte-se, praticamente, do pressuposto da existência de um acordo semântico, pacífico e universal, quando, na realidade, "Justiça social", "é uma categoria jurídico-político-sociológica sobre a qual, não há, ainda, um compartilhar comum".<sup>1</sup>

Embora a Justiça social não se limite a ter como objeto único a possível solução da questão social, sem dúvida alguma é a este aspecto que mais se dedica. Os documentos papais preocupam-se com questões de direito social, pois insistem em temas como salário-mínimo, salário profissional, salário justo, proteção ao

-----

1. PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 72.

trabalho da mulher e do menor de idade, repouso (no trabalho, semanal e férias), higiene e segurança no trabalho, garantia de pleno emprego, liberdade sindical, normas de previdência e assistência social, etc.

† Assim, praticamente em toda a Doutrina Social da Igreja apregoam-se essas medidas a serem suscitadas nos Estados, em seus ordenamentos jurídicos, em prol das classes trabalhadoras e dos que estão à margem do processo de produção. Convém lembrar que foi com a "*Rerum Novarum*" (1891), de Leão XIII, que a Igreja Católica defendeu a intervenção estatal que deve impor limites ao liberalismo. De acordo com tal encíclica, não pode o Estado limitar-se a tutelar os direitos individuais e a ordem pública: deveria também cuidar da previdência social, preocupar-se com a ampliação da política social e criar um direito do trabalho. Essa postura inaugurou uma linha de pensamento social que chocou a muitos católicos tradicionais.

Reflete MACHADO se não haveria no conceito de Justiça social uma base conservadora, de cunho reformista, que na realidade objetivava um resgate do capitalismo, alterando-lhe tão-somente a forma. Não constituiria um sistema de frenagem aos desejos e aspirações da sociedade? Não poderia, também, a Justiça social confundir-se com formas mascaradas do capitalismo, que se expressam com denominações diferenciadas como neocapitalismo, capitalismo humano, social-democracia ou democracia cristã? E, ainda, não seria o citado conceito uma concessão do próprio

regime capitalista, que para sobreviver o instrumentaliza?<sup>1</sup>

De fato estes questionamentos induzem a uma análise profunda sobre a questão, pois há duas possibilidades de serem avaliados os documentos que formam a "Doutrina Social da Igreja":

A primeira, sob uma ótica "progressista", que identifica a Igreja Católica como profundamente engajada na realidade temporal, numa preocupação com o homem, não somente enquanto ser espiritual, mas também como homem material, com sua condição de vida; a segunda, sob uma perspectiva "conservadora", pelo qual a doutrina social nasceu como uma resposta ofensiva ao pensamento socialista, notadamente o marxista, e uma resistência impregnada de preconceitos à condenação do capitalismo.

Entende MACHADO que a Justiça social, valor de basilar importância, não pode ser compreendida na atualidade com o mesmo sentido que tinha quando do seu surgimento, ou "com a mesma cautelosa postura das encíclicas".<sup>2</sup> Surgiram uma infinidade de novas situações que, por sua vez, impuseram uma evolução do conceito no interior da doutrina social da Igreja, e mais notadamente, no que diz respeito a sua pastoral, especialmente na Igreja da América Latina e do Brasil. "Sem receio de erro, pode-se afirmar que a tradução atual da Doutrina Social da Igreja, a *teologia da libertação*, representa uma tomada de posição

---

1. MACHADO, Marcello Lavanère. "Justiça social e direito injusto" in *Anais da IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Florianópolis, 2 a 6 de maio de 1982. p. 510.

2. MACHADO, M.L.- *Idem*, p. 511.

consciente, corajosa e definida dirigida à construção de uma sociedade justa".<sup>1</sup>

Foi na América Latina, cuja situação econômico-político-social difere profundamente do resto do Ocidente ou do Leste Europeu, em que surgiu a teologia da libertação, cujas origens estão:

- "a) na existência de uma situação clamante de injustiça, sob a forma aguda e manifestada na miséria da grande maioria da população;
- b) na laicização da Igreja provocada por dois grandes fatores: I - diminuição de vocações sacerdotais; II - na participação do leigo nas atividades antes reservadas aos sacerdotes. A ação católica se desenvolve a partir de movimentos diversos onde os de juventude se afirmam como os mais atuantes;
- c) no caso específico do Brasil, na estiolação das relações entre a hierarquia da Igreja e o Governo. Após o golpe de 19 de Abril, que implantou a ditadura militar, uma odiosa repressão se exerceu contra vários setores da sociedade civil, tendo sido a Igreja um dos mais visados. Padres foram torturados e mortos, assim como militantes leigos. Organizações religiosas ou parareligiosas (Jec, Juc, MEB) foram perseguidas e fechadas".<sup>2</sup>

Estes fatos incrementaram a atuação da Igreja no Brasil, e na América Latina, de crítica às estruturas sociais, a denunciar as opressões, a clamar pela garantia dos direitos sociais básicos.

Partindo para um conceito mais teórico acerca de Justiça social, parece oportuno analisar o conceito de RAWLS, que insere este tema na estrutura básica da sociedade, isto é, a

---

1. MACHADO, M.L. - Idem, ibidem.

2. MACHADO, M.L. - Idem, p. 512.

forma pelo qual as mais importantes instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e estabelecem a maneira como são conferidos os benefícios da cooperação social. Para esse autor as mais relevantes instituições a que alude são: "a constituição política, e os principais entendimentos econômicos e sociais".<sup>1</sup>

Depreende-se desta forma que RAWLS, ao procurar elaborar uma "teoria da Justiça", toma como ponto de partida uma concepção idealizada da sociedade; assim, sua preocupação no plano filosófico é com a sociedade civil perante a coerção estatal.

O autor entende necessária a elaboração de uma teoria que forneça o delineamento de uma estrutura social na qual a coerção estivesse sob o controle efetivo da sociedade civil, através de um conceito alternativo de Justiça, implícito na idéia de contrato, o qual constitui "a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática".<sup>2</sup> Dessa forma, a Justiça tem um papel na cooperação social.

São os princípios de "Justiça Social", preleciona RAWLS, que "proverão a determinação de direitos e deveres das instituições básicas da sociedade e definirão a distribuição

---

1. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981. p. 30.

2. RAWLS, J. - *Idem*, p. 22.

apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social".<sup>1</sup>

Os pontos fundamentais de uma sociedade, enunciados pelo autor em análise, são, sinteticamente: o de que todos os homens têm um indisputável direito à maior soma de liberdade compatível com a liberdade dos demais; que as desigualdades econômicas e sociais devem ser tratadas de modo que resultem em benefício de todos; e, ainda, que os privilégios só podem ser atribuídos a situações acessíveis a toda a coletividade.

Tais princípios, ante a dura realidade brasileira, não consistiriam numa utopia, tendo-se em conta que as populações carentes definham fisicamente, por falta de alimentação, saúde e dignidade compatíveis a um ser humano e, também, intelectualmente, por exclusão ao sistema educacional?

Estabeleceu-se um consenso generalizado entre os cientistas sociais, em torno do descompasso existente no país, entre o desempenho da sociedade nos índices econômicos e seu verdadeiro fracasso crônico na distribuição dos benefícios deste crescimento. De sorte que a figura popularizada pelos economistas e intelectuais, ao se referirem ao Brasil como "Belíndia", de um país moderno que apresenta características de uma Bélgica, cercada por uma Índia de miseráveis, excluídos dos benefícios do crescimento econômico, relata o paradoxo do regime autoritário que se impôs no Brasil por mais de vinte anos, no qual se cristalizou uma sociedade de consumo de massas, mas periférica,

---

1. RAWLS, J. - Idem, p. 28.

dados os desequilíbrios regionais e sociais que acompanharam a sua implantação.

Isso implica dizer que, apesar da incrementação industrial, com o desenvolvimento de uma economia dinâmica e sofisticada (até certo ponto e em alguns setores), esta não foi capaz de erradicar a miséria, não conseguiu alterar o quadro de baixa nutrição, educação e saúde deficientes, tornou sim mais evidente o hiato existente entre os beneficiários do progresso e aqueles colocados à margem de toda esta riqueza, formando uma população carente nos diversos aspectos: político, sócio-econômico e cultural.

A estrutura social brasileira é, portanto, marcada por profundas desigualdades que, ao longo do tempo, apenas foram se tornando mais diferenciadas e complexas e, o que é mais importante, foram as decisões políticas as que resultaram, perversamente, na cristalização, quando não em uma exacerbação do perfil de desigualdade.

Tanto é assim que, analisando-se a história das políticas sociais no Brasil, é possível desvendar o conteúdo lógico da ação estatal sobre a estrutura de desigualdades. Aduz oportunamente PASOLD:

"Muitas sociedades, ao longo da história, têm pago imenso preço por não fixar políticas claramente conducentes ao dever de agir de seus Estados, e, conseqüentemente, às tendências e concretizações de normas de sua conformação jurídica geral (...). O dever de agir compromete-se com políticas que uma dada sociedade, num certo período histórico, decide deveriam ser consagradas em normas e ações, unindo-se vencidos e vencedores de um saudável

conflito de idéias que, natural e evidentemente, antecede ao estabelecimento das políticas e do dever de agir".<sup>1</sup>

Esta citação faz-se necessária, uma vez que se convive com a dramática experiência de que, com a mudança de governos, reformulam-se todos os programas, como se não fossem mais necessárias as propostas e realizações do governo anterior. Tal fato revela imaturidade política, pois o poder gira em torno de personalidades, mais preocupadas com o próprio "status" de dominadores, do que com os interesses dos seus co-cidadãos. Essa situação ocorre, entre outras causas, nas sociedades cujas instituições ainda não estão solidamente constituídas.

A história relata que o Estado brasileiro, no período republicano anterior a 1930, caracterizou-se como uma coalização entre oligarquias regionais, cujas políticas eram embasadas numa orientação de cunho ortodoxamente liberal e repressivo.

O Estado transferiu para o mercado, nesse período, o ônus da realização política social, apoiando-se na mera suposição de que as próprias regras do mercado resultassem numa justa e efetiva distribuição dos valores sociais. Incumbia-se ele da tarefa de garantir a lei e a ordem, isto é, de reprimir as externalidades, como a desobediência e as constantes manifestações de rebeldia por parte do operariado e das classes

---

1. PASOLD, Cesar Luiz. "Função social do Estado contemporâneo: algumas questões conceituais" in *Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina*. Florianópolis, n. 2, p. 53, jul/dez. 1984.



populares urbanas, controlar os nascentes movimentos sociais de ordem religiosa e o "banditismo" no campo.

Todas essas manifestações eram tidas para as elites oligárquicas como uma conspiração contra a ordem do mercado econômico. É, portanto, da República Velha, o "dictum" notório de que "a questão social é uma questão de polícia", descrevendo assim seu "estilo" repressor na formação das políticas sociais.

Nos anos posteriores ao golpe de 1930 - ou revolução de 30, conforme designaram os golpistas da época -, assiste-se a uma ruptura parcial das elites no poder com a ideologia e a prática de cunho liberal característica do período anterior.

Esse rompimento reside na interferência ativa do Estado na definição das regras que regulamentavam as relações de mercado. O Estado passa a intervir no livre jogo das forças econômicas, promovendo a garantia de alguns direitos sociais, através, sobretudo, de uma ampla legislação trabalhista: férias, repouso remunerado; regulamenta o trabalho feminino e dos menores de idade, disciplina sobre a jornada de trabalho, etc. Mas o que se dá é um rompimento parcial, no sentido em que a ação do governo se orienta menos por critérios de Justiça social e mais pela consideração da ampliação da eficiência no mercado econômico.

Essa estratégia resultou em duas importantes implicações:

Primeiro, a garantia dos direitos sociais, definidos a partir da Constituição de 1934, tinha como referência a

estabilidade do mercado econômico, de forma que, ocorrido o aumento de sua legitimidade (em face dos direitos que o trabalhador brasileiro fora agraciado), determinava, conseqüentemente, a cooperação e mesmo a aquiescência dos trabalhadores, no sentido de um cumprimento de suas determinações e diretrizes.

Segundo, ocorreu uma redefinição no conceito de cidadania. Assim, os direitos a serem reivindicados pelo indivíduo no mercado dependiam de sua posição ocupacional.

De acordo com SANTOS, foi por intermédio da legislação trabalhista, da legislação sindical e do monopólio por parte do Estado com relação ao reconhecimento das categorias profissionais, que o Governo de Getúlio Vargas institucionalizou a chamada "cidadania regulada",<sup>1</sup> resultando numa estratificação das ocupações de acordo com as necessidades de mercado, evidenciando, desse modo, as desigualdades sociais na forma de classes diferenciadas e hierarquizadas de cidadãos.

Para o autor citado, "cidadania regulada" designa um conceito-chave para se compreender a política econômico-social pós-30. Saliencia SANTOS que tal conceito não tem suas raízes num código de valores políticos, "mas em um sistema de estratificação ocupacional",<sup>2</sup> a qual está prevista e definida em lei. Assim:

---

1. SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1987. p. 68.

2. SANTOS, Wanderley G. - *Idem*, *ibidem*.

"(...)são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações *reconhecidas e definidas* em lei. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei. Tornam-se pré-cidadãos, assim, todos aqueles cuja ocupação a lei desconhece".<sup>1</sup>

No período de 1945 a 1964, expande-se a cobertura estatal. Nesse espaço de tempo o sistema econômico brasileiro reestrutura-se para uma "ordem democrática limitada".<sup>2</sup> O Estado coloca-se numa posição de atendimento aos interesses de segmentos populares organizados e mobilizados, que tivessem condições de usufruir destes benefícios utilizando-se de estratégias políticas. Esse mecanismo, de características politicamente perversas, era socialmente injusto, pois excluía os estratos mais pobres da população, já situados à margem do mercado e duplamente destituídos: primeiro, por não terem acesso aos direitos e garantias trabalhistas, pois não estavam inseridos dentro de um grupo ocupacional ao qual o Estado legava proteção; em segundo, pela própria incapacidade desses segmentos, uma vez desmobilizados, em exigir do aparelho estatal, ou mesmo pressioná-lo.

---

1. SANTOS, W. G. - Idem, *ibidem*.

2. SANTOS, W. G. - Idem, p. 72.

Com o Golpe Militar ocorrido em 1964, o regime militar imposto manteve o papel de reforçar a subordinação das políticas sociais aos interesses do mercado dominante.

Em virtude da orientação repressiva, o Estado militar extinguiu toda e qualquer possibilidade de modificação da política social por intermédio de reivindicações das classes populares organizadas, foram bloqueadas as manifestações decorrentes das mobilizações populares, instituiu-se um regime altamente burocrático, que centralizava e orientava o exercício do poder, que se caracteriza, portanto, pelo recesso da cidadania política, o que equivale a dizer que os anos de autoritarismo são marcados pelo "não-reconhecimento do direito ou da capacidade da sociedade governar-se a si própria".<sup>1</sup>

Comparando-se com os períodos anteriores, o regime autoritário investiu um maior volume de recursos nos programas sociais, na expectativa de que a eficiência da ação estatal sobre os crescentes problemas sociais tornasse legítimo o governo que se impusera. Contudo, a multiplicação dos programas sociais não significou uma melhoria na política social.

De fato, o regime autoritário pouco fez para resgatar a dívida social acumulada ano após ano, haja vista o modelo econômico adotado pelo Brasil. Não há que se negar que houve um certo progresso no atendimento à população carente, despossuída, mas a política social implantada tinha característica seletiva e,

---

1. SANTOS, W. G. - Idem, p. 89.

na maioria dos casos, até mesmo excludente dos setores de maior marginalização social.<sup>1</sup>

O Estado brasileiro, em face do modelo econômico excludente e controlador de riquezas, que não permitia a participação popular, armava-se de mecanismos que lhe garantiam reprimir as formas de resistência popular. Um desses mecanismos utilizados era a centralização do poder decisório a nível governamental, assegurado por uma estrutura burocrática fechada, impermeável, poder este que estabeleceu medidas que não mais atendiam aos reais interesses e anseios das classes populares e que visavam fundamentalmente ao controle social, à desmobilização político-social e à conseqüente falta de espaço para o desenvolvimento de uma consciência ~~crítica~~ por parte da sociedade.

Uma efetiva "Justiça Social" somente poderá ser possível a partir do momento em que se tenha uma justa e eficaz distribuição de rendas, na qual o trabalhador tenha participação

---

1. O regime militar alocou um volume de recursos consideravelmente maior em comparação com os períodos anteriores. Este dispêndio correspondia à expectativa de que uma melhor eficiência da ação estatal sobre os problemas sociais, poderia corrigir um aspecto político, qual seja, o da ilegitimidade do regime que se impôs com o Golpe de 64. Mas até mesmo a implantação das políticas sociais estavam "contaminadas" pelas características deste governo, uma vez que grande parte dos programas, quando efetivamente funcionaram, beneficiaram diferentemente a pobreza urbana frente à pobreza rural e, no conjunto dos pobres urbanos, concentraram-se mais nos setores modernos da indústria do que nas parcelas mais destituídas da construção civil e do setor informal do mercado, as quais eram menos capazes de articulação política e, portanto, menos estratégicas na ótica dos objetivos de legitimação desse regime autoritário.

nos lucros resultantes de sua força de trabalho; urge que se reivindique uma reforma agrária que dê condições de fixar o homem na terra; faz-se necessário que se lute pelos direitos e garantias dos trabalhadores; que se escute o reclamo das mulheres operárias, por melhores condições de trabalho; que se promovam os benefícios sociais, que se viabilizem os direitos afetos à criança e ao adolescente; enfim, que se garanta uma melhor condição de vida para todos. Já não é mais possível ocultar o fenômeno da pauperização sob a máscara do assistencialismo.

Essas reivindicações exigem a participação de todas as esferas sociais, exige articulação, conscientização política e desejo de mudanças, de modo que se tenha condições de exigir do poder público ações que correspondam aos anseios das camadas populares.

No que tange a uma conceituação "estrita" do acesso à Justiça, para seu melhor entendimento, se faz necessário uma análise acerca de sua evolução.

#### 1.1.2 - A evolução do conceito de acesso à Justiça

Relata CAPPELLETTI<sup>1</sup> que o conceito de acesso à Justiça tem sido objeto de profundas mudanças, o que corresponde às

---

1. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

transformações ocorridas no interior do processo civil, isto é, em decorrência das mudanças sofridas pela ciência processual.

Nos Estados ditos liberais burgueses, próprios dos séculos XVIII e XIX, os instrumentos utilizados na resolução das controvérsias judiciais litigiosas civis refletiam a filosofia de caráter essencialmente individualista dos direitos, então vigentes.

Nesse contexto, o direito ao acesso à proteção jurisdicional tinha uma conotação tão-somente formal do indivíduo que se sentisse lesado e, portanto, propunha uma ação e a do indivíduo que a contestava. Tinha-se firmado a teoria de que, sendo o acesso à Justiça um direito "natural", este por ser anterior ao Estado, não estava a exigir dele proteção. Assim, ao Poder Público era apenas exigida a tarefa de não permitir que os direitos naturais fossem transgredidos por terceiros.

Faz-se oportuno colocar, também, que, dentro de tal sistema, as pessoas que não tinham condições financeiras de arcar com os custos resultantes de uma demanda judicial, estavam privadas de fazê-lo, o que era muito comum dentro da filosofia do liberalismo. A isso corresponde afirmar que a suposta igualdade existente entre as pessoas, e consignadas nos textos legais, era meramente formal, por esta impossibilidade prática de acesso às vias jurisdicionais de todos os que delas necessitassem.

A estrutura formalista do "laissez-faire", acima descrita, começa a desmoronar a partir do momento em que as sociedades se desenvolvem, crescem e se tornam mais complexas. A

visão individualista dos direitos passa a dar espaço aos direitos sociais.

Tanto é assim que o atual século tem como marco histórico, tratando-se do reconhecimento dos direitos sociais, o ano de 1917, quando em 5 de fevereiro se promulgou a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos.

A importância de tal documento está no fato de que a previsão relativa aos princípios e garantias no campo trabalhista e da previdência social, bem como disposições relativas ao direito agrário e econômico, definindo a ação do Estado burguês em benefício dos mais necessitados (estes direitos estão exaustivamente descritos no art. 123 da citada Constituição), não se restringiram à República Mexicana, influenciaram o Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, bem como, as Constituições que se seguiram.<sup>1</sup>

Outro importante avanço histórico na popularização e extensão dos direitos sociais se dá com o surgimento da Constituição de Weimar, na Alemanha de 1919.

Decorre daí que o chamado "princípio do Estado Social"

---

1. URBINA, Alberto Trueba. *La Constitution Mexicaine de 1917 se reflète dans le Traite de Paix de Versailles de 1919*. Paris, 1974. p. 5-7. No que diz respeito aos direitos da criança, o art. 123, A, II, da Constituição Mexicana proíbe aos menores de dezesseis anos trabalharem em funções insalubres ou perigosas, em trabalho noturno industrial ou qualquer tipo de trabalho depois das 22:00 horas. No item III, do mesmo artigo, proíbe o trabalho a menores de catorze anos e assegura aos maiores de catorze e menores de dezesseis uma jornada máxima de seis horas de trabalho.



revolucionaria as Constituições de século XX, suscitando o desenvolvimento dos direitos sociais em oposição aos direitos estritamente individuais, fruto do Estado Liberal de caráter burguês.

Nas Constituições de 1917 e 1919 já referidas, está consolidado o entendimento de que não é suficiente assegurar os chamados direitos individuais para se alcançar, efetivamente, a proteção do indivíduo, pois é necessário considerá-lo, não somente, em sua dimensão singular, como também há que se defendê-lo em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto implica, portanto, em amparar o indivíduo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico, o qual oprime aquele.

Proclama-se a "dimensão social do homem como o valor mais alto",<sup>1</sup> na expressão de BONAVIDES, surgindo a necessidade de que se estabelecesse um tipo de organismo estatal, que possibilitasse aos homens melhores condições de vida, que gerassem estruturas capazes de garantir um efetivo progresso no campo social.

Percebe-se, desta forma, uma postura positiva do Estado, que passa a se preocupar com os direitos trabalhistas, procura investir nas áreas da saúde, educação, moradia, etc; enfim, empenha-se em se fazer presente na efetivação dos chamados direitos sociais básicos.

---

1. BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 343.

No Brasil, o que se percebe, infelizmente, é que, governo pós governo, o Estado de cunho essencialmente liberal continua fazendo encenações políticas, sem uma efetiva vontade de ver solucionados os problemas gerados por uma ordem econômico-social desequilibrada.

Tem-se entendido que o acesso à Justiça também deve ser encarado como de importância fundamental dentro desses novos direitos a serem protegidos pelo Estado do Bem-Estar-Social. Como afirma CAPPELLETTI, este acesso pode "ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".<sup>1</sup>

CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, ao analisarem a amplitude conceitual do "acesso à Justiça", entendem que este não significa tão-somente a "admissão ao processo", isto é, a possibilidade de ingresso em juízo. Todas as vezes em que o controle jurisdicional se torna indispensável, ou nos casos em que determinada pretensão não foi satisfeita por aquele que tinha a obrigação de fazê-lo, encontram-se situações que exigem "Justiça" aos que participam do processo. Para que se estabeleça o efetivo acesso à Justiça, é imprescindível que ao maior número de pessoas seja dada a possibilidade não apenas de ingresso formal no processo jurisdicional, mas a demandar e a defender-se adequadamente, sem qualquer tipo de restrição. Os autores em

---

1. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant.- Op. cit., p. 12.

estudo sintetizam este "acesso à ordem jurídica justa" em quatro pontos que resultam na dinâmica dos princípios e garantias processuais:

"(a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação".<sup>1</sup>

É por isso que GRINOVER insiste na idéia de que o acesso à Justiça não deve compreender somente a possibilidade do ajuizamento da ação junto ao Poder Judiciário, como também a garantia de uma assistência jurídica pré-processual, e além do mais, deve-se ter o entendimento de que não basta o acesso aos tribunais, faz-se imprescindível "o acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal".<sup>2</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988, consistiu num avanço em termos de direito de ação, por cinco motivos: primeiro porque inseriu no texto constitucional novos tipos de demandas como o Mandado de

---

1. CINTRA, Antonio Carlos, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 35.

2. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 244.

Segurança Coletivo, o *Habeas data*, o Mandato de Injunção e a própria Ação Civil Pública que adquiriu "status" de ação constitucional; em segundo, suprimiu a referência a "direitos individuais", como constava nas Cartas anteriores (cf. art. 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969); em terceiro, como uma garantia preventiva foi incluído o termo "ameaça" (cf. art. 5º, XXXV, C.F.); em quarto, a atual Constituição garantiu a assistência judiciária gratuita aos carentes de recursos e, por último, também ampliou a assistência jurídica para questões pré-processuais (cf. art. 5º, LXXIV), c/c o art. 134, C.F.). Sendo estas duas últimas garantias consideradas como dever do Estado, que deverá organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, os quais terão muitas das garantias que são próprias do Ministério Público (esta matéria será mais bem aprofundada no Capítulo 3, item 4).

## 1.2 - Acesso à Justiça: mecanismo viabilizador de Justiça social

Quando se adentra o tema de acesso à Justiça, enquanto possibilidade de resolução de determinados conflitos, o que se busca é "justiça", e essa questão torna-se ainda mais instigante quando se trata da postulação dos direitos sociais: saúde pública, educação, moradia, seguridade social, entre outros, na perspectiva de realização de algo maior que é a própria "Justiça social", esta entendida segundo os parâmetros anteriormente

colocados.

Até há alguns anos defendia-se a idéia de que o Poder Judiciário não seria a instituição apropriada para a discussão e reivindicação desses direitos, pois o mesmo não tinha a responsabilidade da realização dessa "Justiça Social". Quem acionaria o Estado postulando por escolas, por hospitais, etc?

Com a inversão deste enfoque, a princípio graças a um trabalho político-doutrinário e hoje já consubstanciado na própria Carta Magna, o Judiciário tem o dever de assegurar os direitos humanos fundamentais e, por conseguinte, a consecução da "Justiça social".

Deste modo, é atribuição do Estado a obrigação de prover um foro apropriado visando o equacionamento de conflitos, no qual se coloque à disposição das partes os instrumentos próprios e os meios imprescindíveis para que estas possam produzir provas, sustentar seus argumentos, num sistema dialético e contraditório, de sorte a poderem ter algum tipo de influência real na formação do convencimento do juiz.

Nesse quadro, um outro problema se configura: de fato a Constituição Federal e a legislação ordinária estão a assegurar uma série de novos direitos substantivos. No entanto, o que será necessário para fazer com que os cidadãos se sintam motivados a acionar as vias judiciais, na perspectiva de desfrutarem, efetivamente, dos benefícios que tais leis oferecem? Como fazer para que seja dada atenção ao homem comum, para que o mesmo se sinta "sujeito de direitos", e saiba que o é?

Neste ponto percebe-se a importância que se deve dar à educação popular. Somente uma sociedade educada é capaz de ter consciência de seus direitos e de suas obrigações, bem como está capacitada a lutar por eles. E quando se fala em educação, vale não somente a regular (ensinada nas escolas), a qual é dever do Estado segundo preceito constitucional, mas também a informal, a educação que pode ser ministrada nas oficinas de saber, dos educadores de rua, enfim, toda uma gama variada de formas de educação alternativa.

É justamente a partir deste ponto que o cidadão brasileiro terá condições de se fazer presente diante do Poder Judiciário e, assim, romper com a "tradição" de que o brasileiro não tem inclinação para lutar por seus interesses.

Esta educação deverá ter como foco de atenção tanto o homem, individualmente considerado, como também o homem já organizado em movimentos, aliás é bom ressaltar que neste segundo caso, a simples organização, o associar-se, importa num vigoroso esforço de conscientização, pois qualquer tipo de participação exigiria que desde a infância fossem dadas as condições necessárias para que se tenha liberdade de refletir, criar, criticar. E mais, muitas vezes esta participação na vida em sociedade não se efetiva, simplesmente, pela ausência de condições mínimas de vida.

De fato, poder-se-ia até mesmo indagar se será de fato cidadão alguém que sequer consegue pensar e se expressar com uma certa clareza e logicidade, tendo em vista que teve seu

desenvolvimento físico e mental comprometido pela fome, pela miséria. Ou ainda, diante do fato de ter se consolidado no Brasil um regime autoritário, como foi falado anteriormente, que castrou a capacidade de mobilização, poder-se-á, mesmo assim, falar em cidadania? (Esta questão será retomada no item 5, deste Capítulo).

A partir do momento em que se reconhece a necessidade de que os cidadãos busquem o Judiciário para o equacionamento de seus problemas, é imprescindível, por outro lado, que a Justiça seja mais rápida e eficiente. Afirma CAPPELLETTI:

"O esforço para criar tribunais e procedimentos especializados para certos tipos de causas socialmente importantes não é, evidentemente, novo. Já se percebeu no passado, que procedimentos especiais e julgadores especialmente sensíveis são necessários quando a lei substantiva é relativamente nova e se encontra em rápida evolução. Aos juizes regulares pode faltar a experiência e sensibilidade necessárias para ajustar a nova lei a uma ordem social dinâmica, e os procedimentos judiciais podem ser pesados demais para que se lhes confie a tarefa de executar e, até certo ponto, adaptar e moldar importantes leis novas. O que é novo no esforço recente, no entanto, é a tentativa, em larga escala, de dar direitos efetivos aos despossuídos contra os economicamente poderosos: a pressão, sem precedentes, para confrontar e atacar as barreiras reais enfrentadas pelos indivíduos. Verificou-se ser necessário mais do que a criação de cortes especializadas; é preciso também cogitar de novos enfoques do processo civil".<sup>1</sup>

---

1. CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. - Op. cit., p. 94.

### 1.3 - Obstáculos ao acesso à Justiça

Ao investigar sobre o tema do acesso à Justiça SOUZA SANTOS indica três barreiras à sua efetividade: econômicas, sociais e culturais.<sup>1</sup>

No tocante aos obstáculos econômicos, importa que a solução formal dos conflitos é dispendiosa nas sociedades capitalistas, em face das custas judiciais, honorários advocatícios e a eventualidade da sucumbência<sup>2</sup>.

No Brasil, após a Carta de 1988, determinou-se que os carentes de recursos não terão que arcar com as custas processuais e, ainda, terão direito a um defensor que lhes será indicado pelo Estado.

Assim, ao menos a nível formal, a população desvalida tem assegurados seus direitos a uma assistência judiciária; no entanto, na prática o que se percebe é um descaso para com ela. Isto se constata tendo em vista que a maioria dos Estados brasileiros ainda não possuem os chamados "Defensores Públicos",

-----  
1. SANTOS, Boaventura de Souza. "Introdução à sociologia da administração da justiça" in FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Atica, 1989. p. 46.

2. O sistema da sucumbência é adotado no Brasil. Segundo ele, na hipótese de perda da ação, o vencido terá que arcar com os honorários da parte vencedora e com as custas processuais. O princípio da sucumbência, portanto, se impunha como um óbice a quem pretendesse ingressar em juízo, pois teria que assumir o risco de arcar com as suas despesas e, eventualmente, com as da parte contrária também.



de modo que advogados com escritórios particulares são convocados pelo juiz para representarem determinada pessoa ou grupo, mediante o pagamento de um pequeno honorário, ao final da causa.

Numa perspectiva de redução dos custos de uma demanda, postulam alguns pela supressão da presença do advogado em certos procedimentos. Na realidade esta proposta não seria a melhor solução, pois ao invés de melhorar o acesso, iria no mais das vezes ser algo negativo a pesar contra os litigantes pertencentes às camadas de baixa renda econômica e, no mais das vezes, também carentes no plano educacional, que não preparariam adequadamente suas razões, não estariam, evidentemente, tecnicamente habilitados para entender certos formalismos; enfim, não estariam suficientemente capacitados para lutar pelo que estão a pleitear.

Outro óbice econômico ao efetivo acesso à Justiça é a morosidade da lide processual. Não incomum é o fato de que determinado processo se arrasta por longos anos, sobretudo nos casos em que uma das partes economicamente superior contrata um "bom" advogado que deverá, astuciosamente, preocupar-se não com o mérito da causa, quando esta é incontestada, mas criar artimanhas processuais a fim de procrastinar o máximo possível aquele caso. Isso representará uma grande perda, sobretudo levando em consideração os índices inflacionários. Sem contar que a simples prorrogação de um interesse premente já importa numa perda.

No que tange aos obstáculos sociais e culturais, quanto mais inferiores economicamente forem as camadas a que pertencem

os cidadãos, maior é a distância para com o Judiciário. No dizer de SOUZA SANTOS isto se deve, primeiramente, porque os cidadãos com menor poder aquisitivo, têm, conseqüentemente, também um menor conhecimento de seus direitos e, assim, "a ter mais dificuldades em resolver um problema que os afeta como sendo problema jurídico"<sup>1</sup>.

Em segundo lugar, não basta o simples reconhecimento de um direito existente, mister se faz a interposição da ação respectiva. Em conseqüência, ficam esses estratos sociais afastados dos tribunais, ora por "desconfiança" ora por "resignação", as quais se devem muitas vezes a uma experiência anterior negativa, que resultou numa decepção e posterior alienação.

Deve-se, ainda, considerar a sensação de insegurança produzida pelo medo de futuras retaliações por parte do oponente mais forte nesta relação processual, que se vê publicamente exposto a um processo. Estes fatos estão a revelar o fenômeno da "discriminação social do acesso à justiça".<sup>2</sup>

Dentro ainda deste plano cultural pode ser acrescentado

---

1. SANTOS, B. S. - Op. cit., p. 48.

2. SANTOS, B. S. - Idem, p. 48-49. Para o autor outro ponto deve ser, ainda, considerado: "Quanto mais baixo é o estrato socio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais" (p. 49).

o fato de que, em função dos procedimentos complicados, pela linguagem técnica - praticamente ininteligível ao homem comum -, pelo formalismo, o Poder Judiciário é visualizado pelas camadas populares como uma instituição aterrorizante ou mesmo opressora, quando deveria, pelo contrário, ser um ambiente saudável, democrático, que conduzisse a uma proveitosa participação dos que ali se encontram.

#### 1.4 - Os novos tipos de demandas

A suposta transformação do Estado liberal no Estado-assistencial implicou consideráveis mudanças. A tarefa do Estado, segundo a visão do liberalismo, se resumia exclusivamente na manutenção da ordem, na proteção das liberdades civis e econômicas, e no controle do uso da força nas relações humanas. No entanto, os abusos oriundos dessa omissão do Estado no processo econômico foram vastíssimos, pois os detentores do capital buscavam, sob o fundamento da liberdade, obter o máximo de rendimento no emprego de seus recursos. Para controlar tais excessos, o Estado, paulatinamente, foi abandonando sua postura passiva diante do desenrolar da economia e passou a atuar nesse campo.

A intervenção do Estado no processo econômico, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, deveu-se à crescente complexidade do mundo econômico, isto é, o desenvolvimento tecnológico, a redistribuição dos capitais e das

forças produtivas nos planos nacional e internacional, o aumento da população, os problemas sociais no interior das classes trabalhadoras, o próprio aperfeiçoamento dos meios de comunicação, estavam a demonstrar que os princípios político-econômicos da livre iniciativa não mais respondiam a uma sociedade complexa.

Nas últimas décadas do século XIX, descreve CARVALHOSA, estabelece-se, através de normas, o "princípio de reserva do Estado de intervir na economia, tão-somente para impedir os abusos originados da concentração de capitais e da conseqüente hegemonia do poder econômico".<sup>1</sup>

Esse período descrito é denominado, pelo mesmo autor, como intermediário entre a absoluta liberdade econômica e a intervenção do Estado com fins públicos, que viria posteriormente. É chamado de intermediário, uma vez que objetivava apenas o controle de monopólios, cartéis e posições dominantes.

COUTINHO traça o seguinte comentário:

"Ao apagar das luzes do século XIX, diversas entidades estatais, já não suportando o desenrolar

---

1. CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 86. A propósito, anote-se que para GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 58, a expressão "intervencionismo" descreve o conjunto de ações, de técnicas - designada como intervenção - que o Estado aplica "no" e "sobre" o processo econômico, tendo por fim a correção de distorções surgidas no regime do liberalismo econômico e voltadas à realização dos fins do Estado Social, quais sejam, justiça social e desenvolvimento.

da atividade econômica, começam a efetivar a intervenção. Assim é que foram baixados textos legais de caráter nitidamente interventivos, tais como o *Sherman Anti Trust Act*, em 1890, o *Combines Investigation Act*, em 1910, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, de 1914".<sup>1</sup>

Com a edição dessas leis, o Estado se transforma, de mero garantidor da plena liberdade de iniciativa e de contrato, em controlador dos abusos.

Inicia-se, ainda, um processo de criação de meios que visavam preservar a elasticidade do sistema e a mobilidade das classes sociais, através de uma mais efetiva distribuição de rendas como instrumento de remoção da estratificação das classes e do combate às posições monopolistas.

Foi a partir, sobretudo, de 1914, que o Estado deixou de ser um policial das atividades particulares para determinar a forma como se efetivaria o processo econômico. Isto porque, ao ser deflagrada a Iª Grande Guerra, a economia mundial foi objeto de grandes transformações, tendo em vista que os recursos estatais desviados para a ampliação e aquisição de armamentos provocaram um controle mais intenso do Estado sobre a economia, além do fracionamento do mercado internacional, em decorrência do surgimento de novos Estados e fortalecimento de outros, o que ocasionou problemas na balança econômica de diversos países.

A partir de então, o Estado tornou-se figura

---

1. TOURINHO, Arx da Costa. "Intervencionismo estatal e direito penal econômico" in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 4, n. 15, p.48, jul/set. 1977.

participatória nas relações sócio-econômicas. A intervenção do Estado, contudo, no plano econômico e social, não se concretizou por intermédio de planos prévios, ou como resultante de uma elaboração doutrinária; teve caráter fragmentário, surgindo de acordo com as oportunidades práticas, no decurso de uma longa história.

A consolidação do Estado do Bem-Estar-Social resultou na ampliação dos direitos sociais, e por intermédio destes, foi possível a inserção das classes trabalhadoras no mercado de consumo. Segundo SOUZA SANTOS:

"Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouro etc. etc. Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos de consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período".<sup>1</sup>

Não há que se esquecer que a realidade brasileira ainda está muito distante das conquistas e das garantias incrementadas no chamado Estado do Bem-Estar-Social, pois tem-se aqui - como em muitos países do terceiro mundo - um colonialismo disfarçado que alimenta o "Welfare State" de alguns países, cujo bem-estar é propiciado pela miséria (em termos da não distribuição social das rendas) de outros.

---

1. SANTOS, B. de S.- Op. cit., p. 43-44.

Analisando-se aspectos da sociedade contemporânea, percebe-se, portanto, que a mesma se caracteriza por um fenômeno específico: *fenômeno de massa*.<sup>1</sup> Basta que se examine a sociedade industrial, determinada pela produção em larga escala, na qual o consumo é massificado. E o mesmo ocorre com os problemas resultantes desse tipo de sociedade, pois também são permeados pelo mesmo fenômeno: é o caso da poluição, da adulteração de alimentos, de forma que determinada atitude de uma pessoa ou de uma empresa pode produzir efeitos sobre uma quantidade enorme de indivíduos, a depender do produto ou serviço oferecido.

Aí coloca-se a questão: como resolver a violação dos interesses do consumidor, do direito a um ambiente saudável, de acesso à educação, do direito a um sistema de saúde digno? Pois não são estes interesses que se apresentam como difusos, e estão a exigir uma proteção judiciária, sempre que violados ou mesmo ameaçados?<sup>2</sup>

---

1. A expressão é utilizada por CAPPELLETTI, Mauro. "Tutela dos interesses difusos" in *Separata da Revista do Ministério Público da Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 30, 1985.

2. Quando se fala de acesso à Justiça, procede, também, a análise sobre os juizados de pequenas causas, que estão a exigir um procedimento judicial simplificado, de modo a atrair os indivíduos que se sintam prejudicados em seus direitos. A possibilidade de reclamar um direito junto ao Poder Judiciário num órgão formal, mas simples em seus procedimentos, com enfoque à reconciliação, constitui-se no caminho mais correto no sentido de que acompanha a dinâmica da sociedade contemporânea.

### 1.5 - O acesso à Justiça como exercício da cidadania

Poder-se-ia primeiramente colocar que o estudo sobre questões do tipo cidadania e direitos da infância e da juventude importa refletir inquestionavelmente sobre dois grandes temas.

Há que se considerar, além do mais, que existe um grande sonho no coração e na mente dos que defendem os direitos fundamentais, seja da criança e do adolescente, seja do homem já adulto: fazer de cada brasileiro um cidadão.

Conforme designa a concepção clássica, ser cidadão é participar diretamente do exercício da soberania, lição que vem da Grécia, teorizada pelos pensadores da Antigüidade e praticada especialmente na Atenas dos séculos IV e V a.C.. Nesse sentido, ser cidadão significa viver comprometido com a cidade (a etimologia revela a essência da origem histórica: "pólites", que os romanos traduziram por "cives", é o que participa da "polis" ou "civitas"), o que implicava por conseguinte combater nas guerras (participação concreta de atos executivos); deliberar normativamente sobre princípios que regulavam a organização da cidade, como membro da eglésia - assembléia de cidadãos - (participação nas atividades legislativas) e ainda, atuar na prestação jurisdicional, através dos tribunais populares. Isso fazia com que o indivíduo tivesse um comprometimento, uma dedicação total com a vida pública, em detrimento até dos afazeres, das comodidades da vida privada.



O segundo modelo de cidadania oferecido pela história ocidental é o da cidadania moderna, que tem sua origem basicamente em ROUSSEAU. Pode tal cidadania ser entendida como uma espécie de ressurgência neoclássica da antiga concepção, cujo marco histórico se situa na Revolução Francesa.

Convém salientar que essa Revolução tinha por idéia mestra "o compromisso com o público e que a virtude cidadã deveria ser entendida como lucro da vida das pessoas"<sup>1</sup>, e foi - a Revolução - viabilizada num contexto histórico distante da sua matriz, a antigüidade, pois levada à prática no mundo moderno.

Nesse mundo, porém, a compreensão que prevalece é a de que ser cidadão é gozar de proteção; a cidadania não mais é encarada como uma função, um ofício, um ônus público; deixa de ser, assim, uma condição ativa, e passa a ter uma condição passiva. Entende TORRES que isso se configura à medida que o indivíduo se conformava em esperar uma ordem jurídica constitucional que outorgue direitos e faculte o gozo destes.<sup>2</sup>

Atento a este largo panorama, que se estende sobre diferenciados períodos históricos, MARSHALL descreve o lento e

---

1. TORRES, João Carlos B. "Cidadania: exercício de reivindicação de direitos" in *Anais da XIV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil - Vitória/ES*. Setembro de 1992. p. 344-345. Afirma este autor que tal proposta foi profundamente criticada por Marx, o qual entendia que no mundo moderno o cidadão não mais tinha condições de dedicar a totalidade de sua vida às questões públicas, uma vez que se torna imperiosa a preocupação com a própria manutenção; lembra ainda o autor citado que esta crítica, anos antes, já havia sido feita pelo próprio Benjamim Constant (p. 345).

2. TORRES, J. C.B. - *Idem*, *ibidem*.

paulatino processo de conquista de direitos. A evolução da cidadania, do período que abrange o século XVIII ao XX, corresponde a três momentos jurídicos distintos, reflexo de cada época, isto é, o da liberdade individual, o da participação política e o da igualdade sócio-econômica. Desta forma, a cidadania, entendida como *status* que integra direitos, obrigações e garantias aos indivíduos de uma mesma comunidade, surgiu no século XVIII, no interior da burguesia, a qual estava a reclamar por direitos que julgava indispensáveis à liberdade individual, na luta contra as arbitrariedades da aristocracia. Suas necessidades, no entanto, restringiam-se aos direitos civis individualizados: direito ao reconhecimento como pessoa, direito de liberdade de locomoção e de pensamento e, ainda, o direito à propriedade.<sup>1</sup>

No decorrer do século XIX, a sociedade burguesa sofre uma série de transformações, de tal forma que estes "direitos civis" não mais são suficientes ante o preconceito existente e a falta de oportunidades econômicas para parcelas emergentes e em número significativo da população. Diante desta nova necessidade, deu-se a ampliação dos direitos civis através dos direitos políticos. O reconhecimento deste último importou nos direitos relativos à democratização do sufrágio e na efetiva participação dos cidadãos no poder político.<sup>2</sup>

---

1. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 63-70.

2. MARSHALL, T. H. - *Idem*, *ibidem*.

Para MARSHALL ocorreu aí um passo importantíssimo, pois a incrementação participativa das comunidades locais e o crescente interesse pela igualdade como princípio de Justiça social foi um terreno propício para a revelação de direitos sociais mínimos, como assistência médica, moradia, educação, entre outros.<sup>1</sup>

Aliás, convém ressaltar o papel fundamental do desenvolvimento da educação através dos órgãos públicos, a partir do final do século XIX. Ela foi imprescindível na tentativa de superação das diferenças sociais. Diz T.H. MARSHALL:

"A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como direito da criança freqüentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado".<sup>2</sup>

Coloca o autor citado que, ao findar do século XIX, a educação primária, na Inglaterra, era não apenas gratuita como também obrigatória. Tal circunstância, por MARSHALL denominada de "desvio notável do *laissez faire*"<sup>3</sup>, não se desenvolveu apenas tendo em vista que a essência desta filosofia liberal exige

---

1. MARSHALL, T. H. - Idem, ibidem.

2. MARSHALL, T. H. - Idem, p. 73.

3. MARSHALL, T. H. - Idem, ibidem.

mentes maduras, para que se possa ter liberdade de escolha, mas sim em face da democracia política que se instaurara, estava a exigir um eleitorado educado e, mais, que a produção científica estava a depender de pessoas capacitadas e habilitadas para tanto.<sup>1</sup>

Compreende-se, assim, que o desenvolvimento da educação primária no decorrer do séc. XIX foi responsável para que se firmassem os primeiros passos em favor do surgimento dos direitos sociais da cidadania do século XX. Na perspectiva, portanto, do autor em apreço, a necessidade e a reivindicação em torno dos direitos civis denotam uma participação dos atores sociais hegemônicos que impõem limites à ação e ao poder do Estado. Enquanto que os direitos políticos e sociais aparecem, não como uma forma de conter o Estado, mas como uma atitude de expressão de necessidades que clamam por participação dos indivíduos.<sup>2</sup>

Assim, ainda que se reconheça a importância advinda da conquista dos direitos civis e políticos, o surgimento dos direitos sociais transformou o próprio papel do Estado, que passa a ter, conforme já colocado anteriormente, uma ação positiva, com o fim de assegurar e, efetivamente, levar a termo os direitos

---

1. MARSHALL, T. H - Idem, p. 74. Acrescenta, ainda, o autor: "O dever de auto-aperfeiçoamento e de auto-civilização é, portanto, um dever social e não somente individual porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros. E uma comunidade que exige o cumprimento dessa obrigação começou a ter consciência de que sua cultura é uma unidade orgânica e sua civilização uma herança nacional".

2. MARSHALL, T.H. - Idem, 73 - 95.

nascidos na sociedade.

No contexto brasileiro, a cidadania deve ser entendida como o "exercício de uma reivindicação de direitos"<sup>1</sup>, o que significa uma batalha pelo reconhecimento de novos direitos sociais, ou de direitos já existentes os quais, no entanto, têm sido historicamente negados neste país. Este conceito "contemporâneo" de cidadania está, tal qual a concepção antiga, comprometida com valores, o que leva TORRES a dizer que:

"Não se trata pura e simplesmente de lutar pelo respeito a valores que já estão dados. Ao contrário, trata-se de restabelecer e de fazer com que a ordem política-constitucional existente consagre, efetivamente, assegure tais direitos. Então, a concepção contemporânea da cidadania é uma concepção que recupera a idéia de uma atividade do cidadão, mas que a recupera não dentro da ação estatal e do exercício da soberania, mas reafirma o caráter dinâmico da ação cidadã a partir da sociedade civil, e como um programa de transformação da esfera público-jurídico-constitucional-<sup>2</sup> tal como estabelecido numa certa circunstância".<sup>2</sup>

No Brasil, ainda é muito forte a concepção de cidadania segundo a teoria tradicional, a qual pode ser expressa como a qualidade da pessoa que se encontra na posse de plena capacidade civil e ainda, que esteja investida no uso e no gozo de seus direitos políticos, de forma que tenha condições de participar da vida política do país.

---

1. TORRES, J. C. - Idem, p. 345.

2. TORRES, J.C.B. - Idem, ibidem.

PINTO FERREIRA preleciona que:

"Direitos políticos são as prerrogativas, os atributos, faculdade ou poder de intervenção dos cidadãos ativos de seu país. Intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. (...) De um modo geral, os direitos políticos são os que asseguram a participação do indivíduo no governo de seu país, seja votando ou sendo votado".<sup>1</sup>

Anote-se, ainda, sob esta mesma linha de raciocínio, que a cidadania pode ser tanto a *natural* quanto a *legal*. Será *natural* quando decorre do nascimento, ou seja, do fato de ser nacional por nascimento. Já a cidadania será *legal*, quando, em virtude da residência fixada em território nacional, a mesma poderá ser outorgada mediante uma declaração legal, qual seja, a naturalização. A cidadania, portanto, pode ser conferida tanto ao nacional como ao estrangeiro que consegue se naturalizar.

Partindo dessa abordagem, pode-se concluir que o discurso jurídico da cidadania, é uma mera construção do direito, sem nenhuma preocupação com outros elementos como os de caráter sociológico indispensáveis para sua elaboração conceitual, cite-se, exemplificativamente, como ter moradia digna, ter as condições materiais mínimas para o seu desenvolvimento enquanto pessoa humana, ter acesso à escola, etc. Estes requisitos e outros, como a questão da formação ética, também devem ser inseridos no conceito de cidadania; no entanto, são proposital e

---

1. FERREIRA, Pinto. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 447-448.

pretensamente "esquecidos".<sup>1</sup>

De fato, seria desolador, para não dizer esquizofrênico querer defender a tese de que a cidadania possa ser entendida, simplesmente, como uma dimensão jurídica da nacionalidade.

Qual será, efetivamente, o seu significado em um país terceiro mundista, cuja população é carente de alimentação, vestuário, habitação, saúde, transporte, educação, trabalho?

Em regra, entende-se como cidadão aquele indivíduo que vota - num primeiro plano - e é capaz de ser votado - já numa dimensão superior.

A atual Constituição Federal, em seu art. 14, II, determina que o jovem brasileiro com dezesseis anos de idade poderá votar (o voto é facultativo entre os dezesseis e dezoito

-----

1. Nesse sentido aduz ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **O discurso da cidadania: das limitações do jurídico às potencialidades do político.** Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre. Florianópolis, 1987. p. 31 - 32:

"A cidadania é vista meramente como um atributo concedido pelo Estado - através da lei - ao indivíduo nacional. E por isso a nacionalidade é, em qualquer caso, condição de cidadania. Trata-se de uma cidadania nacional. Ademais, a cidadania é tida como categoria estática que, uma vez concedida, acompanha o indivíduo pela vida toda. Como vínculo absolutamente unilateral instituído pelo Estado, é desprovida de qualquer potencialidade instituinte. Daí porque, concebendo a cidadania como instrumento de regulação da participação política dos indivíduos na sociedade, delimitando o seu lugar social, o discurso jurídico da cidadania além de monológico - já que não abre diálogo com o político - é autoritário. (...)

Nessa perspectiva, esvazia-se sua historicidade, neutraliza-se sua dimensão política em sentido amplo e sua natureza de processo social dinâmico e instituinte. Promove-se, enfim, uma forçosa redução de sua complexidade significativa, de modo a impedir a tematização dos componentes democrático-plurais do discurso da cidadania, reduzindo-o a um sentido autoritário".

anos de idade).

Convém, no entanto, refletir:

- Será de fato cidadão um adolescente semi-analfabeto, sem casa, trabalho, escola, só por ter dezesseis anos e o título de eleitor?

- Será de fato cidadão alguém que sequer consegue raciocinar e se expressar com certa clareza, tendo em vista que teve seu desenvolvimento psico-motor afetado pela falta de uma alimentação adequada?

- Será cidadão quem não sabe manifestar sua opinião, pois teve castradas suas idéias, sua capacidade criativa, por causa do jugo ditatorial que perdurou no Brasil por mais de vinte anos, o que o tornou acrítico e não participativo?

Juridicamente, sim. Sociologicamente, não.

Justamente aí talvez resida a grande proposição da Carta Política de 1988, que seria a de todo brasileiro se transpor - através da edificação de um novo modelo de sociedade - da condição de miserável para a de cidadão.

De fato, a Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas características mais expressivas a relevância que atribuiu ao tema "cidadania", que era até então concebida como o direito de votar em falsas eleições e o direito, ou mais especificamente,



o privilégio de ser eleito.<sup>1</sup>

Para MURICY, falta à sociedade brasileira uma "participação de base e cidadania organizada"<sup>2</sup>. Tal fato faz com que o povo seja manipulado, funcionando

"como massa de manobra para políticas assistencialistas desmobilizadoras que alternam com as mais cínicas práticas institucionais de apropriação privada da coisa pública, estas últimas tão freqüentes e avassaladoras, que já tornam consagrado no Brasil o estado de impunidade".<sup>3</sup>

A ampliação da cidadania, através de uma participação popular constante do corpo social em todas as esferas, acabará por produzir transformações na idéia tradicional do Estado como instância exclusiva e absoluta do poder societário. Há que se mudar, portanto, o enfoque e passar a encará-lo "não mais como criador e tutor autoritário da Sociedade Civil, mas como

1. FAGUNDES, Miguel Seabra. "Cidadania na Constituição". *Anais da XIV Conferência Nacional da OAB*. - Op. cit., p. 65. Acrescenta o autor: "Cidadão no Brasil não é o cidadão da Declaração de Direitos Universais do Homem e do Cidadão. Cidadão no Brasil é o nacional, é o que nasceu no Brasil. Aliás assim está na Constituição do Império, que num trecho dizia que eram considerados cidadãos os que no Brasil tivessem nascido" (p. 67).

2. MURICY, Marília. "Cidadania, Estado e Sociedade Civil" in *Anais da XIV Conferência Nacional da OAB*. - Op. cit., p. 61.

3. MURICY, M. - Idem, ibidem. E ainda adverte a autora: "Nesse contexto, em que a amorfia da sociedade casa-se com práticas institucionais deterioradas, é ilusório imaginar níveis satisfatórios de participação que conduzam a expressões conflitivas de cidadania, construtoras de novas instâncias de legitimação do poder. A fragilidade do tecido social faz do Brasil o reino do privado, distanciando-nos da via socializadora da organização participativa. Caminhamos na corda bamba do corporativismo esporádico e da cidadania tutelada e não por acaso nos tornamos presas fáceis do jogo ideológico que apela para o anacronismo do capitalismo livre, como alternativa da ampliação da liberdade" (p. 62).

articulador e re-ordenador dos espaços democráticos de acesso popular, como autêntico mandatário da Sociedade Civil, plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania popular".<sup>1</sup>

Uma questão imprescindível nesta discussão em torno da cidadania é saber como esta se viabilizará, isto é, de que forma na prática se garantirão os interesses afetos à criança e ao adolescente de que fala a Constituição Federal, regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto significa a possibilidade de acionar o Poder Judiciário, visando à tutela de determinado interesse difuso, servindo-se dos remédios constitucionais como o mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e ação civil pública, bem como, ainda, todas as ações presentes na processualística civil brasileira.

A preocupação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em não somente elencar mas ao mesmo tempo descrever como esses direitos poderão ser exigidos, importa afirmar que, à medida que forem realmente efetivados, ter-se-á como consequência direta, na nação brasileira, o surgimento não apenas de nacionais, mas de cidadãos.

Para ser cidadão, não apenas no seu sentido jurídico, é necessário que já no seio materno se tenha os meios

---

1. WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 43.

nutricionais elementares. Assim, à mãe gestante deverão ser desde logo dispensados cuidados especiais, e a partir do momento em que esta criança nasça, é preciso que se lhe assegurem as condições materiais e morais imprescindíveis a sua condição de pessoa humana em desenvolvimento.

O acesso à Justiça, na interposição de ações que assegurem os interesses difusos afetos à criança e ao adolescente e através de novos interlocutores, redonda também na transformação do próprio Poder Judiciário, como se verá no Capítulo 4, que passa a ser instrumento de expansão da cidadania. Isso porque, da sua antiga posição de solucionador de lides inter-subjetivas, aquele é agora chamado a se colocar diante de uma nova série de demandas de cunho metaindividual. Este novo colocar-se, na maioria das vezes, significa indeferir ou reconhecer direitos sociais.

Para retratar o não acesso ao Judiciário, WATANABE usa a expressão "litigiosidade contida", a qual identifica "conflitos que ficam completamente sem solução muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. (...) fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na *panela de pressão social*, que já está demonstrando sinais de deterioração do seu sistema de resistência".<sup>1</sup>

---

1. WATANABE, Kazuo. "Filosofia e características do Juizado Especial de Pequenas Causas" in WATANABE, K. (coord). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 2.

Como acima já foi referido, no item 1. 2, o processo que levaria a uma atitude de buscar as vias jurisdicionais na composição de litígios de natureza difusa está a depender da educação, pois somente a partir do momento em que o cidadão brasileiro for educado, e portanto, consciente, terá condições de mobilizar-se, e promover ações visando à tutela de seus interesses.

Daí resulta a constatação de DINAMARCO, segundo a qual a educação é "um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser perseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo".<sup>1</sup>

1.6 - A interposição dos interesses difusos afetos à criança e ao adolescente

Primeiramente convém colocar, que o tema em apreço, o qual está inserido no Título VI: "Do Acesso à Justiça", está assim regulado no Estatuto da Criança e do Adolescente:

"Art. 141 - É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 163.

órgãos.

§ 1º - A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

§ 2º - As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má fé".<sup>1</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado na doutrina da proteção integral - de que se falará no Capítulo 2, item 7 - garante o acesso à Justiça de toda criança ou adolescente.

Esta disposição está em harmonia com o que determina a Constituição Federal no *caput* do art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)".

Apesar de pertinente, não seria aqui o momento próprio de se fazer uma crítica acerca desta suposta "igualdade" perante a lei, uma vez que as relações sociais, políticas e econômicas, demonstram, infelizmente, o inverso, ou seja, o Brasil se caracteriza, como já foi colocado, por gritantes distorções e diferenciações nesses campos.

De qualquer forma, não se pode excluir a importância da defesa do princípio da igualdade, ainda que no plano formal, pois foi partindo desse mandamento constitucional que se tornou possível ao Estatuto tratar deste tema precioso, garantindo o acesso da criança e do adolescente à Defensoria Pública, ao

---

1. Os artigos posteriores (142 ao 144) não serão apreciados, tendo em vista a especificidade desta tese, a qual procura analisar o acesso à Justiça por parte da criança e do Adolescente na propositura de interesses difusos.

Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao servir-se da expressão acesso ao "Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos", não se limitou ao acesso à Justiça da Infância e da Juventude, enquanto vara especializada, mas a todos os órgãos jurisdicionais, os quais estão elencados no art. 92, da Constituição Federal <sup>1</sup>

A citada Lei, portanto, enquanto ordenamento jurídico infra-constitucional, garante à infância e à adolescência o mais amplo acesso à Justiça.

Agora faz-se necessário, para melhor compreensão do acesso à Justiça, na proposição dos interesses difusos pertencentes às crianças e aos adolescentes, um estudo mais detalhado acerca dos interesses difusos (Capítulo 2) e quem são os legitimados para propor em juízo a sua defesa (Capítulo 3).

-----  
1. "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Supremo Tribunal Federal;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais;
- IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juizes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juizes Militares;
- VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e os Territórios.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional".

## 2 - A TEMÁTICA DOS INTERESSES DIFUSOS

A questão dos interesses difusos vem sendo abordada contemporaneamente de modo sistemático e autônomo, no sentido de atender à necessidade de renovação dos esquemas processuais clássicos.

No entanto, inegável é o fato de que tais interesses sempre existiram, ou seja, têm como marco inicial o momento no qual o homem passou a viver em comunidades, de forma que, desde seus primórdios, a vida em sociedade revelava a presença de um conjunto de pretensões que não pertenciam a um grupo específico de indivíduos, direitos que não eram concernentes a um titular isolado, mas a toda a sociedade.

### 2.1 - A tutela dos interesses difusos: origem

O primeiro ponto que advém deste assunto diz respeito a quem estaria legitimado para defendê-los e, também, como se daria a defesa em juízo de um direito não personificado.

A tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos surge de modo embrionário, mas ordenado, no direito romano. De acordo com esse direito, a ação em geral era da competência do

indivíduo na proteção de assuntos atinentes à vida privada (*actio privata*). Diz CHAMOUN que "certas ações honorárias lhe eram atribuídas para tutelar um interesse público: eram as *actiones populares*".<sup>1</sup> Ressalte-se que tais demandas tinham caráter privado, pois somente as ações penais eram consideradas públicas.

O cidadão romano atuava nessa ação popular como defensor do interesse público, pois deste participava. Afirma SCIALOJA<sup>2</sup> que os interesses públicos, chamados de difusos pelos romanos, não se concentravam no povo, enquanto entidade, tinham sim por titular cada membro da comunidade, cuja tarefa era a de defender os interesses pertencentes a toda a população.

Os direitos havidos em Roma como difusos eram, entre outros, o culto à divindade, o direito à liberdade, o direito ao meio ambiente.

Ao longo do período medieval, o Estado sofreu um processo de enfraquecimento, em face das constantes e dispendiosas guerras e, também, devido ao surgimento de novos focos de poder, dentre os quais podem ser destacados o

---

1. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 105. Acrescenta o autor: "Se mais de um indivíduo intentasse uma ação popular, tinha preferência quem fosse lesado em seu próprio interesse ou a pessoa mais idônea. O autor da lesão ao interesse público era condenado a pagar ao autor da ação uma quantia" (p. 105).

2. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimento civil romano*. Trad. de Santiago S. Melendo e Marino Ayerra Rendin. Buenos Aires: EJEA, 1954, p. 474.



aparecimento dos feudos e das grandes corporações, e o fortalecimento da Igreja. De sorte que neste período praticamente se negou qualquer proteção que ultrapassasse a esfera individual.

Assim, em se tratando do estudo de dados históricos específicos no que se refere à tutela desses interesses, seguem-se as *actiones populares* do direito romano, a figura do *ombudsman* escandinavo.

A instituição do *ombudsman* data do século XVI na Suécia com o surgimento do *Grande Senecal (drotsen)*, o qual sob a autoridade do rei, incumbia-se de velar pelo bom funcionamento e administração da justiça naquele reino. Em 1638, aparece o *General Inspectoren Öffuer Ordiningarne*, substituído, em 1713, pelo Rei Carlos XII, pelo *Konungens Högsta Ombudsman*, cuja função era a de controlar a observância das leis. Finalmente, a partir de 1809, surge na Suécia o *Justitieombudsman*, isto é, o *ombudsman* que guarda as características até hoje existentes.<sup>1</sup>

FERRAZ, MILARÉ e NERY JUNIOR definem o *ombudsman* como

"(...) um órgão criado para administrar a justiça. Não tem jurisdição, mas, tão-somente, administração da justiça. A sua função é de exercer uma espécie de controle da atividade da administração, ao mesmo tempo que vai decidir a respeito de interesses difusos".<sup>2</sup>

---

1. LEGRAND, André. *L'ombudsman scandinave*. Paris: LGDJ, 1970. p. 20 e 23.

2. FERRAZ, Antônio Augusto de Mello de Camargo et alii. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 50.

Convém salientar que a figura do *ombudsman* não resolve em sua totalidade a problemática da tutela dos interesses difusos, pois apenas os defende na esfera administrativa, não possuindo autoridade para pleitear tal tutela junto ao Poder Judiciário. Em Portugal, por exemplo, apesar da existência do "Provedor de Justiça" - figura similar ao *ombudsman* - a Lei n. 29, de 22 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Defesa do Consumidor, outorga ao Ministério Público a competência para pleitear em juízo a tutela dos consumidores, estabelecendo, ainda, que as associações poderão intervir no processo apenas como assistentes.<sup>1</sup>

Ressalte-se, no entanto, que foi somente a partir dos anos 60-70 que a literatura científica passou a se preocupar mais especificamente com os interesses difusos, sobretudo nos países europeus.<sup>2</sup>

Esta implementação do assunto está ligada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, na qual as atividades econômicas e sociais podem atingir prejudicialmente um grande número de pessoas, lesando direitos e interesses, não só do indivíduo, considerado como ente isolado, mas de grupos, classes, categorias ou mesmo de comunidades inteiras, como é o caso da poluição, cujo problema não se circunscreve a um de seus efeitos

---

1. FERRAZ, A. A. de M. et alii. - Idem, p. 52-53.

2. DOTTI, René Ariel. "A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos" in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 23, n. 90, p. 180, abr/jun. 1986.

apenas (cite-se o lixo), mas ao equilíbrio geral do ecossistema.

Segundo ROSETA, o crescimento requer um processo capaz de melhor satisfazer o ser humano em sua totalidade, ou seja, "é a melhoria de condições que lhe permite expandir a sua personalidade, é o avanço nos progressos para satisfação das necessidades humanas fundamentais".<sup>1</sup>

Uma vez situada de forma preliminar a origem dos interesses difusos, na qual se considera como existentes fatos que envolvam os mesmos, a partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade, sendo, portanto, co-naturais a esta, é preciso avançar a questão no sentido de denunciar que a atual sociedade vive de forma mais aguda e rotineira situações que abrangem os interesses em pauta.

Esta preocupação não se restringe aos problemas relativos ao meio ambiente, ao consumidor, às minorias étnicas, mas, sobretudo, aos que dizem respeito ao objeto da presente tese, ou seja, questões relativas à qualidade de vida de crianças e adolescentes brasileiros.

---

1. A afirmação citada se refere a uma locução da deputada Maria Helena Roseta, do Partido Popular Democrático, na Assembléia Constituinte Portuguesa, acerca da proposta de positivação no texto constitucional de seu país, de modo a garantir o equilíbrio ecológico. Disso resultou o art. 66 da referida Constituição Portuguesa. cf. *Diário da Assembléia Constituinte*, Lisboa, 8 de outubro de 1975. n. 59, p. 1793.

## 2.2 - O problema terminológico

Na atualidade, a formação de grupos sociais, portadores de interesses que vão além dos meramente individuais, tem sido cada vez mais importante e de caráter imprescindível. No entanto, a terminologia das expressões **interesses difusos** e **interesses coletivos** apresenta uma certa ambigüidade.

Em primeiro lugar, percebe-se uma radical divisão (*summa divisio*) que coloca os interesses individuais, privados, num pólo e os interesses metaindividuais, em outro; isto é, enquanto os primeiros se limitam a uma esfera de atuação individual, os segundos projetam sua atenção para uma ordem coletiva.

MANCUSO designa por individual o interesse que se destina ao próprio indivíduo; isto significa que, numa demanda judicial, se o interesse for bem exercido, somente ele se beneficia com o resultado positivo; por outro lado, ocorrendo um resultado negativo, apenas o indivíduo suportará os encargos da ação infrutífera. Ressalte-se, ainda, que tal pretensão apóia-se "na base do conceito de *direito subjetivo*; este resulta da fusão entre o interesse individual e a proteção que os chancela e garante (...)"<sup>1</sup>

---

1. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37.

Para a efetivação de um determinado interesse individual, a qualificação para este exercício é atribuída ao seu portador, sendo que o Estado, dependendo da situação, não poderá intervir ou mesmo não terá interesse em fazê-lo.

No que se refere aos interesses coletivos, há autores que usam indistintamente as expressões "interesses coletivos", "difusos", "de grupos", "meta", "supra" ou "transindividuais", sem uma preocupação em delimitar os conceitos.

Entende VIGORITTI que os interesses coletivos e difusos têm o mesmo conteúdo: o agrupamento de interesses. Contudo, para o citado autor, enquanto o interesse coletivo caracteriza-se por ser organizado e coordenado, o difuso constituía-se numa fase de formação do interesse coletivo, portanto sem sistematização; mas, de qualquer forma, estava este último inserido no processo de agregação de interesses.<sup>1</sup>

Parece mais acertada a conceituação proposta por GRINOVER que entende por interesses coletivos os "comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico que as congrega".<sup>2</sup>

A autora anteriormente referendada, exemplifica,

---

1. VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giufrè, 1979. p. 43 e 61. No mesmo sentido ver GRASSO, Eduardo. "Gli interessi della collettività e l'azione collettiva" in *Revista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, a.38, n. 2, p. 27, 1983.

2. GRINOVER, Ada Pellegrini. "A problemática dos interesses difusos" in GRINOVER, A. P. (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 30.

citando, a sociedade comercial, a família, o condomínio, os quais suscitam interesses comuns em função da relação-base que une os seus integrantes, que no entanto não se confunde com os interesses individuais. Segundo essa autora, existem interesses mais complexos, como o interesse coletivo do sindicato que congrega numa categoria profissional específica um conjunto de trabalhadores.<sup>1</sup>

Também para BASTOS, os interesses coletivos referem-se ao homem vinculado socialmente, e não ao homem isolado. Assim, essas pretensões diriam respeito a vários sujeitos considerados "por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado".<sup>2</sup>

MANCUSO compreende como notas caracterizadoras dos interesses coletivos as seguintes:

"a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada".<sup>3</sup>

Convém lembrar que o Código de Defesa do Consumidor ampliou o conceito de interesse coletivo: o vínculo pode existir

---

1. GRINOVER, A. P.- Idem, ibidem.

2. BASTOS, Celso. "A tutela dos interesses difusos do direito constitucional brasileiro" in *Repro.* São Paulo, n. 23, p. 40, jul/set. 1981.

3. MANCUSO, R. C.- Op. cit., p. 45.

entre cada componente do grupo ou com a parte contrária (art. 81, Parágrafo único, II, da Lei n. 8.068/90).

No que se refere aos interesses difusos, no campo da linguagem jurídica, encontra-se uma série de dificuldades em precisar seu conceito.

BARBOSA MOREIRA, ao apresentar suas idéias acerca desse tema, sugere apenas dois aspectos importantes, quais sejam: um pertinente ao sujeito; outro, ao objeto.<sup>1</sup>

Quanto ao sujeito, o interesse difuso notifica-se por não pertencer a uma pessoa determinada ou a um grupo explicitamente delimitado, de modo que a sua titularidade pertence a um conjunto de pessoas cuja determinação é difícil de ser elencada; pois a caracterização da titularidade não prescinde necessariamente de um vínculo jurídico entre os membros desse grupo. No que tange ao objeto, o interesse diz respeito a um bem individual, de modo que da satisfação de um de seus integrantes resulta a satisfação de todos os outros.<sup>2</sup>

CAMPOS entende que a "indivisibilidade não é característica indispensável a um interesse coletivo e também não o seria quanto a um difuso"<sup>3</sup>, o que torna possível a

---

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro". *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-184.

2. MOREIRA, J.C.B. - *Idem*, *ibidem*.

3. CAMPOS, Ronaldo de Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 49.

divisibilidade do objeto, como no caso dos consumidores de um certo produto que sofreram prejuízo em face de defeitos de fabricação do mesmo. Apesar desses consumidores constituírem um grupo de difícil identificação e apresentarem o interesse comum no ressarcimento do dano, poderá cada consumidor obter de forma isolada a indenização postulada em juízo, de modo que este bem perseguido, que não deixa de ser comum, possa ser divisível.

Hoje, a leitura que se deverá fazer desta colocação, isto é, a partir da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o interesse de que fala o autor é, na realidade, o individual homogêneo, o qual apenas acidentalmente é coletivo.

### 2.3 - A questão do conceito

Na acepção de VILLONE, a tarefa de propor um conceito preciso do que seja interesse difuso não é algo simples. Dada a obscuridade que envolve a matéria, o intento adquire a proporção do desvendamento de um mistério.<sup>1</sup>

Para MANCUSO, esta carência conceitual está relacionada a dois fatores:

"(...) em primeiro lugar, a própria locução *difuso*

---

1. VILLONE, Massimo. "La colocazione istituzionale dell'interesse diffuso (Considerazioni sul sistema statunitense)" in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giufrè, 1976. p. 73.



sugere algo fluido, de contornos esbatidos, desestimulando as tentativas de definição (quase se diria, por *blague*, que no momento em que tais interesses fossem definidos, deixariam de ser ... difusos!). Em segundo lugar, trata-se de categoria relativamente recente, o *nouveau-né* da grande família dos interesses, e talvez por isso se esteja aguardando um maior número de informações, de elementos esclarecedores(...)"<sup>1</sup>.

Ante o exposto, é de se questionar: por que na atualidade problemas que apresentam interesses difusos têm se apresentado com maior evidência?<sup>2</sup> Isso se explica a partir da constatação de que a sociedade contemporânea convive com questões complexas como os grandes conglomerados urbanos, as metrópoles, o desenvolvimento desmesurado das relações econômicas e o conseqüente surgimento de cartéis, "holdings", multinacionais, de atividades monopolistas, da produção e do consumo de massa, dos meios de comunicação de massa, dos problemas ambientais, das carências no campo social e outros, sendo que muitos desses fatos acabam por provocar sérios danos ao homem (tanto individual quanto coletivamente considerado), atingindo negativamente a qualidade de vida.

Os interesses difusos pertencem ao gênero dos

-----

1. MANCUSO, R. C. - Op. cit., p. 101.

2. A assertiva feita diz respeito a abordagem do tema nos planos teórico e prático. O primeiro ante a preocupação de renomados juristas como Mauro Cappelletti, Eduardo Grasso, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti, à nível internacional; Rodolfo de Camargo Mancuso, Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Hugo Nigro Mazzilli, e muitos outros juristas brasileiros os quais têm outorgado ao assunto os mais preciosos estudos. No plano prático, cite-se, a recente jurisprudência que tem se firmado nos tribunais superiores sobre tal matéria.

interesses metaindividuais ou superindividuais, pois suas características ultrapassam a esfera das pretensões subjetivas, para se inserirem numa órbita mais ampla, coletiva em seu sentido lato.

GRINOVER entende que os interesses difusos, enquanto pretensões metaindividuais, não têm por fundamento uma relação bem definida, uma vez que o vínculo entre as pessoas deve-se a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados fáticos acidentais e modificáveis, como é o caso de consumir certo produto, habitar na mesma localidade ou região, estarem sujeitos a certos empreendimentos, viverem em determinadas condições sócio-econômicas e assim por diante. Trata-se, desta maneira, na concepção da autora, de interesses informais, que se referem à qualidade de vida, os quais "sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massas, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos".<sup>1</sup>

Nesse mesmo sentido é o pensamento de PRADE, para o qual as pretensões em análise têm por titular uma gama abstrata de indivíduos, que estariam ligados entre si somente por "vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade".<sup>2</sup>

---

1. GRINOVER, A. P.- Op. cit., p. 31.

2. PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 58.

## 2.4 - Características básicas

MANCUSO, ao propor um conceito, segundo ele analítico, para os interesses difusos, afirma que estes apresentam determinadas especificidades como indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, intensa litigiosidade interna e mutabilidade.<sup>1</sup>

Ante este rol de características, torna-se necessário estudá-las detalhadamente, segundo o pensamento do autor supra citado:

a) *Indeterminação dos sujeitos*: os interesses difusos dizem respeito a um conjunto indeterminado de sujeitos ou de difícil determinação. Contrapondo-se, portanto, ao esquema tradicional, no qual a titularidade referia-se a um sujeito qualificado para recebimento da tutela estatal, aqui o que deve ser levado em consideração não é a titularidade em si, mas a importância da pretensão, ou seja, sua relevância social. Rompendo com a tradição jurídica, cujo interesse deveria advir de um titular específico, os interesses difusos concernem a uma pluralidade de sujeitos.

A indeterminação de sujeitos deve-se, ainda, ao fato de que os indivíduos se agregam ocasionalmente, em decorrência de dados circunstanciais, comungando pretensões semelhantes, não

---

1. MANCUSO, R. C.- Op. cit., p. 105.

existindo, assim, um vínculo jurídico que os une.

Acrescente-se, também, que os interesses difusos se encontram num estágio, no dizer de MANCUSO, "fluido", pois estão num processo de formação no interior da comunidade, não podendo ser confundidos com os interesses que, já estão enquadrados especificamente no sistema jurídico. É o caso do interesse à defesa comum, à ordem e à saúde pública, entre outros, os quais se referem a situações que não comportam controvérsia na esfera indivíduo *versus* indivíduo, situando-se na perspectiva do conflito autoridade *versus* indivíduo, ou seja, no campo dos interesses públicos.<sup>1</sup>

Neste ponto, o assunto parece estar evoluindo, pois apesar de os interesses difusos, na maior parte dos casos, pertencerem a coletividades cujo conteúdo numérico é praticamente indefinido, isto não significa que já não estejam num processo de institucionalização (no sentido de positivação), sem com isso perderem suas características essenciais, ou seja, os interesses difusos vão, pouco a pouco, se enquadrando no ordenamento jurídico. Cite-se o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

b) *Indivisibilidade do objeto*: os interesses em pauta são indivisíveis, isto é, seu objeto não possibilita a sua divisão em quotas a serem atribuíveis a pessoas ou grupos pré-estabelecidos. Tanto é assim que o sucesso ou o fracasso da ação

---

1. MANCUSO, R.C.- Idem, p. 67.

se estenderá não somente aos seus autores, como também aos que estavam agregados pela mesma pretensão.

O autor em estudo entende que essa característica esteja relacionada com sua particular estrutura, não estando os interesses difusos abrangidos por uma norma (como os direitos subjetivos). Sequer estão reunidos num grupo determinado de pessoas (como os interesses coletivos), de modo que a sua existência não sofre alterações, pelo fato de serem ou não exercidos. É o caso das discussões relativas à "qualidade de vida", cujos problemas, independente do sucesso ou fracasso de demandas judiciais, continuarão existindo; "isso é devido ao fato de que o objeto mesmo é fluido, esparso por um número indeterminado de sujeitos, e por isso não se esgota nem se extingue pelo fato de ser exercido por alguns desses sujeitos".<sup>1</sup> Assim, a indivisibilidade do objeto refere-se a todos os sujeitos envolvidos com a questão, indistintamente.

Aqui, também, faz-se pertinente a ressalva feita anteriormente, uma vez que os interesses difusos têm sido gradativamente objetos de normas jurídicas.

c) *Intensa litigiosidade interna*: dado o fato de que esses interesses são desagregados, dispersos entre segmentos sociais mais ou menos extensos, que não possuem um vínculo jurídico básico, suscitam, freqüentemente, choques com outros grupos que vêem, sobre o mesmo objeto, pretensões diversas - daí

---

1. MANCUSO, R.C. - Idem, p. 69.

o conflito, questão esta que será desenvolvida a seguir, no item 2.5.

d) *Mutação no tempo e no espaço*: nascem de situações contingenciais, imprevistas e que se não exercitadas tempestivamente, deverão sofrer transformações. Tais interesses têm sua origem na preservação de valores, como os referentes ao meio ambiente, ao direito dos consumidores, da qualidade de vida, etc. e, sendo assim, uma vez lesados, o direito não terá como oferecer uma reparação integral, "em espécie", pois não se trata, na maior parte das vezes, de questões passíveis de mero ressarcimento pecuniário.

Em termos substanciais, a lesão aos interesses difusos é irreparável e o papel do direito nesse momento é de apresentar alternativas ressarcitórias.

Pelo fato de emanarem de situações do cotidiano, os interesses difusos, conseqüentemente, são tão mutáveis quanto essas mesmas situações, podendo desaparecer na hipótese de se extinguir a causa ou as causas que os geraram, como poderão, novamente, reaparecer se mais uma vez advirem os dados anteriores.

Note-se que as características apresentadas e a sua formulação registram variações na doutrina jurídica, a qual não mantém uma exclusiva e unânime posição, como é o caso dos autores abaixo relacionados.

GRINOVER destaca dois pontos aos quais se refere como

"notas essenciais",<sup>1</sup> para os interesses difusos. O primeiro diz respeito a sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos, de sorte que "soçobra o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo o sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular".<sup>2</sup>

O segundo refere-se a seu objeto, que é um bem coletivo, de modo que a satisfação do interesse de um, importa a satisfação do de todos, do mesmo modo que o prejuízo de um alcança toda a coletividade.

No mesmo sentido, pode-se citar o pensamento de BARBOSA MOREIRA, para o qual a indivisibilidade do objeto do litígio e a impossibilidade de fazer com que todos os interessados estejam presentes em juízo, importa no fato de que os efeitos da demanda se estenderão a pessoas que sequer participaram do feito, em face do interesse comum.<sup>3</sup>

Não há por parte dos juristas uma homogeneidade quanto às características básicas dos interesses difusos. Como foi visto anteriormente, MANCUSO elenca uma série de dados específicos.

---

1. GRINOVER, A. P. - Op. cit., p. 31.

2. GRINOVER, A. P. - Idem, ibidem.

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". GRINOVER, A. P. (coord.). A tutela dos interesses difusos.- Op. cit., p. 104.

Outros, como GRINOVER e BARBOSA MOREIRA, depreendem da matéria somente duas "notas": indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto.

CAMPOS não acompanha no todo as características apresentadas pelos autores citados. Concorde que o interesse difuso apresenta uma titularidade de difícil, senão impossível identificação, mas discorda quanto à indivisibilidade do objeto. Para esse jurista, existe a possibilidade de interesses difusos que se relacionem com objeto divisível. É o caso do já citado consumidor de um determinado produto, que, mesmo inserido num grupo de difícil identificação, poderá isoladamente requerer em juízo o ressarcimento do dano em vista do prejuízo sofrido, o "bem perseguido por este interesse comum não seria, pois, indivisível".<sup>1</sup> Trata esta matéria, como já foi dito anteriormente, dos interesses ou direitos individuais homogêneos, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 103, III, c/c o seu § 2º.

Apesar de ser lógica a assertiva apresentada pelo autor supra mencionado, o tema dos interesses difusos suscita reflexões quanto ao objeto, aquilo que MANCUSO argutamente reconheceu como a "uniformidade de conteúdo"<sup>2</sup>, ou seja, a capacidade que um determinado fato tem de atingir uma gama ampla de sujeitos, indistintamente, de forma a determinar a indivisibilidade do objeto.

---

1. CAMPOS, R. C. - Op. cit., p. 49.

2. MANCUSO, R. C. - Op. cit., p. 70.



CAPPELLETTI, pronunciando-se sobre esta questão, aduz que o sujeito individualmente não terá suficiente motivação para demandar em juízo, pois sua lesão será no mais das vezes pequena, limitada. Além do que, o próprio efeito da decisão será irrisório na compensação de um dano individual, "um átomo do dano total".<sup>1</sup>

## 2.5 - A conflituosidade dos interesses difusos

Os interesses difusos, como já foi colocado anteriormente, nascem de fatos relativos a grupos ora menores ora maiores de sujeitos, sendo que essas situações são permeadas de "conflituosidade".

A característica do embate de pretensões opostas, marcante nesses interesses, exige opções de caráter político, o que resulta na possibilidade de escolha de uma determinada postura entre uma série de posicionamentos diferentes. Dependendo do caso, o desfecho nem sempre é pacífico.

Isso porque, na hipótese de preservação ambiental, os interesses dos ambientalistas de uma certa comunidade

---

1. CAPPELLETTI, Mauro. "Tutela dos interesses difusos" in *Separata da Revista do Ministério Público: Estado do Rio Grande do Sul*. Trad. de Tupinanbá Pinto Azevedo. Porto Alegre, n. 18, p. 38, 1985. Para o autor, há que se considerar, também, o problema da informação, isto é, o indivíduo estando isolado não terá possibilidades de ingressar em juízo, pois não conhecerá todos os requisitos necessários e suficientes para atuar de modo eficaz na esfera judicial.

contrapõem-se aos interesses de grupos predatórios que só pensam no crescimento e no lucro, totalmente divorciados da preservação do ecossistema; ao interesse da automatização industrial, opõem-se as pretensões atinentes à geração de mais empregos; ao interesse dos que desejam a elevação do nível educacional, contrapõe-se o da chamada "indústria da instrução", que massifica o ensino; o interesse dos que trabalham por um programa de transporte adequado, de modo a possibilitar um percurso seguro da escola para a casa de crianças e adolescentes, conflitam com os interesses empresariais, que alegam não se tratar de um investimento lucrativo (em face do sistema de horários e da meia passagem). Se se tratar de empresa de transporte público, a Administração Pública também suscita argumentos, como a falta de recursos para esse fim.

Daí o porquê dessa conflituosidade, gerada por interesses antagônicos em questões que envolvam interesses difusos, os quais estão disseminados em áreas de dimensões sociais, como é o caso dos direitos humanos.

Diante de circunstâncias antagônicas, é evidente o aspecto político que envolve as questões relativas aos interesses difusos, os quais retratam em sua maioria a insuficiência dos procedimentos normais dos sistemas sócio-jurídicos. Vale dizer que os órgãos estatais não conseguem, através de suas políticas sociais, solucionar defasagens e carências nos setores habitacionais, de saúde, educação, etc. Além dessas observações, é importante ressaltar que a própria sociedade, também, não está empenhada em dirimir esses problemas.

A questão básica, ao se tratar da proteção desses interesses, está justamente na adequada colocação institucional desses procedimentos de mediação, cuja finalidade é a de responder eficazmente aos conflitos metaindividuais.

Admitir a existência dos interesses difusos, a pretensão de sua tutelabilidade e a criação do instrumental imprescindível a sua efetiva proteção implica, necessariamente, reconhecer o surgimento de novas formas de mobilização popular, o que significa um processo de fracionamento do poder, ou seja, a efetiva participação democrática no campo social.

A sociedade, a partir do momento em que se encontra imersa numa série de problemas sociais, cuja solução está sendo descurada pelo Poder Público, cria formas capazes de tornar concretos seus direitos e interesses. Assim, o processo de formação de entidades populares que têm como fim institucional a defesa de uma determinada pretensão difusa constitui um precioso passo nesse sentido (este ponto receberá uma maior atenção no Capítulo 3).

## 2.6 - O fundamento constitucional dos interesses difusos

Em consonância com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, no que se refere ao acesso à Justiça, a ordem jurídica

estava dirigida a harmonizar, fundamentalmente, os litígios interindividuais, ou no máximo, os circunscritos a grupos determinados e definidos de pessoas.

Estabelecia o art. 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1/69:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido".<sup>1</sup>

O texto constitucional, desta forma, obstaculizava o ingresso em juízo para a defesa de interesses que extrapolassem a esfera individual, ou seja, as pretensões metaindividuais, coletivas ou difusas.

Já na legislação infra-constitucional, a Lei n. 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública -, ao defender os interesses dos consumidores, do meio ambiente e outros interesses difusos nominados (art. 1º, em sua primeira "versão"), abriu passagem para a defesa de alguns interesses de natureza metaindividual e provocou significativas modificações na ordem jurídica nacional. Ignorando o problema teórico acima colocado, passou a defender em juízo questões, portanto, que ultrapassavam

---

1. A redação do §4º do art. 153, na realidade foi dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. A redação anterior - Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em sua redação original) dipunha:

"§4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

o âmbito do direito subjetivo, em seus moldes tradicionais.

No entender de GRINOVER, a adoção da Lei n. 7.347/85 consistiu num relevante marco transformador: passa-se de um processo individualista para um processo social. Sendo assim, foi inaugurada uma nova época, na qual a citada Lei consistiu no primeiro instrumento jurídico capaz de garantir judicialmente interesses sem titularidade específica.<sup>1</sup>

Sem dúvida alguma, foi a partir da edição da Lei n. 7.347/85, que temas de interesse social puderam ser apreciados pelo Poder Judiciário.

A atual Constituição Federal veio, ainda mais, ampliar essa situação, pois já no seu "Preâmbulo" afirma que o Estado brasileiro, de caráter democrático, tem por fim "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social(...)", e, no art. 5º, XXXV, determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Sobre esta questão, noticia BASTOS:

"(...) desde 1946 o Texto Constitucional vinha conferindo a proteção do acesso garantido ao Poder Judiciário, ao que se denominava direito individual. E a teoria que se levantou em torno da expres -

---

1. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Proteção ao meio ambiente e ao consumidor". O Estado de São Paulo. 1º dez. 1985. p. 71.

são sempre acabou por identificar o direito individual com o direito subjetivo, na forma elaborada pela civilística, isto é, resultava protegida aquela situação em que alguém pudesse demonstrar que fora lesada uma norma jurídica posta para proteção do interesse pessoal seu. Ora, é bem de ver que a ordem jurídica não consagra tão-somente a existência de interesses pessoais ou individuais, mas também interesses coletivos e ainda os moderníssimos interesses difusos(...).<sup>1</sup>

Sem dúvida alguma, acentua o autor acima citado, a supressão da palavra *individual* conferiu ao art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional, uma dimensão totalmente distinta das Constituições anteriores (C.F. de 1946, 1967 e a E. C. nº 1 de 1969), que resultou num aprimoramento substancial da ordem jurídica, pois agora a proteção constitucional não mais está restrita ao direito individual, mas também diz respeito ao coletivo, ao difuso; enfim, ao social. Essa situação "constitui forte estímulo e acicate para que o nosso direito processual civil regulamente uma variedade de ações que possibilitem um ajuizamento rápido e célere de todas aquelas questões que refugiam ao âmbito clássico do controle jurisdicional".<sup>2</sup>

O art. 5º, inciso XXXV, da atual Carta Política, além do termo "lesão" fala, também, em "ameaça". A partir do momento no qual a nova constituição protege toda situação de ameaça, confere ao Poder Judiciário a atuação num campo que lhe era negado. Há que se colocar que a ameaça não poderá ser presumida

---

1. BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 174.

2. BASTOS, C. R. & MARTINS, I. G.- *Idem*, p. 183.

com base apenas em temores subjetivos, é imprescindível "que ela decorra de indícios objetivos e que assuma a feição de que uma efetiva lesão de direito é iminente, ou, se se preferir, que está embutida na lógica dos eventos em curso".<sup>1</sup>

O legislador constituinte, coerente com a realidade brasileira, não ficou preso a uma enumeração taxativa dos interesses e direitos merecedores de proteção. Ao aprovar os dispositivos constantes no art. 129, III, e seu § 1º, projetou normas fundamentais, de largo alcance social, o que possibilitará o acesso à Justiça de um número, pode-se dizer, indeterminável de crianças e adolescentes, sobretudo os mais carentes, oriundos das classes populares - o chamado quarto extrato social - por intermédio do Ministério Público ou de terceiros (como se verá no próximo capítulo), cujo objetivo será a satisfação dos direitos sociais preteridos ou postergados pelas políticas sociais governamentais, de modo a obrigar o Estado a cumpri-los.

Segundo GARRIDO DE PAULA:

"Na proteção de outros interesses difusos e coletivos reside a possibilidade concreta da ação civil ser dirigida à salvaguarda dos interesses da infância e da juventude. Não há como se negar que tais interesses encontram-se abrangidos pela expressão ampla outros interesses difusos e coletivos, notadamente aqueles consubstanciados em direitos indisponíveis, como educação e saúde (...)"<sup>2</sup>

---

1. BASTOS, C. R. & MARTINS, I.G. - Idem, ibidem.

2. PAULA, Paulo A. G. de.- Op. cit., p. 123.

De fato, uma vez que a criança e o adolescente são, de acordo com a Constituição Federal, destinatários de proteção especial, conforme o teor do art. 227, não seria lógico que seus interesses pudessem estar excluídos de proteção mediante ação civil. Aduz o autor citado que os interesses da população infanto-juvenil são "superiores àqueles concernentes ao meio ambiente e ao consumidor na medida que dizem respeito à própria vida, à possibilidade de existência e atualização das potencialidades do ser humano".<sup>1</sup>

2. 7 - O tema dos interesses difusos no Estatuto da Criança e do Adolescente

A sociedade atual, ao contrário das sociedades de séculos passados, não mais se coaduna com a visão individualista, da primazia do direito subjetivo. A complexidade social característica do atual estágio de desenvolvimento da modernidade aponta para um universo de direitos e interesses que extrapolam o âmbito do indivíduo isolado e do Estado, e se materializam na própria textura das relações que permeiam a sociedade como um todo.

Estes interesses não podem ser encaixados entre os de natureza individual e os de natureza pública, colocam-se entre

---

1. PAULA, P. A. G. de. - Idem, p. 124.



ambos, pois pertencem a grupos, classes, categorias e, até mesmo a comunidades inteiras. Decorre daí o fato de CAPPELLETTI atribuir aos interesses difusos a situação de "fragmentários"<sup>1</sup>, haja vista que em sua amplitude não são nem privados nem públicos.

Desse modo, a clássica divisão (a *summa divisio*) entre o direito público e privado encontra-se superada numa sociedade cuja complexidade não mais se enquadra na simplista dicotomia tradicional. Novos interesses, novos direitos e deveres surgem, como a proteção ambiental, a defesa da qualidade de vida, os quais, sem serem públicos no sentido tradicional do termo (relativos ao Estado), são, no entanto, difusos pertencentes a uma gama indefinida de pessoas. E pelo fato de pertencerem a grupos, a comunidades inteiras, ninguém poderá se apresentar como único titular, pois todos os seus membros seriam, em potencial, seus verdadeiros titulares.

À medida que a atual sociedade passa a colocar ou tende a colocar o ser humano como centro de referência, não como categoria isolada, mas pertencente a um todo social, surge de forma mais intensa a preocupação pelos interesses difusos.

No Brasil, país no qual se constata as mais variadas violações aos direitos sociais, econômicos e culturais (até mesmo no que tange aos direitos civis) dos cidadãos, basta que se observem as condições de miserabilidade em que vive a grande

---

1. CAPPELLETTI, M. "Tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 37.

maioria da população, faz-se imprescindível que se coloque em relevo o tema dos interesses difusos.

A nova Carta Política referendou expressamente o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado - art. 225; à preservação do patrimônio histórico e cultural - arts. 215 e 216; à observância das normas de proteção ao consumidor - art. 5º, XXXII e o art. 48 de suas Disposições Transitórias; à defesa das populações indígenas - arts. 109, XI, 129, V, 231 e 232; à proteção das pessoas portadoras de deficiências - arts. 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II e § 2º e o art. 244 das Disposições Constitucionais Gerais. A Constituição Federal, também, destaca a pessoa da criança e do adolescente, os quais tiveram consubstanciados em seu texto uma série de novos direitos e garantias especiais.

Ao tratar dos Direitos Sociais, a Constituição Federal, em seu art. 6º, denomina como sociais os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como, à assistência aos desamparados.

No que diz respeito aos Direitos Políticos, facultou aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, o direito ao voto - art. 14, II, c.

Inovou, sobretudo, a Carta Magna, ao tratar da Ordem Social - Título VIII - quando consagrou todo o capítulo VII à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

O art. 227, da C.F., dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade máxima, 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 salvaguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao Estado compete a implantação de programas de assistência integral, visando à saúde da criança e do adolescente, com atendimento especializado aos portadores de deficiência, através de treinamento para o trabalho e da convivência social, e a facilitação do acesso aos bens e serviços públicos coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; deverá, ainda, o Poder Público, aplicar um percentual dos recursos públicos para os cuidados com a saúde na assistência materno-infantil - art. 227, §1º, I e II.

O art. 227, § 3º, nos incisos de I a VII, arrola os direitos à proteção especial:

a) A idade mínima de quatorze anos para a admissão ao trabalho, em consonância com o art. 7º, XXXIII;<sup>1</sup>

---

1. Com muita precisão lembra OLIVEIRA, Oris. "Do direito à profissionalização e à proteção no trabalho" in CURY, M. et alii (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2, ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.182-183: "A idade mínima fixa um limite importante, porque, a partir dela, o adolescente, se quiser e não houver motivos razoáveis em contrário, tem o *direito de trabalhar*. Antes da idade mínima o direito resguardado é o de *não trabalhar*. O *não trabalhar* não é ócio pernicioso, mas deve ser preenchido com a educação, com a frequência à escola, com o brincar, com o

b) garantia aos direitos previdenciários e trabalhistas;

c) garantia ao trabalhador adolescente de acesso à escola;

d) garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, conforme dispuser a legislação tutelar específica;

e) quando sujeitos à aplicação de qualquer medida privativa de liberdade, serão obedecidos os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;<sup>1</sup>

f) estímulo do Poder Público, através da assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei para facilitar o acolhimento sob a forma de guarda, de criança e adolescente órfão ou abandonado;

g) realização de programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependentes de entorpecentes e drogas afins.

-----  
..Continua....

exercício do *direito de ser criança*. O fato generalizado, sobretudo no Terceiro Mundo, do trabalho antes da idade mínima revela apenas uma das faces de uma violência institucionalizada".

1. Recorda MENDEZ, Emilio García. "Da internação" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p.373 - 374 que: "Os três instrumentos internacionais que se referem explicitamente ao tema da privação da liberdade dos jovens (Convenção Internacional, Regras de Beijing e Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade) são absolutamente claros em caracterizar a medida de privação de liberdade como sendo de: a) última instância; b) caráter excepcional e c) mínima duração possível".

Esses e outros direitos foram assegurados na Constituição Federal, visando a uma melhor qualidade de vida para a infância e juventude brasileiras.

As garantias constantes na Carta Política decorreram de intensa participação, que envolveu toda a sociedade. Tais garantias foram construídas sobre dois pilares importantíssimos: a concepção da criança e do adolescente como "sujeito de direitos" e a afirmação de sua "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

O art. 227 da Constituição em apreço, o qual elenca os mais variados direitos da infância e da juventude, no entanto, permanecia à espera de regulamentação, papel este realizado pelo ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consiste, em seu Livro I, numa declaração dos direitos da infância e da adolescência, ou seja, um detalhamento do art. 227 da Constituição Federal, como acima já se referendou, e, em seu Livro II, trata dos mecanismos de viabilização desses direitos, isto é, a maneira como esses direitos possam ser garantidos. A nova lei revogou o Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, e a Lei n. 4.513, de 19 de dezembro de 1964, que instituiu a FUNABEM - Fundação do Bem-Estar do Menor.

Uma das diferenças fundamentais entre o Estatuto e o revogado Código de Menores é que, enquanto o Estatuto adota a

doutrina da "proteção integral", para a qual todas as crianças e adolescentes são "sujeito de direitos", o Código de Menores foi concebido sobre as bases da doutrina da "situação irregular", ou seja, havia um conjunto de regras jurídicas que se dirigiam a um tipo de criança ou adolescente específicos, aqueles que estavam inseridos num quadro de patologia social, elencados no art. 2º do referido Código.<sup>1</sup>

O Código de Menores de 1979, ao se dirigir a uma categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, colocava-se como uma legislação tutelar. E sobre este ponto parece muito oportuna a crítica de ZAFFARONI, ao afirmar que:

"Ao longo de toda a história da Humanidade, a ideologia tutelar em qualquer âmbito resultou em sistema processual punitivo inquisitório. O tutelado sempre o tem sido em razão de alguma inferioridade (teológica, racial, cultural, biológica etc.).

Colonizados, mulheres, doentes mentais, minorias sexuais etc. foram psiquiatrizados ou considerados inferiores, e, portanto, necessitados de tutela.<sup>2</sup>

Assim, a Lei n. 8.069/90 significou para o direito infanto-juvenil uma verdadeira revolução, ao adotar a doutrina da proteção integral. Essa nova postura tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de

---

1. Sobre o tema ver CURY, Munir. Palestra proferida no "Seminário Estadual sobre a regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes na nova ordem constitucional". Florianópolis, 19 de dezembro de 1989, texto mimeografado, p. 22 a 35.

2. ZAFFARONI, Raul. "Do Advogado - art. 206" in CURY, Munir et alli (coords.).- Op. cit., p. 640.

direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada, integral.

Diz-se integral, primeiramente porque a atual Carta Magna da nação brasileira, em seu art. 227, estabelece e garante os direitos fundamentais pertencentes à infância e à juventude brasileiras, sem qualquer tipo de discriminação e, em segundo lugar, porque se contrapõe à teoria do "Direito Tutelar do Menor", adotado pelo antigo Código de Menores, o qual dispunha uma marcante diferenciação entre o universo das crianças e adolescentes, no sentido de se endereçar, prioritariamente, àqueles que se encontravam em situação irregular e que, portanto, eram objetos de medidas judiciais.

A citada "proteção integral" que deve ser dispensada à infância e à adolescência tem seu fundamento na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990, através do Decreto Legislativo n. 28. A final ratificação deste documento ocorreu em 21 de novembro de 1990, com a publicação do Decreto n. 99.710, o qual, portanto, promulgou tal Convenção.

O surgimento de uma legislação que tratasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que

estes passassem a ser *sujeitos de direitos*.<sup>1</sup> Assim, tal preocupação é refletida no início do Estatuto que em seu art. 1º determina: "Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente". Ao implementar as normas constitucionais, a citada lei tinha por objetivo evitar que estas se tornassem meras regras de intenção.

Segundo PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, a lei anterior, isto é, o Código de Menores de 1979,

"(...) a despeito de ser tratado, por alguns, como instrumento de proteção e tutela, olvidou que o Estado é o grande responsável por essa degradante situação na qual se encontra a maioria da população infanto-juvenil, isentando-o de qualquer reponsabilidade. Considerando os pais ou responsável como exclusivos causadores da *situação irregular*, nenhuma menção existe em relação à omissa participação do Estado e, via de consequência, tão pouco contempla o Código de Menores mecanismos jurídicos visando compelir o Poder Público a cumprir suas funções. Assim, restringiu-se a Justiça de Menores do julgamento de conflitos eminentemente individuais, jamais colocando a Administração no banco dos réus. O Estado nunca foi chamado perante o Judiciário, sequer para justificar suas constantes omissões".<sup>2</sup>

A gama de direitos elencados basicamente no art. 227 da

---

1. Acentua VERLONE, Paulo. "Art. 3º" in CURY, M. et alii. (coords.). - Op. cit., p. 18: "Crianças e adolescentes não são mais pessoas *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos; eles têm inclusive, mais direitos que os outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos depois indicados nos títulos sucessivos da primeira parte; e estes direitos específicos são exatamente aqueles que têm que lhes assegurar o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, o tornar-se cidadãos adultos livres e dignos".

2. PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 122.



Constituição Federal, os quais constituem direitos fundamentais, de extrema relevância, não só pelo conteúdo como pela sua titularidade, devem, obrigatoriamente, ser garantidos pelo Estado, e uma forma de tornar concreta essa garantia deu-se, justamente, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre e difícil tarefa de tornar concreto o preceito constitucional.

Além desta proposta de viabilizar as garantias constitucionais, a citada Lei traduz, igualmente, um caráter inovador ao tornar possível o ingresso em juízo para a postulação de interesses difusos (e também os individuais e os coletivos) afetos às crianças e aos adolescentes.

No Título VI, que dispõe: **Do Acesso à Justiça**, a Lei n. 8.069/90 reserva um capítulo especial para o tema em estudo, ou seja, o Capítulo VII trata, especificamente, **Da proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos**, o qual abrange os artigos 208 ao 224, num total de dezessete dispositivos.<sup>1</sup>

Prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 208:

"Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensas aos direitos

---

1. Observe-se que o referido Estatuto é composto de 267 artigos; feita a devida proporcionalidade, o mesmo referendou a questão na proporção de 6,3670% da totalidade dos dispositivos, o que é bastante significativo, ante a diversidade de assuntos por ele abordados.

assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

- I - do ensino obrigatório;
- II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
- III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
- VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
- VII - de acesso às ações e serviços de saúde;
- VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei".

BEZERRA, analisando o art. 208 da Lei n. 8.069/90, entende que, por sua própria natureza, os interesses difusos incidem sobre um universo imensurável de sujeitos. É o que acontece, por exemplo, com a programação das emissoras de rádio e de televisão, cujos destinatários são em número indeterminado. Esta matéria foi, também, alvo de preocupação da Constituição Federal (art. 220, § 3º, II) a qual prescreveu que seria da competência de lei federal estabelecer os mecanismos jurídicos que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem, se assim julgarem, de programas ou programações que não atendam os ditames presentes na Lei Maior - art. 221.<sup>1</sup>, ou

---

1. BEZERRA, Adão Bomfim. "Art. 208" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 645.

qual seja, o de promover a cultura nacional e regional, e incentivar o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O parágrafo único do art. 208, como regra de extensão, evidencia que o rol de direitos constantes nos incisos de I a VIII é meramente exemplificativo, possibilitando a tutela de outros interesses ali não enumerados, e não poderia deixar de usar esta técnica tendo em vista que o homem é, por sua própria natureza, um ser mutante, numa sociedade também em constante transformação; as necessidades, por conseguinte, sofrem modificações, podendo ou não serem ampliadas.

Nesse rol, o qual, como foi colocado, é tão-somente enunciativo, podem ser enumeradas ações como as que se destinam a promover a construção de casas e abrigos para crianças e adolescentes; as que visam garantir exames médicos laboratoriais; as que objetivam o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, as que pretendem a garantia do ensino público e gratuito; as que tenham por objeto os serviços de assistência social visando à proteção da família, da maternidade, da infância e adolescência; as demandas na área da saúde, como as que postulam por um adequado atendimento das unidades hospitalares, e ainda, um sem número de hipóteses que poderão surgir consoante a Lei n. 8.069/90 e a Constituição Federal.

Convém observar que praticamente toda a gama de atividades citadas no art. 208 do Estatuto são da competência

municipal, com a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União, para casos específicos, conforme o que prescreveu o art. 30 e incisos V,VI, VII, da C.F..

Segundo este entendimento, a questão da legitimação passiva para as demandas judiciais de responsabilidade por ofensas aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, quer diga respeito ao não oferecimento ou oferta irregular das atividades elencadas no art. 208, aponta no sentido do Município.

Esta matéria leva a uma série de discussões relativas à capacidade técnico-financeira da grande parte dos Municípios brasileiros, que sofrem, além dos problemas de ordem econômico-financeira, com a incapacidade administrativa dos chefes do executivo, que enquanto candidatos assumem uma política assistencialista com fins eleitoreiros e uma vez no poder, nada ou pouco fazem, efetivamente, em favor do Município sobre o qual incidem seus atos.

2.8 - Interesses difusos e interesses coletivos:  
diferenciação

Ao nominar o Capítulo VII, o Estatuto da Criança e do Adolescente usa a seguinte expressão: Da proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos.

A posição dos termos difusos e coletivos, lado a lado,

servindo-se da conjunção aditiva e, faz entender que o legislador não os toma por sinônimos e sim como espécies diferentes. O art. 129, III, da Constituição Federal, também adotou o mesmo critério, utilizando a conjunção aditiva e.

"Art. 129. 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;

(...)"

Desta forma, deduz-se que os textos citados compreendem, acertadamente, como distintas as expressões **difusos e coletivos**.<sup>1</sup>

Embora a distinção de interesses difusos e interesses coletivos, como foi visto anteriormente, comporte na sua análise uma série de características, pode-se dizer que a questão da titularidade deve ser considerada como ponto principal de diferenciação entre ambos, uma vez que os **interesses difusos** pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de indivíduos, enquanto os **interesses coletivos** referem-se a uma

---

1. No entendimento de PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 39 a 48, os interesses coletivos possuem como característica principal a ligação com o fenômeno associativo, destinado aos fins institucionais dos grupos. Têm sua origem num vínculo jurídico, o qual é responsável pela união dos indivíduos, como por exemplo, os interesses de determinada corporação profissional, os trabalhadores de uma mesma indústria, os membros de um sindicato, os acionistas de uma empresa etc. Ao passo que os interesses difusos não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo determinado de pessoas, mas a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, de modo que esses interesses não repousam necessariamente sobre um vínculo jurídico definido.

parcela, no mais das vezes também indeterminada, mas no entanto determinável de pessoas. Além disso, o vínculo associativo entre os diversos membros de uma associação, é algo que lhe é típico; o mesmo já não ocorre com os interesses difusos: nestes, as aglutinações são geralmente contingenciais.

Ocorre, no entanto, que a Lei n. 8.069/90, no citado Parágrafo único do art. 208, fala em "(...) interesses individuais, difusos ou coletivos". O art. 210 repete o mesmo "estilo": "Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, (...)".

Tendo o Estatuto utilizado a conjunção aditiva e, ao titular o Capítulo VII, e no corpo dos arts. 208 e 210 a conjunção alternativa ou, fica a dúvida se o legislador quis tomá-los ou não como distintos entre si. Essa dúvida poderia remeter a questões desse tipo:

- Será que se trata de mero problema de técnica legislativa no momento da elaboração do Estatuto?

- Quis realmente o legislador não tomar como diferentes as realidades dos interesses difusos e coletivos?

Ou ainda:

- Desconheciam os elaboradores do Estatuto da Criança e do Adolescente as mais avançadas doutrinas sobre a matéria, as quais distinguem os interesses difusos dos coletivos?

Assim sendo, a melhor solução parece ser aquela que

adota como diferentes os interesses difusos dos coletivos, ante a justificativa doutrinária referendada, pois não faz sentido entender que o legislador, no momento da elaboração dessa nova Lei, não conhecesse as doutrinas que distinguem, fundamentalmente, as duas pretensões. Tanto que, se assim não fosse, não teria inserido esta matéria em seu corpo, o que não ocorreu, na medida em que salienta a preocupação e o cuidado para com o tema. Também não há como tomá-los por idênticos, se o próprio texto constitucional, como foi visto, diferencia-os. Neste sentido, deve-se concluir que realmente se trata de problema de técnica jurídica no momento da elaboração deste instrumento legal.

Além do que, a Lei n. 8.078/90 - Código de Defesa do consumidor aplicável à Lei da Ação Civil Pública, faz claramente esta diferenciação, o que vem a colocar um ponto final a tal celeuma.

Diz o art. 81, do citado diploma legal, em seu Parágrafo único, incisos I, II e III:

- "I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Vem-se, assim, solucionados a nível formal os questionamentos em torno da matéria, uma vez consignados em lei, isto é, no próprio Código de Defesa do Consumidor, a distinção entre os interesses difusos e os interesses coletivos.

Com base nesta exposição legal, depreendem-se as seguintes colocações a respeito dos interesses difusos:

1) São **transindividuais**, tendo em vista que ultrapassam a esfera de atuação dos indivíduos singularmente considerados, para encontrá-los enquanto entidade coletiva.

2) O bem jurídico, no que se refere ao objeto é de natureza **indivisível**; esta indivisibilidade é absoluta em função da impossibilidade total de determinação dos sujeitos, enquanto que em se tratando dos interesses coletivos, ela é relativa, porque passível da afetação a um "grupo, categoria ou classe de pessoas";<sup>1</sup>

3) No que diz respeito à **titularidade**, ou seja, no aspecto subjetivo, os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação dos titulares, ligados entre si por circunstâncias fáticas, o que equivale a dizer que não há uma relação jurídica-base. MILARÉ indica os menores da baixada santista como exemplo de interesses difusos, enquanto que para tornar mais claros os interesses coletivos, cita dois casos: os dos membros de uma

---

1. MANCUSO, R. C. in OLIVEIRA, Juarez de (coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 276.



associação que tem por objetivo o amparo à criança portadora de deficiência, hipótese em que existe uma relação jurídica-base que os liga, e os estudantes de uma mesma escola, caso em que se configura a existência de um vínculo jurídico que os une à parte contrária.<sup>1</sup>

Tendo-se adentrado na questão da titularidade se faz oportuno uma análise em torno da legitimação para agir na interposição dos interesses difusos, segundo as prescrições da legislação brasileira.

---

1: MILARÉ, Edis. "Interesses difusos e coletivos" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 651.

### 3 - A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR EM TEMA DE INTERESSES DIFUSOS NO DIREITO BRASILEIRO

A legitimação para agir em tema de interesses difusos no sistema jurídico processual brasileiro é fruto, como se perceberá neste capítulo, de uma evolução que ampliou o universo processual, de forma a possibilitar o ingresso em juízo, não somente das ações individuais, mas também daquelas que possuem natureza transindividual.

#### 3 1 - O interesse processual

Segundo a concepção clássica, o processo civil é o mecanismo utilizado nas controvérsias inter-subjetivas. Se o interesse lesado for público, cabe ao Estado, através de seus órgãos, a tarefa de acionar a jurisdição; em se tratando de interesse particular, será o próprio indivíduo que colocará em ação as vias jurisdicionais.

De acordo com essa visão, a processualística civil serviria somente para garantir os direitos subjetivos, sejam estes exercitados individual - nas ações individuais - ou coletivamente - nas ações coletivas, "stricto sensu" (neste caso, mesmo estando indivíduos reunidos em grupos, a finalidade e o

conteúdo da ação continuam tendo o caráter de privado; apenas a forma de ser exercitada que é coletiva).

A questão torna-se complexa, alerta MANCUSO, nos casos da "admissibilidade das ações *propriamente coletivas*, isto é, aquelas cuja finalidade é um interesse social, público, quer sejam vinculadas por um indivíduo ou por um grupo".<sup>1</sup>

No sistema jurídico brasileiro se apresentavam limitadas as hipóteses do que se denomina "legitimação extraordinária", ou seja, a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender direito alheio, caracterizando uma substituição processual.

A legitimação extraordinária era admitida, por exemplo, no caso da defesa do gestor de negócio de interesses de terceiro - art. 1.331 do Código Civil; a ação reparatoria de *ex delicto* promovida pelo Ministério Público em favor das vítimas pobres - arts. 63 e 68 do Código de Processo Penal; de defesa pelo curador especial dos interesses de ausentes e incapazes - art. 99 do Código de Processo Civil; o comparecimento em juízo do marido na defesa dos bens dotais - art. 289, III, do Código Civil, entre outros.

Essas hipóteses caracterizadoras da legitimação extraordinária destinavam-se, geralmente, à proteção de interesses individuais e não aos coletivos e difusos, que

---

1. MANCUSO, R. C.- Op, cit., p. 110.

dependem, invariavelmente, de expressa autorização legal.

No que diz respeito à defesa de interesses difusos e coletivos, anteriormente à Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, existiam poucas formas de sua postulação em juízo. Uma delas era a ação civil conferida ao Ministério Público que atuaria, por exemplo, no requerimento de interdição - art. 1.177, III, do Código de Processo Civil; a notificação ao loteador para regularizar o loteamento - art. 38, § 2º, da Lei n. 6.766/79; a ação de responsabilidade de administradores em caso de liquidação extrajudicial de instituições financeiras - art. 46 da Lei n. 6.024/74 e, ainda, outras hipóteses esparsas.<sup>1</sup>

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, em seu art. 153, § 31, contemplava outro mecanismo de defesa dos interesses difusos e coletivos, ou seja, a Ação Popular Constitucional. Esta ação, segundo o dispositivo legal, podia ser ajuizada pelo cidadão em prol de interesses da comunidade, visando, com isso, garantir a participação popular, tendo por fundamento o princípio da legalidade dos atos administrativos, e o conceito de que a coisa pública é patrimônio comum.

A ação popular dessa forma atribuía (e atribui), legitimidade ao cidadão, quando este promovia ações que

---

1. Em se tratando da defesa das pretensões relativas a determinadas classes ou sindicatos, suas respectivas entidades profissionais recebem legitimação processual para a defesa de seus membros: a OAB - Ordem dos Advogados do Brasil - tem competência para representar em juízo os interesses gerais da categoria e os individuais, no que se refere ao exercício da profissão.

objetivassem a tutela de pretensões das entidades públicas.

Na esfera constitucional, o tema foi contemplado na Constituição de 1934, com caráter corretivo, mantido até o momento - art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988. Segundo este preceito constitucional, a ação popular é dirigida contra entidade de direito público e seus agentes, visando corrigir irregularidades na gestão do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (a ação popular é disciplinada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965).

No entanto, a ação popular se revelava e se revela insuficiente na garantia da variedade de conflitos que derivam dos interesses difusos, na medida em que a mesma se restringe ao controle dos atos do Poder Público - administrativos e legislativos - e limita a legitimação para a sua propositura na figura do indivíduo isolado que, geralmente, sente-se incapaz de fazer frente ao Poder Público ou entidades governamentais, tendo em vista o poderio político e/ou econômico destes últimos.

Consoante esta situação (fática e jurídica), novas tendências e leis passam a surgir no sistema processual brasileiro.

De extraordinária relevância para a proteção de tais interesses é a promulgação da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Essa lei determina que o Ministério Público da União e dos

Estados é parte legítima para a propositura de ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Outro ordenamento jurídico de máxima importância foi a Lei Orgânica do Ministério Público - Lei Complementar Federal n. 40, que no art. 3º, III, designava como uma das atribuições desse órgão a promoção da ação civil pública. Hoje esta foi revogada, sendo substituída pela Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que de igual forma trata da questão dos interesses difusos.

Mas, apesar desse avanço, continuava imperiosa a necessidade de encontrar solução para o vasto campo dos interesses difusos. Assim, nesta constante progressão de alternativas processuais para o assunto, é sancionada, em 24 de julho de 1985, a Lei n. 7.347.

A Lei n. 7.347/85 permite que as associações, a União, Estados e o Ministério Público, e as entidades governamentais, ajuízem a "ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico" (de acordo com sua forma original).

Convém observar que o Projeto de n. 4.984-A/85 acrescentava: "assim como a qualquer outro interesse difuso". Essa colocação, no entanto, foi suprimida do preâmbulo do texto promulgado pelo então Presidente da República José Sarney, que

vetou, assim, o inciso IV do art. 19, cuja redação era a seguinte: "a qualquer outro interesse difuso", sob a alegação de que a doutrina jurídica ainda não estava preparada para dar os contornos e definir os limites das pretensões supervenientes de interesses difusos, para efeito de se transformarem em objeto da ação civil pública. Tal fato não teve uma fundamentação lógica, uma vez que, em 1985, havia um número considerável de juristas preocupados com o tema e que estavam produzindo trabalhos valiosíssimos neste campo, tanto que, em menos de três anos, a matéria foi apreciada na própria Lei Maior do país (art. 129, III, da C.F.).

A Lei n. 7.347/85, ao conferir legitimação ativa às associações, à União, aos Estados e Municípios, às entidades governamentais, bem como ao Ministério Público, instituiu a legitimação *concorrente e disjuntiva*. Outrossim, facultou a intervenção de outras associações legitimadas, como também do Poder Público, para atuarem como "litisconsortes de qualquer das partes".

No tocante à legitimação ativa para a defesa de interesses difusos (nominados), ao estipular um sistema de legitimação concorrente, não a atribuiu com exclusividade a ninguém, e, ao permitir o litisconsórcio, não excluindo a assistência, a lei em análise, inovou ao adotar esse tipo de postura, a qual é bastante abrangente e completa.

Admitida a legitimação ativa concorrente para a promoção da ação civil pública, qualquer dos co-legitimados, uma vez na posição de litisconsorciado na propositura da ação, ou

desde que se permita sua subsequente habilitação nessa qualidade - poderá "aditar a inicial", segundo as condições do art. 264 e parágrafo único do Código de Processo Civil.

A possibilidade de aditamento à inicial não é vetada sequer ao Ministério Público que, apesar de poder intervir como fiscal da lei, não perde, com isso, sua condição de co-legitimado ativo nato. Também, não seria lógico se fosse permitido o aditamento aos demais co-legitimados e negado ao Ministério Público, pois este poderia propor em separado ação com a mesma causa e com pedido mais abrangente, ou com o mesmo objeto e diferente causa de pedir, ou ainda, com a mesma causa de pedir e objeto distinto.

A presença do Ministério Público nas ações que versem sobre interesses difusos, tenha ele as proposto ou não, é garantida na Lei n. 7.347, em seu art. 5º, § 1º, que afirma: " O Ministério Público, quando não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei".

Assim, não sendo a propositura da ação de iniciativa do Ministério Público, este, obrigatoriamente, atuará como *custos legis*. Entretanto, isto não significa que o citado órgão não possa assumir o litisconsórcio ulterior, pois isso lhe é garantido na primeira parte do § 1º do art. 5º, uma vez que a sua atuação como fiscal da lei somente advém se não intervir como parte ativa no processo.



### 3.2 - Os legitimados ativos

A Lei n. 7.347/85 designa o rol dos que têm legitimidade na propositura de "ação civil pública" de responsabilidade aos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico-cultural e, consoante preceito constitucional, a todo e qualquer interesse difuso.

Diz o art. 5º da lei citada:

"A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: (...)"

Essa lei, ao conferir poderes aos acima enumerados, consistiu num avanço jurídico, pois permitiu a promoção judicial dos interesses difusos que até então estavam desabrigados.

A permissão de acesso à justiça a mais de um titular rompeu com a doutrina tradicional, que se fundamentava na idéia de que a legitimidade *ad causam* decorria tão-somente da titularidade do direito subjetivo, o que correspondia a uma visão individualista do direito, específica da cultura política do século XVIII.

Nos dias atuais, ante a existência de interesses que não são apenas individuais, mas pertencentes a grupos ou mesmo a coletividades inteiras, tal postura mostrou-se insatisfatória.

Assim, a permissão legal da pluralidade de titulares na propositura de uma determinada pretensão em juízo surgiu como uma resposta a essas necessidades.

Cabe ainda colocar que o interesse de agir por parte do Ministério Público está pressuposto na própria outorga de legitimação ( *in re ipsa* ) pois a lei, ao lhe conferir legitimidade para intervir, presume-lhe o interesse.<sup>1</sup> Em se tratando, todavia, da União, dos Estados-membros e demais legitimados ativos, o interesse não é presumido, mas tem que ser, necessariamente, demonstrado.

### 3.2.1 - O Ministério Público

CAPPELLETTI entende como insatisfatório atribuir ao Ministério Público o monopólio da titularidade para agir em juízo na tutela dos interesses difusos. Para o mestre italiano, a lei não deveria dar-lhe exclusividade, mas simplesmente autorizá-lo, também, para atuar em juízo.<sup>2</sup>

A hipótese de atribuição exclusiva ao Ministério

---

1. FERRAZ, Antonio Augusto de Mello de Camargo et alii. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos.** São Paulo: Saraiva, 1984. p. 32 e ss.

2. CAPPELLETTI, M. "Tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 40. Esta titularidade exclusiva do Ministério Público ocorre, por exemplo, em Portugal, com a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n. 29, de 22 de agosto de 1981, art. 10, nº 3).

Público para a promoção dos interesses difusos consistiria numa verdadeira distorção da realidade, pois em matéria pertinente a interesses metaindividuais, a questão repousa, fundamentalmente, no envolvimento da sociedade nos problemas que lhes são pertinentes.

Desta forma, o Ministério Público deve ser visto como uma figura de extrema importância, mas não a única de um universo maior, no qual estão presentes outros legitimados.

Destaca-se, entre as funções institucionais conferidas pela legislação brasileira para esta insigne instituição, a promoção da ação civil pública. A Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que substituiu a Lei Complementar Federal n. 40/81, ratificou os já consagrados princípios e funções, direitos e deveres dos membros do Ministério Público. Convém lembrar que a Lei Complementar citada foi de importância extraordinária para esta instituição, pois a libertou da conformação ideológica e da submissão funcional a um dos poderes do Estado (o Executivo), o que de certa forma a desgastava, sobretudo quando este último não se inclinava no cumprimento das obrigações sociais.

A revogada Lei Orgânica do Ministério Público ampliou a esfera de atribuições funcionais de seus membros, visto que as regras do Código de Processo Civil eram limitadas, de sorte que medidas como a realização de diligências, requisição de documentos, certidões e informações junto a repartições públicas ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta

ou indireta, de poder dirigir-se diretamente a qualquer atividade, de acompanhar atos de investigação junto a organismos policiais ou administrativos, de expedir notificações e outros atos enumerados no art. 15, passaram, justamente, a ter existência a partir da citada lei orgânica, que possibilitou, ainda, ao Ministério Público, o poder de instaurar, sob sua presidência, inquérito civil objetivando reunir documentos, testemunhos, declarações e demais elementos de prova, até mesmo periciais.

Percebe-se que o Ministério Público sofreu um aumento em suas atribuições, o que leva DOTTI a seguinte reflexão:

"Atualmente se observa uma crescente defasagem entre o teor da expectativa na punição do delito e o nível dos meios para alcançar este resultado. Daí a necessidade em se falar do aumento de recursos diretamente alocados ao Ministério Público e do sistema judiciário em geral que, nos dias presentes, estão longe de acompanhar a expansão da criminalidade, principalmente quando as lesões ofendem bens jurídicos de múltiplos sujeitos".<sup>1</sup>

Cite-se, também, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que definiu a política nacional de proteção ao meio ambiente e outorgou ao Ministério Público a legitimação na promoção da ação de responsabilidade civil por danos causados ao equilíbrio ecológico - art. 14, § 1º.

No entanto, foi com o advento da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que o Ministério Público teve ampliadas suas

---

1. DOTTI, René Ariel. "A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos" in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 23, n. 90, p. 191, abr/jun. 1986.

funções na proteção dos interesses difusos, cujo agir engloba desde a prevenção, repressão, até a reparação das lesões causadas ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

A nova Carta Constitucional, promulgada em 5 de outubro de 1988, abriu espaços para a aplicação da ação civil pública, rompendo, definitivamente, com as limitações impostas pela Lei n. 7.347/85, a qual tutelava apenas alguns interesses difusos nominados. Assim, o legislador constituinte ampliou sua esfera de abrangência.

A Constituição Federal, praticamente repetindo o primeiro dispositivo constante na revogada Lei Complementar Federal n. 40/81<sup>1</sup>, concebe o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e responsável perante o Poder Judiciário, pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, C.F.).

Ao tratar do Ministério Público, a Carta Magna atribui-lhe, não exclusivamente, a promoção da ação civil pública

-----

1. O art. 19, da Lei complementar Federal n. 40/81, estabelecia:  
"O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta Lei Complementar". Já no art. 39, que tratava das funções institucionais deste órgão encontrava-se a seguinte determinação: "(...) III - promover a ação civil pública, nos termos da lei".

para a defesa de várias espécies de interesses públicos.

"Art. 129. 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;

(...)

§1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei".

O estabelecimento de atribuições que não se restrinjam a encargos próprios da atividade estatal, mas do exercício de funções em benefício da sociedade, faz com que o Ministério Público concorra com outras forças nascidas na própria sociedade, na realização de tarefas de cunho comunitário, de modo a caracterizá-lo como engajado na esfera social e política.

Segundo GERALDO ATALIBA, na sociedade moderna o Ministério Público é

"(...) órgão institucional do Estado, que não fala em nome do Governo, que nada tem a ver com o Governo. É uma *magistratura de pé*, dotada de vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, para dispor de condições objetivas de independência, *na perseguição do interesse público primário*. É aquilo que a lei orgânica do Ministério Público brasileiro hoje chama de *defesa dos interesses e direitos indisponíveis da sociedade*. Não do Estado, mas da sociedade(...)"<sup>1</sup>

---

1. ATALIBA, Geraldo. "Tribunais de Contas e a Constituinte". in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 54, p. 96, 1986.

O Ministério Público tem uma posição proeminente no encaminhamento da ação civil pública. A medida que é o único autorizado a promover inquérito civil - art. 129, III, da C.F. c/c o art. 89, § 19, da Lei n. 7.347/85, com poderes para notificar e requisitar - art. 129, VI e VIII, da C.F.. E, também, como já foi colocado, tal instituição está sempre presente, seja como sujeito ativo da ação, seja como fiscal da lei, ou ainda, como assistente litisconsorcial, com ampla autonomia em relação à parte principal.

Além dos aspectos supra mencionados, no papel de advogado da sociedade o Ministério Público destaca-se como órgão exclusivo, legalmente capacitado para o recebimento da representação de outras pessoas, de entidades não legitimadas, bem como de pessoas físicas - art. 69 da lei em análise.

Em se tratando de desistência ou abandono da ação por parte de qualquer legitimado, poderá assumir a titularidade e prosseguir-la. Encerrada a fase de conhecimento, e decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, caso a entidade promotora da demanda não tenha pedido a execução da mesma, isto deverá ser feito pelo Ministério Público - arts. 59, § 39 e 15 dessa lei.<sup>1</sup>

---

1. Observa-se, ainda, que já existe decisão da 7ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, no sentido de que "proposta ação civil pública pelo Ministério Público, não pode mais dela desistir, devendo prosseguir até o encerramento do processo, isto é, até a prolação da sentença, uma vez, partindo-se do conceito da obrigatoriedade de propô-la, decorre, naturalmente, a indisponibilidade desta mesma ação" (R.T., n. 635, p. 201).

No entanto, há também entendimento de que, uma vez alcançado o objetivo da ação civil pública, antes da sentença, em decorrência do seu ajuizamento, o promotor de justiça não está impedido de desistir, assim como ocorre com a proposta de arquivamento homologada pelo Conselho Superior, sendo, todavia, necessário que tal ato seja homologado, pelo próprio juiz, ainda na fase judicial.<sup>1</sup>

O Ministério Público poderá, ainda, promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, certificando-se de que não há justa causa para a propositura de uma ação civil pública. Em decorrência desta medida, o Conselho Superior (dessa instituição), poderá ou não referendar tal iniciativa - art. 9º (da Lei n. 7.347).

Na hipótese daquele não remeter para o citado Conselho, no prazo de três dias, as referidas peças, poderá o mesmo incorrer em "falta grave", segundo o que prescreve o § 1º, do art. 9º.

Toda esta gama de funções acaba por definir o membro do Ministério Público como um *ombudsman*, ou seja, transforma-o, segundo a opinião de MILARÉ, "num aliado poderoso e elo de ligação entre a sociedade civil e o Poder Judiciário na ingente tarefa de coibir os desmandos perpetrados pelo aparelho de Estado aos direitos constitucionalmente resguardados, em sangrias

---

1. NOGUEIRA. Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 285-286.



constantes nos interesses do povo em geral e do cidadão em particular".<sup>1</sup>

A essa afirmação, acrescenta, preocupadamente, o autor:

"O estabelecimento dessa nova instância de controle do poder público não prescinde, entretanto, para se materializar, de um revigoramento, que se faz urgente, da instituição do Ministério Público em todos os Estados brasileiros. Uma instituição efetivamente autônoma, que não seja vista como um braço do Poder, mas que deseja e precisa instrumentalizar-se em favor da Justiça. De outro modo, a novidade trazida pela nova Constituição significará pouco mais que um efêmero e decepcionante remendo institucional, a aumentar, ainda mais, a sensação de vazio, o desalento, a descrença e a desorientação populares".<sup>2</sup>

Resta colocar, ainda, que, em decorrência da atuação do Ministério Público na proteção dos interesses metaindividuais, será imprescindível uma maior especialização (por exemplo, um conhecimento profundo sobre as questões que envolvem a Ação Civil Pública) e, sobretudo, um aparelhamento mais adequado do órgão, no sentido de dotá-lo de recursos materiais e humanos, para uma maior e melhor eficiência na realização de sua tarefa.

### 3.2.2 - As associações

A Lei n. 7.347/85 outorgou, também às associações,

---

1. MILARÉ, édis. A ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 31-32.

2. MILARÉ, é.- Idem, p. 32.

legitimidade para a propositura de ações de responsabilidade civil.

A participação da sociedade nesse contexto resulta num processo de democratização do poder, consubstanciando, desta forma, que a democracia não pode estar limitada simplesmente aos direitos de participação na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, mas deve, também, alcançar o envolvimento em outras esferas importantes para a vida social, principalmente nas questões relativas à qualidade de vida.

Para LEME MACHADO, essa participação tem como pressuposto o exercício crítico, o qual deve ser praticado desde a infância. Entende o autor que o autoritarismo consiste num óbice a este processo participativo, e que uma postura crítica somente é possível de ser adquirida através da reflexão.<sup>1</sup>

No entanto é extremamente difícil para quem vive em condições sub-humanas - que vão desde a exploração salarial até as situações de extrema miséria a que estão sujeitos -, aglutinar-se na defesa de interesses que superem a esfera individual. Isto reforçado pela implantação da ditadura militar, que se estendeu por mais de vinte anos, a qual obstaculizou ainda mais a participação na vida pública e caracterizou o cidadão brasileiro como um inerte telespectador.

Compõe-se, assim, um quadro estarrecedor: não se

---

1. MACHADO, Paulo Afonso Leme. "Administração participada e interesses coletivos" in GRINOVER, A. P. (coord.). - Op. cit., p. 49.

participa por não se ter as mínimas condições de vida, tornando esta uma contínua e enfadonha luta pela "satisfação" das necessidades individuais e, também, porque não se foi educado para refletir e, portanto, criticar e participar; desta forma, este quadro não poderá ser revertido enquanto não houver mobilização popular, ou seja, a união de interesses que objetivem a ruptura desse círculo vicioso.

Historicamente, a participação dos cidadãos na administração do Brasil estava restrita ao direito de petição, de denúncia a abusos e da promoção da responsabilidade dos culpados - art. 72, § 9º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Esta restrição se estendeu até a promulgação da atual Carta Constitucional, a única exceção foi a inserção da Ação Popular na Constituição de 1934. A Carta autoritária outorgada em 1937 a ignorou. Somente com a Constituição de 1946 este remédio constitucional foi reintroduzido, e conservado nas Constituições posteriores. No entanto, como já foi colocado, este instrumento não consegue abarcar todas as situações que digam respeito aos interesses difusos ou mesmo aos coletivos que foram violados.

Analisando esse quadro, denuncia LEME MACHADO:

"Os direitos de solicitar, denunciar e responsabilizar deixaram, contudo, o cidadão e o grupo social fora da Administração. Não se possibilitou a efetiva fiscalização cívica da Administração, nem sua co-gestão, pela ausência de instrumentos legais".<sup>1</sup>

---

1. MACHADO, P. A. L. - Idem, p. 50.

Além da questão acima descrita, há que se considerar, também, que por outro lado, o reconhecimento de que as associações poderiam ser as tutoras de interesses metaindividuais realizou-se com restrições e reservas pelo Estado.

Primeiramente deve ser analisado o temor de "reabrir" o espaço para tais grupos espontâneos (os "corpos intermediários"), que ressurgem com novos e importantes empenhos. Fala-se em reabrir espaços, noticia CAPPELLETTI, pois esses grupos já tiveram sua existência na França durante o antigo regime. A Revolução Francesa repeliu a sua formação, tendo em vista que no antigo regime (*ancien régime*) foram os grupos intermediários o fundamento do feudalismo.<sup>1</sup>

Todavia, esta posição - liberalismo clássico - foi sendo revista ante o surgimento de fatos históricos, que pouco a pouco atenuaram esta visão negativa a respeito desses grupos de mediação. É o caso do movimento sindical operário, que aglutinou indivíduos em torno de sindicatos, objetivando, entre outros fins, a criação de forças organizadas que pudessem se opor ao poder industrial.

Na atualidade, a proliferação desses novos *corps*

---

1. CAPPELLETTI, Mauro. "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile" in *Rivista do diritto processuale*. Padova: CEDAM, n. 30, p. 389. 1975. Observa MANCUSO, R. - Op. cit., p. 144, que além desta questão de reabrir espaços para os chamados *corpos intermediários* há que se considerar um outro temor, qual seja, o reconhecimento do poder de agir das associações para a tutela dos interesses difusos, uma vez que se trava uma "competição com o Ministério Público, que até então detinha o monopólio na tutela destes interesses".

*intermédiaires* dá-se de modo acentuado. Grupos surgem em torno de interesses comuns, agregam forças, conscientes de que quando as violações são amplas, ou seja, atingem uma grande quantidade de indivíduos, o sujeito, que singularmente sofreu a lesão, encontra-se sozinho, numa posição no mais das vezes inadequada para postular em juízo o dano pessoalmente sofrido, e ainda existe a possibilidade de que desconheça seus direitos. Há que se levar em conta, também, o obstáculo das custas processuais, as quais podem ser desproporcionais à sua lesão econômica.

O medo por parte do Estado em abrir espaço para esses grupos, em segundo lugar, está associado ao fato de que a sua formação importa um fracionamento do poder. A medida que o povo se conscientiza do importante papel que é o da sua participação em todos os setores da vida social, estará realmente criando um instrumental democrático de extrema importância, pois este associar-se permitirá, inclusive, que intervenha concretamente na própria administração da justiça.

Preleciona GRINOVER:

"Não se pode duvidar do interesse dos detentores do poder, econômico e político, no sentido de controlar e absorver o alto índice de conflitos metaindividuais criados pelos interesses difusos. E um dos meios desse controle é exatamente a institucionalização das formas de participação. Trata-se de uma tentativa de gestão racional de determinados setores da vida coletiva, que tem a seu favor não apenas a fé iluminista no valor educativo da participação, mas ainda a convicção da necessidade de busca de novas formas de democracia, adequadas aos processos e aos riscos da revolução

técnico-científica".<sup>1</sup>

VIGORITTI, ao analisar este ponto, questiona se atribuir às associações a tutela dos interesses difusos seria a escolha mais apropriada, pelos riscos que vê na generalização do poder de agir. Afirma o autor que a outorga dessa iniciativa consiste num risco, pois o Estado, com essa transferência, não teria possibilidade de verificar se se trata de fato de uma pretensão verdadeira, séria.<sup>2</sup>

Percebe-se, contudo, que a posição desse jurista italiano não parece ser a mais adequada para a realidade brasileira, pois as associações, nos dias atuais, têm papel imprescindível na defesa dos interesses difusos, basta pensar nos problemas oriundos da poluição, das agressões ao ecossistema, do desrespeito para com a condição da criança e outros.

CAPPELLETTI de igual forma discorda de seu colega italiano, pois entende que a associação é uma união de forças que torna viável a demanda, a qual apreciará os interesses de todos, de uma única vez, sem a necessidade de que todos recorram isoladamente ao Poder Judiciário. Além do que, propicia uma maior motivação psicológica, "porque as associações são resultado do interesse pela proteção"<sup>3</sup> de algo, de uma necessidade

---

1. GRINOVER, A. P. "A problemática dos interesses difusos" in GRINOVER, A. P. (coord.).- Op. cit., p. 32.

2. VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giufrè, 1979. p. 142.

3. CAPPELLETTI, M. "Tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 44.

específica.

Segundo prescreve a Lei n. 7.347, as associações - pessoas jurídicas de direito privado - estão sujeitas a dois requisitos básicos, art. 5º, I e II:

1º) estejam constituídas, nos termos da lei civil, pelo menos há um ano;

2º) tenham entre suas finalidades institucionais a defesa dos interesses difusos e coletivos (de acordo com as alterações introduzidas pelos arts. 110 a 117 do Código de Defesa do Consumidor).

A Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, em seu art. 114 - dispõe que as associações deverão ser inscritas no "registro civil de pessoas jurídicas".

Para promover esta inscrição é necessário o seguinte procedimento: primeiro, a apresentação do texto integral do estatuto em duas vias; segundo, a publicação resumida deste em jornal oficial (isto porque o art. 121 desta mesma lei não exige que a publicação seja integral); e, por último, o registro pelo oficial competente, constando o número de ordem, livro e folha na certidão do registro.

As finalidades constantes na lei são tidas de interesse público, justificando, assim, porque não podem ser impugnadas pelo oficial do registro, a não ser que, além das finalidades constantes no estatuto, existam outras que "indiquem destino ou

atividades ilícitas, ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes" (art. 115). Ocorrendo tal hipótese, o oficial de registro suspenderá o procedimento de registro, seja por sua própria iniciativa, seja por provocação de qualquer autoridade, que apresentará dúvida perante o juiz, que, então, decidirá.

No caso do oficial de registro não concordar com o teor das finalidades inseridas no estatuto, não poderá simplesmente devolvê-lo à associação requerente, tampouco arquivá-lo em cartório. Terá que, necessariamente, enviar o procedimento ao juiz competente. O registro é o ato formal constitutivo da associação, que passa, portanto, a ter existência legal. Contado o prazo de um ano desta data, a associação estará capacitada para postular em juízo.

A Lei n. 7.347/85 estipula que, entre as finalidades da associação, estejam inseridas aquelas que essa mesma lei pretende. Há que se considerar a finalidade primordial da entidade, entretanto, sem que se descuidem dos objetivos secundários. A lei não obriga que constem expressamente no estatuto o texto do inciso II do art. 5º. É imprescindível, sim, que a associação defenda valores compatíveis com os descritos na lei.

Quanto à representação da associação em juízo, o estatuto deverá designá-lo. Cuida, todavia, a lei processual civil, que "serão representados em juízo, ativa e passivamente,



as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não designando, por seus diretores" (art. 12, VI, do Código de Processo Civil).

Com fundamento no art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.347, as associações têm a possibilidade de se consorciarem para a propositura da ação civil pública. Este litisconsórcio pode, inclusive, ser com o Ministério Público e com as demais entidades públicas previstas no *caput* do artigo citado.

Dado de maior relevância previsto, também, na lei comentada, é o fato de que as associações, segundo o que estabelece o art. 18, não terão que adiantar custas, emolumentos, honorários periciais ou qualquer outro gasto. Esta prescrição torna viável a propositura e o prosseguimento da demanda, mesmo quando as entidades não possuam fundo para custeá-la (o que é o caso de praticamente todas as associações, haja vista serem entidades sem fins lucrativos).

Quanto ao instituto da assistência, esta não foi mencionada na Lei n. 7.347; contudo, pode ser aplicada em face do próprio art. 19, que afirma: "aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, (...)".

A associação assistente recebe o processo no estado em que ele se encontrar. O Ministério Público não pode contrapor-se à assistência das associações, pois a finalidade desses litisconsortes no processo deve ser idêntica à sua e, portanto, não conflitante. Na hipótese de desistência por parte da associação, aquele assumirá, em conformidade com o art. 5º, § 3º,

da lei, a titularidade ativa da ação.

O reconhecimento oficial das associações importa, diz CAPPELLETTI, tê-las como idôneas na defesa de seus interesses. Tal reconhecimento dá-se através de lei, o que significa que não há espaço para um associar-se espontâneo - *ad hoc*. Nesse tipo de solução existem certas desvantagens, as quais oferecem uma parcela de dificuldade no acesso à Justiça. Todavia, já a simples possibilidade de uma associação ingressar em juízo, implica, em termos da visão tradicional do processo, um considerável avanço.<sup>1</sup>

MANCUSO entende que a exigência da personificação jurídica da entidade não é satisfatória nas associações que tenham por objeto a defesa de interesses metaindividuais, em face da natureza desses. A seu ver, uma ampla gama de fenômenos transindividuais ficará desprovida de tutela, se os que a postulam, para poderem ser aceitos perante o Judiciário, tiverem que obrigatória e previamente estarem agrupados em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado.<sup>2</sup>

Para o autor acima referendado, o requisito de

"(...)uma *organização formal* para os grupos que se pretendem portadores de interesses difusos, conduz, ao mesmo tempo, a uma contradição interna (na medida em que o termo *difuso* se opõe a *organizado*) e também a um impasse (visto que são justamente os

---

1. CAPPELLETTI, M. - *Idem*, p. 44-45.

2. MANCUSO, R. C. - *Op. cit.*, p. 151 e 153. Este autor fundamenta suas idéias nas experiências de países como Alemanha, França e Itália onde esse requisito não é exigido.

interesses *difusos*, isto é, não organizados, em estágio ainda fluido, os que realmente carecem de tutela jurisdicional, (...).

Os interesses difusos são, assim, sustentáveis também por grupos ocasionais, espontâneos, surgidos ao influxo de situações emergenciais da vida em sociedade(...).<sup>1</sup>

Segundo WATANABE, no direito brasileiro, existem certas universalidades, como, o condomínio, a massa falida, o espólio, os quais não têm personalidade jurídica, mas que, no entanto, possuem, através de seus representantes legais, capacidade processual de configurarem como parte, isto é, têm reconhecida a sua condição de *legitimatio ad causam*.<sup>2</sup>

Hoje, o Código de Defesa do Consumidor legitima órgãos públicos, ainda que destituídos de personalidade jurídica.

De fato, em tema de interesses difusos, a exigência da personalidade jurídica para os agrupamentos que requisitarem determinado interesse caracteriza um óbice a ser transposto, para que tal exigência não se torne um entrave à tutela jurisdicional.

Como afirma MANCUSO<sup>3</sup>, o que deve ser considerado na análise dos grupos defensores de interesses difusos não é a questão da personalidade jurídica, mas sim a relevância social e a legitimidade do interesse, como também, a representatividade do grupo. Esses seriam então, os elementos objetivos que

---

1. MANCUSO, R. C. - *Idem*, p. 154.

2. WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir" in GRINOVER, A. P. (coord.) - *Op. cit.*, p. 93.

3. MANCUSO, R. C. - *Op. cit.*, p. 156.

outorgariam legitimação para agir em juízo.

No que se refere ao receio, por parte do Estado, de que tais agrupamentos surgidos das contingências sociais possam embasar falsamente seus pedidos, sem a devida e necessária seriedade, poderá este temor ser resolvido "instituíndo-se sanções processuais importantes para os casos de colusão, de exercício temerário da ação ou de exercício de ação com velado propósito de emulação ou de revanchismo político".<sup>1</sup>

Consoante com esta preocupação, a Lei n. 7.347/85 determina que o juiz condenará a autora no pagamento dos honorários advocatícios (os quais serão arbitrados de acordo com o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil) e ao décuplo das custas no caso de "litigância de má-fé", sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (art. 17).

Feita esta abordagem acerca da legitimação para agir no direito brasileiro em questões que envolvam interesses difusos, faz-se necessário apresentar como o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tal assunto.

### 3.3 - A legitimação para agir em juízo e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Em primeiro lugar, convém evidenciar que a legitimação

---

1. MANCUSO, R.C. - Idem, p. 157.

referida no Estatuto da Criança e do Adolescente é extraordinária, porque os direitos em defesa não pertencem aos que demandam em juízo, mas, sim, às crianças e aos adolescentes.

Estabelece o art. 210 do Estatuto:

"Art. 210. Para as ações fundadas em interesses difusos ou coletivos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - O Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§1º. Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§2º. Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa".

A partir da comparação entre o art. 210 do Estatuto e o art. 5º da Lei n. 7.347/85, verifica-se que, apesar da estreita relação entre ambos,<sup>1</sup> o primeiro exclui entre os legitimados ativos a autarquia, a empresa pública, a fundação e a sociedade de economia mista, ou seja, não outorga legitimidade às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta.

---

1. O Estatuto da Criança e do adolescente possui, ainda, no que se refere à legitimação concorrente das pessoas estatais, de entes da sociedade civil e do Ministério Público, afinidade com o art. 82, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

Convém destacar, ainda, que a escolha da Lei n. 7.347/85 como modelo é colocada explicitamente no Estatuto, quando em seu art. 224 dispõe que se aplicam, subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente se utiliza, tanto no plano doutrinário como no legal, na medida em que cabíveis, dos elementos já refletidos anteriormente quando se analisou a legitimação para agir em juízo em consonância com a Lei da Ação Civil Pública.

O Estatuto, de qualquer modo, ao espelhar-se nessa Lei, distribuiu a legitimação entre o Ministério Público, o Poder Público, por intermédio das pessoas federativas, e a sociedade civil, através das associações.

### 3.3.1 - O Ministério Público

O Estatuto privilegiou, de algum modo, a figura do Ministério Público, cuja amplitude de função teve início com a Lei Federal Complementar n. 40/81, hoje revogada (substituída pela Lei n. 8.625/93) e, evidenciado na atual Constituição Federal (arts. 127 a 130), que o definiu como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*).

Tanto é assim que, nas ações não intentadas pelo Ministério Público, este atua, igualmente, como fiscal da Lei (*custos legis*). Já o Estatuto permitiu o litisconsórcio facultativo (art. 46 do C.P.C) entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados (art. 210, § 1º), a despeito do preceito constitucional da unidade e da indivisibilidade (art. 127, § 1º, da C.F.), o que é totalmente viável, pois tal fato não gera conflito, uma vez que todos estarão no mesmo pólo da ação.

Todavia, admitir o litisconsórcio facultativo dos Ministérios Públicos não significa que estes não possam intervir como *custos legis*, na mesma ação, ou, então, suceder à associação que desistir ou abandonar a demanda (art. 210, § 2º). No caso de contumácia da associação legitimada, que deixou de providenciar os atos processuais, seja por expressa desistência, ou mesmo, por abandono da ação, tem o Ministério Público legitimação extraordinária subsidiária.

Segundo preceito constitucional, a instituição em apreço tem a relevante tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Ora, daí a importância atribuída a esta instituição pelo Estatuto. Mesmo nos casos em que esta não esteja no pólo ativo da relação processual, sempre atuará nas demandas judiciais que envolvam interesses difusos de crianças e adolescentes, os quais são indisponíveis.

Evidencia-se, portanto, o rico papel desse órgão, o qual, conforme MAZZILLI, poderá ser convocado "a agir inclusive para cobrar do Estado uma atuação mais eficiente no efetivo fornecimento de condições de educação, saúde, profissionalização e lazer às crianças e aos adolescentes".<sup>1</sup>

Lembrando, por último, que a propositura de ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente não serão somente interpostas contra o Estado, mas também contra empresas e indivíduos que estejam descumprindo os direitos assegurados aqueles, tanto os previstos na Constituição Federal quanto na lei específica.

### 3.3.2 - A atuação das pessoas federadas

Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente que a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios poderão acionar a Justiça visando à tutela dos interesses difusos e coletivos.

Previstos no texto constitucional (Título III, "Da Organização do Estado", arts. 18 a 33) os entes internos da federação, em consonância com o art. 210 do Estatuto, poderão postular em juízo, ainda que não existam nos Estados,

---

1. MAZZILLI, Hugo Nigro. "Perspectivas da atuação do Ministério Público na área da infância e da juventude" in *Revista do Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 645, p. 28, jul. 1989.



Municípios, Distrito Federal e Territórios, leis que possibilitem tal ingresso.

De acordo com o disposto no art. 12, incisos I e II, do Código de Processo Civil, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios serão representados em juízo por seus procuradores, e, nos Municípios, por seus respectivos prefeitos ou procuradores.

Como ficou demonstrado, para essas espécies de ações não estão legitimadas as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, ou seja, somente as pessoas federativas poderão ingressar em Juízo. Nesse ponto o Estatuto se afasta da Lei n. 7.347/85, a qual legitima, inclusive aqueles, além do Ministério Público e das associações.

Portanto, com a exclusão das pessoas jurídicas da Administração direta, o Estatuto restringiu os legitimados para a propositura de ações civis fundadas em interesses difusos e coletivos; há que se considerar, no entanto, que a citada Lei incluiu o Distrito Federal e os Territórios.

### 3.3.3 - As associações

As associações, como representantes da sociedade, de suas vontades e aspirações, foi conferido um papel importante na tutela dos interesses da infância e da juventude perante o Poder

Judiciário.

A outorga de legitimação para essas entidades populares é consequência do disposto no art. 227, § 7º, da Constituição Federal, que se reporta ao art. 204, cujo inciso II assegura a participação popular, através de organizações representativas, no processo de formulação de políticas sociais e no controle das ações em todas as esferas. Quanto à legitimação para tão-somente requerer administrativamente, esta decorre do disposto no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual estabelece que as entidades associativas, uma vez autorizadas expressamente, possuem legitimidade na representação judicial ou extrajudicial de seus filiados.

O Estatuto, tendo por padrão a Lei n. 7.347/85, exige que a associação:

a) configure uma instituição regular, por meio de registro público competente, nos termos da lei (segundo o que prescreve a Constituição Federal, art. 5º, XVIII: "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento");

b) esteja constituída há pelo menos um ano do ajuizamento da ação;

c) inclua, entre seus fins institucionais, o objetivo de defesa dos interesses e direitos das crianças e adolescentes;

d) realize prévia autorização em assembléia para o

ingresso em juízo, caso não exista autorização genérica nos estatutos.

A inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente consiste na possibilidade de admitir que a autorização para demandar judicialmente, na defesa dos interesses para os quais a associação foi criada, esteja no seu próprio estatuto, evitando, dessa feita, que para cada ação a ser postulada, seja necessária a realização de uma assembléia, cujo objetivo é receber a respectiva autorização de seus associados.

Entretanto, convém ressaltar, no que se refere ao acesso à Justiça por parte das associações ou dos "grupos intermediários", a matéria deverá, no futuro, ser objeto de profundas modificações.

A Lei n. 8.069/90, tal qual a Lei n. 7.347, exige que as associações sejam dotadas de personalidade jurídica ao requerer que estejam constituídas legalmente há pelo menos um ano. O que não tem sentido algum, pois como se tratam de entidades portadoras de interesses difusos, a questão da personalidade jurídica é algo a ser considerado em segundo plano. O que deve ser colocado em relevo, diz MANCUSO é a "*importância social do interesse (sua legitimidade) e na representatividade do grupo*",<sup>1</sup> os quais se constituirão como elementos objetivos nesta legitimação para agir.

---

1. MANCUSO, R. C. - Op. cit., p. 156.

BARBOSA MOREIRA, ao comentar sobre a legitimação de pessoas jurídicas - sociedades, associações - cujo fim contido nos estatutos (fim institucional) é a defesa desses interesses, acentua: mesmo que tais entidades não possuam este requisito (referindo-se ao da existência há pelo menos um ano como pessoa jurídica), mas tenham a necessária eficiência e comprometimento de forma a adequadamente representar em seu conjunto as pessoas agrupadas em torno de uma pretensão, ainda que em caráter eventual, seria conveniente legitimá-las. A legitimação de entidades que não sejam capacitadas de personalidade jurídica no plano do direito material, como também os agrupamentos formados com o objetivo de postular um interesse específico, consistiria, de fato, um avanço neste campo.<sup>1</sup>

Assim, em se tratando de interesses difusos, a matéria que regulamentava a exigência da personalidade jurídica como requisito básico à legitimidade das associações e de que, além disso, estejam estas constituídas há pelo menos um ano, para pleitearem em juízo, estava por exigir uma apreciação diferenciada ante a natureza, muitas vezes até eventual, desses interesses.

Este argumento faz sentido a partir do momento em que se cria a seguinte hipótese exemplificativa: numa determinada comunidade as crianças não estavam sendo alfabetizadas por falta de escola. Para reivindicar tal direito, forma-se, por exemplo,

---

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro" in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, n. 276, p. 2, out/dez. 1981.

um grupo com a disposição e com o objetivo de exigir do Poder Público o cumprimento de preceito constitucional: obrigatoriedade de ensino público e gratuito. Questiona-se então, se esta entidade deverá, primeiro, realizar o registro determinado por lei e assim obter o "status" de personalidade jurídica e, assim aguardar o prazo de um ano, para somente então requisitar em juízo a tutela da citada pretensão? É justo que uma rigidez jurídico-formal se torne um obstáculo à educação dessas crianças?

A lógica e o bom senso dizem que não. Assim, o problema foi em parte resolvido com as alterações advindas da Lei n. 8.078/90, que acrescentou o § 4º ao art. 5º da Lei n. 7.347/85: "O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido".

No entanto, a crítica permanece, pois esta possibilidade de o juiz poder dispensar o requisito da pré-constituição deveria ter sido prevista pelo próprio legislador estatutista ou ainda, este poderia ter avançado mais e tê-lo dispensado definitivamente.

Através do exemplo dado anteriormente, é possível constatar que, em questões que envolvem interesses difusos dever-se-ia, sobretudo, levar em consideração a urgência, a necessidade da tutela jurisdicional das pretensões que estão sendo formuladas pela associação, que pode ter se constituído somente para esse fim, deixando, portanto, que prevaleça a tutela

do interesse em pauta e não um critério formal que acaba por se tornar um entrave ao acesso à Justiça.

### 3. 4 - A figura do advogado

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, conferiu ao advogado o *status* constitucional, quando determina em seu art. 133 que a sua figura é indispensável à administração da Justiça. Convém colocar, inclusive, que o situa entre os pressupostos processuais, uma vez que os requisitos para a constituição de uma relação processual válida são os seguintes: capacidade de ser parte, capacidade processual ou de estar em juízo e a capacidade postulatória. Esta última diz respeito especificamente ao advogado, o que significa que as partes, embora tenham capacidade processual, só poderão participar da relação processual quem tenha direito de postular, em juízo, o chamado *jus postulandi*, que se refere, portanto, ao direito de falar e de agir em nome das partes de um processo.<sup>1</sup>

Assim, a Carta Magna referendou este trabalho de defesa e de lutas incessantes, sobretudo em favor dos direitos humanos. Para demonstrar sua importância, basta lembrar os difíceis anos da ditadura militar, nos quais, excetuando-se o papel da Igreja

---

1. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 324 e 351.

Católica - na voz incessante de D. Helder Câmara e de D. Evaristo Arns - e da Associação Brasileira de Imprensa, que outra instituição efetivamente se preocupou com as atrocidades cometidas, com os ultrajes feitos aos que tinham posições contrárias ao regime que se implantara, como a Ordem dos Advogados do Brasil? Sobre este assunto, lembra FALCAO:

"Nas duas últimas décadas, a quotidiana violação dos direitos humanos por parte dos regimes políticos autoritários e ditatoriais na América Latina fez surgir advogados e outros profissionais que, prestando serviços legais, protegeram os cidadãos. Atuaram isoladamente ou em organizações, a nível nacional ou internacional, para impedir torturas e desaparecimentos, assegurar liberdades públicas e defender direitos humanos individuais e coletivos. Em quase todos os países, sob a proteção das igrejas (sobretudo da Igreja Católica), dos Colégios de Advogados e das demais instituições da sociedade civil que sobreviveram, lutou-se intensamente contra a violência estatal, legal ou ilegal".<sup>1</sup>

No entanto, há que se considerar que a advocacia, por outro lado, serviu para consolidar a atual estrutura de poder, em face de seu atrelamento cego à lei, pelo papel desempenhado em favor da burguesia, legitimando um sistema cujos conflitos se "resumiam" aos de caráter inter-subjetivos.<sup>2</sup> Portanto, quando hoje se constata a presença de conflitos metaindividuais, característicos de uma sociedade de massa, qual

---

1. FALCAO, Joaquim de Arruda. "Democratização e serviços legais" in FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Atica, 1989. p. 145.

2. Nesse sentido ver as obras de AGUIAR, Roberto. *A crise da advocacia*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991 e ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Advogado e mercado de trabalho*. Campinas: Julex, 1988.

o novo papel do advogado, agora também chamado a ser um intermediador das relações sociais?

Estes novos conflitos estão a exigir um comportamento diferenciado das profissões jurídicas (a figura do juiz será analisada no Capítulo 4).

Para FARIA, nesse processo de diferenciação se evidenciarão dois tipos de advogados: o *jurista sócio-político* e o *militante corporativo esclarecido*. O primeiro tipo compreende o profissional que, "conjugando um saber dogmático *competente* com um arsenal crítico formado a partir de um projeto de *direito alternativo*, termina por exercer um papel decisivo na articulação das lutas populares".<sup>1</sup>

Já o segundo é aquele que, embora pense e atue como um *jurista de ofício*, no entanto, "em suas manifestações corporativas assume a retórica do *jurista sócio-político*, passando a estimular a corporação representativa de seus interesses profissionais a defender a consagração de novos *direitos sociais*"<sup>2</sup>, como também estimula as minorias a lutarem por seus interesses e, ainda, passa a "pressionar os poderes públicos a remunerar com salários mínimos os serviços de assistência judiciária prestados aos *hipo-suficientes* pelos profissionais liberais - tudo isso com a finalidade de,

---

1. FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 124.

2. FARIA, J. E. - *Idem*, *ibidem*.



sutilmente, obter o alargamento e seu mercado de trabalho".<sup>1</sup>

Diante do atual quadro da realidade brasileira, no qual se constata que as classes trabalhadoras estão excluídas do acesso aos meios de produção, em que muitos dos direitos sociais prescritos na Constituição Federal não foram implementados, qual deverá ser a prática do advogado?

A concepção liberal clássica do advogado é a de quem canaliza praticamente todas as controvérsias para o Poder Judiciário, numa tarefa de simples adaptação dos conflitos à lei estatal. Segundo KATO, a prática libertadora deste profissional do direito distante está dessa atitude, pois este deve, num primeiro plano, iniciar-se pela defesa dos direitos individuais violados e, em segundo plano, transcender tais linhas, adquirindo dimensão social, posicionamento este que se manifestará em todas as suas ações. Isso quer dizer que "o compromisso político

-----

1. FARIA, J. E. - Idem, Ibidem. Acrescenta o autor: "Ocultada e/ou justificada pela retórica emprestada dos juristas sócio-políticos, essa estratégia de aumentar o campo e a demanda por serviços jurídicos mediante da institucionalização tanto de práticas novas quanto das formas paralegais de auto-resolução dos conflitos por parte de certos grupos sociais constitui o que alguns sociólogos do direito chamam de *processo de reforço circular*: a cada conquista social obtida pelos militantes corporativos esclarecidos, o formalismo jurídico-processual decorrente da positivação de novos direitos e novos procedimentos reforça a necessidade dos serviços prestados pelos advogados ao mesmo tempo em que também afasta a concorrência dos profanos e dos rústicos (não foi isso o que ocorreu quando, na Assembléia Nacional Constituinte brasileira, a corporação dos advogados conseguiu, apesar de sua retórica progressista no campo dos direitos sociais, bloquear todas as propostas de deslegalização e todas as de desformalização e descentralização que, a exemplo dos juizados informais de pequenas causas, propiciavam às partes a possibilidade de autodefesa, sem a obrigatoriedade da intermediação de profissionais do direito?)" (p.124-125).

refere-se aos atos da vida pública e particular, e não à atividade política e profissional em si. Ele envolve a prática de libertação das classes dominadas".<sup>1</sup>

Cabe ao advogado possuidor de uma dimensão política, desenvolver todo um instrumental de negociações extralegais de liderança política numa perspectiva de até mesmo inserir-se como animador das organizações populares. Esta nova atitude de diálogo permanente, de trocas de idéias, tem sido o estilo das assessorias jurídicas.<sup>2</sup>

No contexto dos interesses difusos, é de suma importância a instituição da advocacia de interesse público, a qual está a depender da efetiva institucionalização da Defensoria Pública prescrita no art. 134 da atual Carta Política, que se constitui numa séria medida em favor dos necessitados, e num sentido mais abrangente são as defensorias consideradas como indispensáveis à própria essência da função jurisdicional do Estado.

---

1. KATO, Shelma Lombardi de. "A crise do direito e o compromisso da libertação" in FARIA, José Eduardo. (org.).- Op. cit., p.183.

2. Como exemplo dessas assessorias cite-se o GAJOP - Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares. Esta entidade não se define como um grupo de advogados, mas assessores jurídicos: "Isto não significa que devemos desempenhar o papel das lideranças comunitárias na condução do processo político. A decisão, em última instância, é prerrogativa exclusiva daqueles que representam a comunidade e lutam para concretizar seus anseios. Contudo, uma assessoria não deve adotar uma postura meramente passiva, o assessor jurídico não é apenas o receptor dos desejos e necessidades comunitárias. Se ele assume, erroneamente, esta posição, pouco contribuirá para o avanço das lutas populares. A missão do assessor jurídico não se esgota apenas na execução das tarefas. Compete a ele, sobretudo, fornecer os subsídios indispensáveis à construção de uma decisão". Cf. **Cadernos GAJOP**, Olinda: Publicação do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares, 1985, p. 48.

A assistência jurídica há de ser integral e gratuita, segundo o que dispõe o art. 5º, LXXIV, C.F., incluindo o patrocínio e orientação, inclusive, em situações extrajudiciais - advocacia preventiva. Não será somente obrigado à União a criação e estruturação de sua Defensoria Pública; os Estados, também, terão que fazê-lo - art. 134, § único.

No entanto, critica DINAMARCO que

"(...) o *patrocínio técnico gratuito* não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não o oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social. Compreende-se a recusa dos advogados, hoje institucionalizada até em movimentos da categoria e amparada na garantia constitucional do trabalho remunerado; mesmo assim, essa atitude constitui uma entre muitas manifestações de individualismo e de descrença na Justiça que alguma educação para a participação comunitária nos serviços desta poderá afastar".<sup>1</sup>

3.4.1 - O papel do advogado da criança e do adolescente

Uma análise histórico-doutrinária acerca da participação do advogado na área da infância e da juventude revela a existência de três posições: a primeira que considera obrigatória

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 276.

e, portanto, imprescindível a presença do advogado; a segunda corrente proíbe a atuação do defensor nesta esfera e por último, a que faculta a sua participação.

O revogado Código de Menores de 1979 entendia ser facultativa a presença do defensor nos procedimentos relativos aos chamados menores em *situação irregular*.<sup>1</sup>

Convém lembrar que o citado Código tinha por fundamento a já comentada doutrina da "situação irregular", de modo que somente a criança ou adolescente abandonado ou o privado das condições materiais mínimas necessárias ao seu desenvolvimento, os submetidos a maus-tratos, em perigo moral ou explorados em atividade contrária aos bons costumes, os privados de representação legal, os que apresentavam desvio de conduta e os autores de infração penal (segundo a enumeração taxativa do art. 2º do referido Código), eram merecedoras de tutela, de proteção por parte do Estado e, portanto, do Poder Judiciário.

É oportuno, inclusive, colocar que foi a partir do Código de Mello Mattos de 1927 - Decreto Federal n. 17.943-A -, e de forma ainda mais evidente no Código de Menores de 1979, que houve uma mudança de enfoque com relação à pessoa do "menor de idade", da sua repressão e exclusão do contexto social, passou-se

---

1. Determinava o Código de Menores, Lei n. 6.697/79, em seu art. 93:

"Os pais ou responsável poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado com poderes especiais, o qual será intimado de todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de Justiça.

Parágrafo único - Será, no entanto, obrigatória a constituição de advogado para a interposição de recurso".

a defender a sua proteção e socialização.

No entanto, e infelizmente, apesar dos princípios ditos tuteladores que fundamentavam a doutrina da "situação irregular", as instituições que deveriam acolher e educar esta criança, ou adolescente, no mais das vezes não cumpriam este papel. Isso porque a metodologia aplicada, ao invés de ressocializá-lo, o massificava, o despersonalizava e, deste modo, ao contrário de criar estruturas sólidas, nos planos psico, biológico e social, afastava este chamado *menor em situação irregular*, definitivamente, da vida comunitária.

Em São Paulo, o jornalista CARLOS ALBERTO LUPPI denunciou durante o período de vigência do revogado Código, a atitude das instituições paulistas - FEBEM(s), que aplicavam aos internados verdadeiras técnicas de tortura, que iam desde o "paus-de-arara", no qual eram espancados com os pés e as mãos presas, até as "bananinhas", choques elétricos de 100 a 220 voltz no interior da pessoa, passando pelos "telefones", socos com a mão aberta nos ouvidos, cafuas, drogas. Verificou-se até mesmo a aplicação de hormônios femininos, que em doses maciças serviam como calmantes, mas que pouco a pouco provocavam graves alterações na personalidade das crianças e dos adolescentes e, ainda, estavam a mercê de todo tipo de humilhação.<sup>1</sup>

Tal fato constituía uma verdadeira afronta aos Direitos

-----

1. LUPPI, Carlos Alberto. *Agora e na hora de nossa morte: o massacre do menor no Brasil*. São Paulo: Brasil Debates, 1982. p. 84-90.

Universais da Criança, que no art. 9º, determina, entre outras proteções, que esta jamais deverá ser objeto de atos cruéis.

O corpo técnico responsável pelo atendimento desses "menores", consistia num conjunto de profissionais que desenvolviam de forma diferenciada seu trabalho, isto é, cada um realizava tarefas pertinentes a sua área específica: psicologia, pedagogia, serviço social, psiquiatria etc. Este tipo de atitude departamentalizada, transformava um único ser em vários e, desta forma, não sendo visualizado o problema como um todo, tinha como resultado a impossibilidade de fazer com que esta criança ou adolescente se inserisse novamente no contexto social, bem como revelava o fracasso profissional de cada um dos técnicos na sua tentativa isolada de responder o problema.<sup>1</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata o assunto sob outro prisma, qual seja: o da doutrina da "proteção integral". Esta proteção integral, conforme já colocado anteriormente, tem por fundamento dois pilares importantíssimos: a criança e o adolescente enquanto "sujeito de direitos" e a sua "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" - art. 227, § 3º, IV, da C.F.

A nova Lei reguladora dos preceitos constitucionais, em sua primeira parte, arrola os direitos das crianças e dos

---

1. VERONESE, Josiane Rose Petry. **A questão do menor no Brasil: uma abordagem político-jurídica**. Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - Especialidade Direito. Florianópolis, 1988.

adolescentes; e, na segunda, a forma de viabilização desses direitos. É aí, pois, que se insere e se torna relevante a figura do advogado.<sup>1</sup>

Em conformidade com o Estatuto, art. 206, "a criança ou adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça", e ainda, determina o Parágrafo único deste mesmo artigo que "será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem".

No que se refere à presença do advogado nos processos em que se atribua ao adolescente a prática de ato infracional, esta será obrigatória, mesmo na hipótese deste último encontrar-se ausente ou foragido - art. 207, do Estatuto.

Em se tratando de adolescente que não tenha defensor, o

---

1. ZAFFARONI, Raul. "Art. 207" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 643, afirma: "Reconhece-se no Direito Processual moderno que as conseqüências do processo, particularmente as privativas de liberdade, são limitações do princípio da inocência. Mesmo que não haja privação da liberdade, na realidade, todo processo implica estigmatização análoga à da pena. As racionalizações feitas para explicar a compatibilidade do princípio de inocência com as conseqüências do processo nunca foram satisfatórias. Estas conseqüências, de considerável gravidade tratando-se de adultos, devem ser mais especialmente consideradas quando se trata de adolescentes. Toda medida de efeito estigmatizante é mais grave para o adolescente do que para o adulto, pois pode mais facilmente afetar a auto-estima da pessoa, levando-a a assumir uma conduta desviante em função da sua autopercepção, provocada iterativamente pela reação das pessoas que a rodeiam ou com as quais trata".

juiz obrigatoriamente lhe nomeará um; no entanto, está ressalvada a garantia de constituir outro de sua preferência, se lhe for mais conveniente, e isto poderá ser feito a "todo tempo" - art. 207, § 1º.

Outro ponto importante na análise da presença do advogado nos processos de apuração de ato infracional, atribuído ao adolescente, é que a sua ausência não importará no adiamento de nenhum ato processual. Nesse caso o juiz deverá nomear um defensor *had hoc*, de caráter provisório ou apenas para efeito daquele ato específico - art. 207, § 2º -, princípio da celeridade processual.

Por último, determina a Lei em análise que "será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou sendo constituído, tiver sido indicado na ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária" - art. 207, § 3º.

A atuação do advogado no processo não constitui algo totalmente novo. Simplesmente a nova Lei conformou-se às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores - "Regras de Beijing"<sup>1</sup> - China, 1984 -, especificamente, às regras de números 7.1 e 15.1.

O n. 7.1 dessas regras determina às nações que "as

---

1. Resolução 40/33 da Assembléia Geral das Nações Unidas que adota o texto das "Regras de Beijing", recomendadas pelo sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.



garantias processuais básicas, como a presunção da inocência, o direito de ser notificado da acusação, o direito de permanecer em silêncio, o direito a advogado, o direito à presença do pai ou responsável, o direito a recurso à instância superior, devem ser asseguradas em todas as fases do processo".

A Regra n. 15.1 prescreve que o "menor terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país".

Poder-se-ia indagar se uma vez introduzida, nos processos de apuração de ato infracional praticados por adolescente, a obrigatoriedade de defesa técnica por profissional habilitado, não se estaria criando um *Direito Penal do Menor*?

BARREIRA e BRAZIL, ao elaborarem as suas críticas à posição que defendia a inserção do contraditório no Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmam que o legislador do Código de Menores de 1979 teve uma atitude sábia, quando conferiu aos procedimentos relativos a apuração das infrações cometidas por menores de idade e os de desvio de conduta um caráter de maior simplicidade, "deixando ao prudente arbítrio do juiz a melhor adaptação do roteiro pré-estabelecido, visando à prevalência total dos interesses do menor que *sobrelevam a qualquer outro bem*

ou interesse juridicamente tutelado",<sup>1</sup> em consonância com o art. 5º do Código revogado.

Entende CAVALLIERI, de igual forma, que

"a atuação obrigatória de Advogado em TODOS OS CASOS, daria à personalidade em formação da criança e do adolescente a falsa noção de que seu ato estivesse sendo justificado. Os menores já dispõem, por lei, da atuação dos Curadores de Menores, seus defensores naturais. O infausto positivo, que deve ser eliminado, tornaria impossível o funcionamento dos Juizados de Menores e abalaria as tradições jurídicas brasileiras, pelo inusitado de sua inexplicável intenção".<sup>2</sup>

No entanto, este fato não acontece, pois mesmo existindo a representação feita pelo Ministério Público e a defesa realizada pelo advogado, o adolescente não está sendo acusado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não incorporou em seus dispositivos o sentido da acusação. Apesar de não ocultar a necessidade de responsabilização social do adolescente infrator, no entanto, esta não resulta em PENA. Ser-lhe-á aplicada uma medida sócio-educativa - art. 112 -, que poderá ser a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços comunitários, a imposição da liberdade assistida,

-----

1. BARREIRA, Wilson & BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 57. Segundo estes autores que à introdução do contraditório, se opõe a tradição do Direito do Menor no Brasil, que sempre teve o Curador de Menores como órgão voltado para o menor. Já com a introdução obrigatória do advogados nos processos de apuração de ato infracional praticados por adolescentes fará com que o Ministério Público assumo o papel de acusador (p. 62).

2. CAVALLIERI, Alyrio. "Carta do Professor Alyrio Cavallieri aos Constituintes", Rio de Janeiro, 14 de julho de 1988 in BARREIRA, W. & BRAZIL, P. R. G. - Op. cit., p. 67.

inserção em regime de semi-liberdade, e a internação em estabelecimento educacional, a qual será sempre breve e de caráter excepcional - art. 227, § 3º, V da C. F..

Poder-se-ão aplicar, ainda, outras medidas específicas como o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação e acompanhamento temporários; matrícula e freqüência obrigatórias em escola pública de ensino fundamental; a inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio à família, à criança e ao adolescente; sujeição a tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial e, por último, a inserção em programa oficial ou mesmo comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcóolotras e toxicômanos.

Estas últimas medidas possuem um caráter humanístico extremamente relevante, tendo em vista que muitas vezes a conduta delituosa de crianças e adolescentes tem por base uma disfunção orgânica ou psicológica e, o que é ainda mais freqüente, aquela decorre do ingresso precoce no mundo de falsas fantasias que é o do álcool e da droga.

Há que se considerar, também, a possibilidade do Ministério Público, antes de iniciado o processo de apuração de ato infracional, conceder a remissão como forma de exclusão do processo. Se este já tiver sido instaurado, caberá ao juiz da infância e da juventude concedê-lo - arts. 126, *caput* e Parágrafo único; 127 e 128.

O que se pretendeu, provavelmente, com a implantação do

contraditório, foi assegurar ao adolescente, portanto, menor de idade (ininputável), as mesmas prerrogativas dadas ao infrator adulto, ou seja: ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou mediante determinação fundamentada da autoridade judiciária, a garantia de devido processo legal, do contraditório e da defesa por advogado.<sup>1</sup>

Não há que se olvidar que no contraditório reside a essência do processo jurídico, tanto na busca da verdade, como na concretização de seu fim maior que é a realização da Justiça.

Ponto que merece destaque diz respeito à especialização do defensor que atua na área da infância e da juventude. Nesse sentido preleciona AMARAL E SILVA:

"O advogado não atuará da mesma forma que na Justiça comum, daí a necessidade de especialização. O processo tem peculiaridades como a investigação social prévia, a remissão, a informalidade, a celeridade, a participação comunitária, a intervenção dos pais ou responsáveis, a mudança em qualquer tempo da medida para outra mais branda.

O advogado representará importante elemento de controle da prestação jurisdicional quanto à veracidade das informações da polícia, da vítima, das testemunhas, da equipe técnica, principalmente recorrendo à instância superior sempre que qualquer decisão seja desfavorável ao jovem".<sup>2</sup>

Indiscutivelmente, o profissional que atuar nesta área

---

1. Cf. Constituição Federal, arts. 59, LIV, LV e LXI; 227, § 3º, IV.

2. SILVA, Antônio Fernando Amaral e. "Justiça da infância e da juventude" in *Brasil, criança, urgente: o novo direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Columbus Cultural, 1989. p. 95-96.

específica terá que ser uma pessoa preparada, pois os processos de apuração de ato infracional praticado pelo adolescente não podem ter o mesmo enfoque que é dado pelo advogado que tem seu campo de atuação na esfera criminal. Cuide-se, por exemplo, que o interrogatório não possui perguntas prontas; são interrogados, também, os pais ou responsável do infrator; na audiência o defensor não pedirá a absolvição de seu *cliente*, pois o que lhe será aplicado são medidas sócio-educativas, lembrando-se que não há condenação.<sup>1</sup>

Todas as figuras que atuam no processo de apuração de ato infracional praticado por adolescente, seja o juiz, o advogado, o promotor de justiça (este último é o responsável pela representação), todos convergem ou devem convergir em favor deste adolescente infrator, na busca da melhor medida a ser aplicada, levando em consideração as circunstâncias em que ocorreu o ato delituoso e as condições do agente (biológicas, psíquicas e sociais).

Há que se destacar, nesta pesquisa, a importância do advogado que atuará na defesa dos interesses coletivos e dos interesses difusos, sobretudo os das associações constituídas com o fim de salvaguardar os direitos da infância e da juventude, pois, como é sabido, não somente o Ministério Público é parte

---

1. Melhor dizer que não há condenação no âmbito formal, pois apesar da boa intenção do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o seu conjunto de inovações, tanto substantiva quanto processual, na prática, no entanto, a realidade é outra: o adolescente infrator é colocado em instituições que pouco se diferenciam das prisões dos maiores de idade.

legítima para a promoção da ação civil pública - são parte também, como já foi visto neste capítulo, os outros entes taxativamente enumerados no Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 208 ao 224.

Assim, por exemplo, na hipótese de determinado Município não contar com um posto de saúde, ou de uma escola, etc, poderá ser promovida, pela associação, através de advogado, a referida ação civil pública, com o intuito de ver solucionado aquele problema.

Este tema envolve sérios problemas como a escassez de recursos e, sobretudo, a falta de vontade política em privilegiar ou não a área social. De qualquer forma é uma garantia, igualmente constante na Constituição Federal - art. 129, que possibilita ao Ministério Público, às associações legalmente constituídas e demais legitimados, a atuação nesta íngreme esfera de proteção dos interesses difusos.

Convém destacar, ainda, que a presença do advogado é imprescindível para a administração da justiça. Há inclusive os que defendem, mais radicalmente, a sua presença até nos procedimentos administrativos.<sup>1</sup>

De qualquer modo é inegável que, na atual sociedade,

---

1. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 53-54.

A Carta Política de 1988 previu o princípio do contraditório e da ampla defesa num único preceito: art. 5º, LV, aplicável expressamente aos litigantes em qualquer tipo de processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

permeada de conflitos, a presença do advogado, do verdadeiro advogado, isto é, do comprometido ética e politicamente com a causa da infância e da adolescência brasileira, importa numa garantia indisponível ante a complexidade das relações sociais.

Deve-se acrescentar, por último, como bem afirmou GRINOVER, que enquanto no Brasil não for instituído um órgão de controle externo do Poder Judiciário, parece evidente que tal atribuição seja dada aos advogados, os quais, "como verdadeiros engenheiros sociais, terão condições de atuar, por si e por seus órgãos de classe, na fiscalização do exercício da função jurisdicional, mobilizando a opinião pública e servindo como caixa de ressonância para o verdadeiro controle popular".<sup>1</sup>

Tendo analisado a legitimação para agir em tema de interesses difusos, se faz pertinente, agora, um estudo sobre o Poder Judiciário, pois é para ele que serão encaminhadas as ações visando a garantia daquelas pretensões.

---

1. GRINOVER, Ada Pellegrini. "A crise do Poder Judiciário" in *Revista de Direito Público*. a. 24, n. 98, abr/jun. 1991. p. 25.

#### 4 - O PODER JUDICIÁRIO E O PROBLEMA DOS INTERESSES DIFUSOS

Este capítulo cuidará especificamente do Poder Judiciário, examinando questões como que tipo de Judiciário existe no Brasil, suas perspectivas e sua independência. O fato é que na atual sociedade contemporânea, à medida que os legítimos interesses e novos direitos dos indivíduos, dos grupos e classes sociais, são conduzidos àquele para uma apreciação jurisdicional, isto resultará na transformação da própria estrutura desse poder, pois suas realizações, ainda que a princípio imperfeitas, exigirão, pouco a pouco, sua maior autonomia, fortalecendo-o e o diferenciando dos demais poderes, de modo a contribuir ativamente no processo de formação e evolução do próprio direito.

Esse novo Judiciário, envolvido também na resolução de conflitos de natureza social diferencia-se sobremaneira do passado.

##### 4.1 - O Poder Judiciário: uma breve incursão histórica

Relata a história que a administração do Brasil Colonial tinha como característica uma forma de delegação tripartida de



poderes: político-militar, fiscal e judicial.

O governador-geral, chefe do poder político do Estado, oriundo quase sempre da nobreza militar, era ocupante do mais alto cargo e na qualidade de presidente do Tribunal (a qual se denominava "Relação") era possuidor de autoridade sobre questões judiciais. Como representante direto da Coroa Portuguesa, estava colocado no ápice da burocracia colonial brasileira, bem como lhe eram atribuídas funções específicas de caráter notadamente administrativo.

O relacionamento entre o comandante supremo da Colônia e o Tribunal se caracterizava pela cooperação ou pelo menos numa não interferência direta, tendo em vista a formação militar dos governadores gerais, que até o primeiro quarto do século XVII, ante a freqüente ameaça de invasões estrangeiras, estavam mais preocupados com a defesa do que com a justiça; tal tendência prolongou-se até o século XVIII.

A suposta relação harmônica entre os governadores-gerais e a Relação devia-se à interdependência dessas duas instituições. A Coroa Portuguesa outorgava aos chefes políticos o poder de suspender os magistrados, de fazer designações de caráter provisório, de determinar quem faria a correição<sup>1</sup>, de elaborar

---

1. A correição trata-se de um procedimento que visa à constatação/verificação de irregularidades cometidas pelos membros do Poder Judiciário (convém lembrar que o procedimento também existe no Ministério Público, órgão integrante do Poder Executivo), bem como a aplicação das medidas disciplinares adequadas a cada caso. O controle correicional é o mais tradicional dos controles do sistema jurídico brasileiro.

relatórios secretos informando sobre as ações dos juizes. Desta forma, mesmo que não pudesse diretamente participar das deliberações judiciais, o governador-geral tinha como exercer um forte controle sobre o funcionamento interno do Tribunal.<sup>1</sup>

A Relação, por outro lado, também estava habilitada a exercer um controle sobre o governador-geral, por meio de uma série de mecanismos, cite-se, exemplificativamente, as ordens por este determinadas, que eram submetidas à revisão do chanceler e, na hipótese do surgimento de alguma divergência de opinião, cabia ao Tribunal decidir acerca da legalidade da matéria. Além disso, podia ainda realizar investigações, etc.

Há que se referendar, que a Relação e os juizes constituíam um sistema no qual se identificavam duas características: poder e corrupção. A propósito, sobre o poder, descreve SCHWARTS:

"A autoridade dos magistrados não era questionada nem suas vidas ameaçadas pois os juizes tinham o poder de destruir um homem ou de condená-lo a penas que excediam muito a seriedade do crime cometido.(...) O poder das autoridades legais muitas vezes excedia a força da lei. Ofender um desembargador ou se meter em confusão com o Tribunal não deixava outro recurso para um homem senão fugir".<sup>2</sup>

Quanto a corrupção, também ela se constituía numa das

---

1. SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 154-155.

2. SCHWARTZ, S. - *Idem*, p. 260

maiores deformidades do sistema judicial. Corrupção esta que ia desde a violação das obrigações profissionais de um magistrado, com o fim de atingir objetivos pessoais, até mesmo a troca de favores e recompensas entre este e um elemento da sociedade.<sup>1</sup>

Doutra parte, há que se colocar que apesar da existência de vários níveis na burocracia do Império, o juizes eram os mais respeitados e com os maiores privilégios dentre os funcionários da Coroa, ultrapassados somente pelos vice-reis e embaixadores. A magistratura era a representante do que havia de mais racional e profissional na burocracia imperial e mais, não se confundia com os funcionários civis, isto porque havia o entendimento de que a prestação de serviços à comunidade ou para o Estado relacionava-se com às obrigações do soberano para com o reino, conseqüentemente, os magistrados eram funcionários reais. Neste contexto, portanto, não era algo "incomum ver os juizes que trabalhavam no Brasil representando interesses coloniais ou adaptando a legislação real às realidades brasileiras".<sup>2</sup>

---

1. SCHATZ, S. - Idem, ibidem.

2. SCHWARTZ, S.- Idem, p. 290. Relata o autor que em 31 de março de 1626 a Coroa aboliu a Relação da Bahia - a primeira do Brasil. A supressão desta deveu-se à combinação de alguns fatores, alguns de caráter acidental e outras advindas da história daquela instituição: "as condições de guerra criadas pelo reinício da luta com os Países Baixos e a captura da Bahia pelos holandeses colocaram enorme pressão sobre a estrutura defensiva dos impérios ibéricos, o que levou a necessidades militares cada vez maiores dos recursos fiscais da Coroa. Esta começou a procurar em todas as partes dinheiro ou meios de forçar certos grupos a assumirem obrigações econômicas ou militares sem grande custo adicional para ela. A taxação de impostos era um método, e os crescentes tributos cobrados para pagar a guerra contra os holandeses se tornaram uma das causas principais de desassossego em Portugal e na própria Espanha.(...) A Coroa empregou juristas para encontrar cláusulas nos contratos de doação dos donatários que os obrigassem a pagar pela defesa de

Os magistrados portugueses constituíram-se numa elite no Brasil colônia, marcada por grande força política, corrupção e negligência, cujo problema resultava da própria estrutura burocrática que concentrava vários problemas e responsabilidades do Governo nas mesmas instituições e nos mesmos indivíduos que os executavam. Isso porque havia uma integração da magistratura e da sociedade, a qual resultou numa legação de fortuna e poder que uniu a elite econômica à elite governamental.

Em conseqüência desta burocratização vinda do reino de Portugal, herdaram-se, segundo LOPES, algumas características:

"a magistratura como carreira hierarquizada, dependente, nos níveis mais altos, do próprio paço real (o Desembargo do Paço era o órgão de cúpula de todo o sistema); a formação social da colônia e do

-----  
..Continua....

suas capitânicas. (...) A Relação foi um alvo perfeito. (...) O Tribunal Superior da Bahia, com seus salários e gastos extras, não parecia essencial para o esforço de guerra e se com sua abolição esses salários pudessem ser usados para a defesa, tanto melhor". (p. 183)

O ataque feito à Relação não tinha por alvo a sua legitimidade; pelo contrário, enfatizava as necessidades econômicas da Coroa Portuguesa. A abolição deste Tribunal deu origem a uma série de reajustamentos na estrutura judicial, como por exemplo, reinstituiu-se o antigo sistema baseado no ouvidor geral. As capitânicas mantiveram sua autonomia judicial, mas com a abolição da Relação da Bahia, o recurso das suas decisões, obrigatoriamente, eram enviados a Portugal. Esta situação resultou numa majoração das despesas processuais e acentuou a morosidade, acrescido o fato de que neste período as comunicações estavam reduzidas, tendo em vista que o Atlântico tornara-se perigoso, pela presença de muitos navios inimigos.

De 1630 a 1652, a guerra contra os holandeses no Brasil e a guerra de independência contra a Espanha, que tivera início com a revolta portuguesa de 1640, tornaram obscuro este período, sem que se desse uma atenção mais apropriada ao sistema judicial. No entanto, o Tribunal Superior não havia sido esquecido, tanto que em 1652 deu-se o restabelecimento da Relação no Brasil e em 1751, tem-se a criação do segundo Tribunal Superior brasileiro, no Rio de Janeiro.

reino favoreceu também um certo convívio entre elites, na verdade a vida da grande população de trabalhadores escravos, não era objeto de apreciação da justiça, era matéria para disciplina dos capitães-do-mato".<sup>1</sup>

Com a promulgação da independência e, portanto, o surgimento do Império, a situação pouco se diferenciou. Tal se deu porque esta independência não se fez conjunta com uma revolução burguesa liberal. A separação dos poderes do Estado surgiu tão-somente como racionalização da administração do regime de escravidão vigente e dos grandes latifúndios, e não como uma independência real de um poder em relação aos demais.

Esse tipo de desenvolvimento econômico não permitiu ao Brasil, ao longo de século XIX, conhecer os avanços, as modernizações. Sobretudo no campo das transformações industriais e políticas, como as questões do alargamento do voto, das revoltas populares, que aconteciam na Inglaterra, na França e em outros países da Europa. Há que se considerar, ainda, que a burocracia brasileira estava alheia às mudanças ocorridas no América do Norte.<sup>2</sup>

Em consonância com a Constituição de 1824 - arts. 151 a 164 - a Justiça brasileira tinha sua base de sustentação na legislação ordinária. Pela referida Carta Política, a pessoa do Imperador era sagrada e inviolável, não estando sujeito a

---

1. LOPES, José Reinaldo de Lima. "A função política do poder Judiciário" in FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Atica, 1989. p. 130.

2. LOPES, J.R.L. - *Idem*, *ibidem*.

qualquer tipo de responsabilidade (art. 99). O Poder Moderador constituía-se como a chave de toda a organização política do Brasil do Império. O imperador era o Chefe Supremo da Nação e o seu primeiro representante (art. 98). Também tinha sob sua direção a Chefia do Poder Executivo, atribuindo-se-lhe a nomeação dos magistrados (art. 102, III).

O advento da República e a consagração da fórmula tripartite da divisão do poder, na qual se tomou a Constituição dos Estados Unidos da América como modelo, deu-se de forma artificial, pois inexistia a tradição de resistência institucional aos ditames do Executivo. Somando-se isso ao fato de que as diferenças entre as classes sociais eram gritantes, porque sequer havia a presença de uma classe intermediária, uma vez que o mercado interno não teve capacidade de suscitar uma pequena burguesia que fosse expressiva no cenário político. Este fato fez com que no Brasil os tribunais fossem constituídos, no decorrer de praticamente toda a história do império e nos primeiros anos da república, "por uma certa nobiliarquia judiciária voltada, como toda via institucional jurídico-política do país, para a oligarquia latifundiária e exportadora".<sup>1</sup>

---

1. LOPES, J. R. L. - Idem, ibidem. Para o autor: "a justiça como administração, alheia as lutas políticas, ficou como um mito das origens do Judiciário brasileiro, pelo menos ficou como um ideal bastante forte. O sistema de carreira subordinada a uma cúpula escolhida pelo Executivo serviu para isolar das lutas políticas o Judiciário, é verdade, mas serviu também, com o tempo, para isolá-lo da sociedade como um todo, da sociedade cada vez mais conflitiva e complexa e ativa em que temos, e é em parte a causa de uma certa crise de legitimidade que o atinge hoje em dia" (p. 131).

A partir dos anos vinte, deste século, é que se inicia um processo de democratização do Poder Judiciário. Período este que coincide com a implantação do primeiro juizado de menores no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, graças às incansáveis lutas em favor da criança desvalida, do jurista Mello Mattos. A criação deste Juízo Privativo de Menores deu-se através do Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923.

#### 4.2 - O Poder Judiciário: algumas questões preliminares

Primeiramente convém salientar o fato de que o Poder Judiciário no Brasil constitui um dos três poderes do Estado de matriz liberal-burguesa. Assim, ele é reflexo do Estado, do qual compõe uma unidade.<sup>1</sup>

A suposta divisão tripartite do Poder estatal se dá tão-somente no plano teórico, pois na realidade o aparelho judicial é ainda deveras dependente do Poder Legislativo, enquanto vinculado ao direito positivo, e também ao Poder Executivo, como explica RUIVO:

"Separam-se os poderes, separa-se Estado e sociedade, ficando o poder judicial em situação de extrema ambigüidade. Se enquanto exercício de poder ele é empurrado para a sociedade, para resolver eventuais conflitos que perturbem a pacificidade da

---

1. Com esta afirmação não se quer dizer que o Poder Judiciário somente exista em Estados ditos "liberais"; aqui o que se pretende acentuar são as características deste poder que tem como suporte uma matriz liberal burguesa.

liberdade contratual que caracteriza as relações da área privada, o domínio dos sujeitos de direito, e, nesse sentido, ocultando o poder, do lado da sociedade assiste-se ao movimento inverso: de modo progressivo, o juiz vai sendo relegado para a área do Estado, não só porque se encontra vinculado à lei deste, mas também porque a própria lei (em conformidade com o desenvolvimento do Estado) vai crescentemente abandonando a sua função meramente ordenadora, intervindo na configuração da esfera privada".<sup>1</sup>

O Poder Judiciário, a partir do momento da aplicação da lei, acaba por legitimar formalmente um certo tipo de Estado, e o que é mais importante, transmuda um litígio social (falando-se aqui, especificamente, da propositura dos interesses difusos em juízo) em um processo jurídico, em consonância com determinada matriz normativa. Depreende-se, portanto, que através desta formulação, transforma-se um conflito social num conflito normativo abstrato.

Este fato vem corroborar a configuração de uma crise, num poder que historicamente está conformado em dirimir conflitos de natureza privada, que se vê, agora, envolvido em situações mais complexas.

---

1. RUIVO, Fernando. "Aparelho judicial, Estado e legitimação" in FARIA, José E. - Op. cit., p. 75. Para este autor a ficção da teoria da separação dos poderes é dupla em se tratando do aparelho judicial, porque se o "poder judicial é algo de ilusório a partir da própria teoria que o alicerça, muito mais confusa se torna a sua configuração e definição a partir do momento em que aceitamos a existência de um enorme abismo entre os conceitos político-jurídicos que dizem reger a atividade estatal e as formas reais de formação, distribuição e exercício do poder político na atualidade. O Estado do capitalismo organizado, apesar das modificações estruturais que, de há um século para cá, se começaram a operar, continua a respirar com os pulmões da teoria democrático liberal do século XIX" (p. 76).



Tal circunstância se dá pela incapacidade técnica-processual, por falta de recursos materiais e recursos humanos e, até mesmo, em função de problemas de caráter ideológico, pois as sentenças advindas do Judiciário implicarão, necessariamente, um posicionamento político, de confirmação ou negação de certos direitos. A ampliação das demandas judiciais, as quais resultam num maior número (volume) de processos que, acrescidos aos fatores anteriormente elencados, estão a colaborar para a incrementação dessa crise.

A expansão da cidadania subalterna de que fala LEFORT,<sup>1</sup> no entanto, não se configura num problema, até o momento, para a realidade brasileira que, infelizmente, tem sua população afastada dos tribunais, devido, sobretudo, à falta de esclarecimentos, de educação e de conscientização acerca dos seus direitos, à imobilização política e até mesmo à existência de um descaso para com o Poder Judiciário, que sempre se apresentou às camadas mais carentes como algo distante, anacrônico, inacessível, considerado como uma instituição pertencente às elites.

Para FARIA, o exercício da função judicial consiste num emaranhado burocrático em virtude da lógica normativo-constitucional e ao formalismo processual, sendo que

"somente para efeitos analíticos é possível diferenciar-se o aparelho institucional (a dimensão funcional) e o aparelho ideológico ( a dimensão

---

1. LEFORT, Claude. A invenção democrática. São Paulo: Brasiliense, 1987.

lógico-sistemática). Graças a essa lógica e a esse formalismo, entre outras palavras, o Judiciário organiza sob a forma de uma estrita hierarquia não apenas as instâncias judiciais, os seus poderes, as suas sentenças e as interpretações em que elas se fundamentam, mas, também, as próprias normas e fontes que conferem autoridade a todas suas decisões".<sup>1</sup>

É necessário, para que se tenha um Poder Judiciário que responda às expectativas da sociedade, a percepção de dois fatos: primeiro, a incrementação de leis que se caracterizem por um novo positivismo, isto é, de um positivismo que retrate as reivindicações populares; o que importa dizer sejam estas novas leis favoráveis à grande maioria dos cidadãos empobrecidos. Em segundo, torna-se imperioso o aperfeiçoamento da estrutura desse poder, tanto no que diz respeito aos recursos materiais, quanto aos recursos humanos. Daí a importância da formação de uma nova magistratura, que seja criativa na atividade judicante, de interpretação e aplicação da legislação social.

Neste último aspecto, poder-se-á dizer que também dentro de um sistema tradicional o juiz é criativo, pois toda interpretação o é. No entanto, neste novo campo que se delinea ao juiz é requerida uma atitude que até então estava fora de sua atividade judicante: fazer das sentenças judiciais um espaço participatório, que tenham um sentido emancipador.

Não há contradição alguma, afirma ANDRADE, quando se defende a tese de que o juiz em sua tarefa de aplicador da lei,

---

1. FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 26-27.

deverá ter por objetivo a defesa das maiorias oprimidas; pois desta forma, "não estará o julgador a beneficiar uma pessoa em particular, mas efetivando justiça material, mediante uma opção de classe".<sup>1</sup> De tal perspectiva não resulta, simplesmente, que a parte menos favorecida no confronto judicial terá ganho automático da causa, mas dará a esta a certeza de que está diante de uma instituição que não se submete servilmente aos comandos dos que detêm o poder econômico-político-social.

No caso específico do Estatuto da Criança e do Adolescente, o seu puro e simples cumprimento já resultaria em grandes avanços; no entanto, vários óbices se colocam de forma a impedir e/ou dificultar a sua efetividade.

Sabe-se que a aplicação de seus dispositivos, cite-se exemplificativamente a primazia no recebimento de proteção e de socorro; a precedência de atendimento nos serviços públicos; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à criança e ao adolescente - art 4º do Estatuto; atendimento especializado à criança e ao adolescente portador de deficiência - art. 11, § 1º e muitas outras garantias que vão desde o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade até as garantias processuais, implicariam um processo revolucionário, pois dariam origem a uma ordem social mais justa, pelo menos com aqueles que representam, tanto nas relações

---

1. ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 88.

sociais quanto processuais, a parte mais frágil, que são a criança e o adolescente.

Em se tratando da legislação de caráter social, a sua efetivação, portanto, é o primeiro grande objetivo dos magistrados que se endereçam pelo caminho do comprometimento social e da crítica.

#### 4.3 - O Poder Judiciário enquanto instrumento de transformação social

"Como tornar o Judiciário permeável aos anseios de uma sociedade que deseja expor seus conflitos, mas também deseja submetê-los a um certo ordenamento legal, com a ajuda de instituições capazes de permitir a convivência ordenada - e não só a repressão desordenada?"<sup>1</sup>

De fato é oportuna a indagação de LOPES e FARIA acima transcrita, em face das transformações por que passa a sociedade, com o advento de novos direitos sociais. No entanto, o Poder Judiciário continua sofrendo as conseqüências de uma apropriação do Estado, e assim, as crises deste (crise de legitimidade) são também as do Judiciário.

LOPES coloca essa questão com muita propriedade, ao

---

1. LOPES, José Reinaldo de Lima & FARIA, José Eduardo. "Pela democratização do Judiciário" in Coleção "Seminários" nº 7. Rio de Janeiro: Apoio Popular/Fase, 1987. p. 15.

afirmar que existem quatro pontos a serem analisados nesta abordagem da inserção do Judiciário no interior do Estado e da sociedade brasileira:

"(1) a complexidade crescente das relações e estruturas sociais e políticas; (2) a ambigüidade de tal complexidade, derivada da hierarquização e sobretudo da profunda divisão de classes; (3) a expansão dos instrumentos de controle social de caráter não-jurídico (pensamos aqui na tecnologia, nos controles informais, nos meios de comunicação de massa, no planejamento empresarial, enfim, em tudo aquilo que faz a sociedade moderna ser uma sociedade de consumo fundada na lógica da acumulação capitalista e no conformismo do consumidor-cidadão); e (4) finalmente o surgimento de um Estado de Segurança Nacional, um pouco em toda parte do mundo, mas com uma história particular no Brasil".<sup>1</sup>

A complexidade a que se refere o autor diz respeito ao fato de que na sociedade brasileira o processo de industrialização promoveu uma série de especializações, quais sejam: regionais, setoriais, o aparecimento de determinados setores econômicos mais desenvolvidos e dinâmicos que outros, a própria divisão entre o campo e a cidade, etc. Complexidade esta que se revela, também, nas relações de produção ante o fato de que conviveram, sob uma única forma de capitalismo, outras espécies de formação social, algumas simples como as familiares, as tribais, até as relações mais complexas, específicas do capitalismo avançado, existente nas cidades que concentram conglomerados industriais. Estas distinções estão interligadas entre si de uma forma muito frágil, caracterizando o que se

---

1. LOPES, José Reinaldo de Lima. "A função política do poder Judiciário" in FARIA, José E. - Op. cit., p. 125.

denomina de "integração social fraca".<sup>1</sup>

Tais diferenças estão intrinsecamente relacionadas com a própria divisão das classes sociais, cujo perfil, rendas, consumos e controle do processo de produção são bastante diferenciados entre si, de modo que a possibilidade de um consenso se torna muito rara e frágil, praticamente impossível nas atuais circunstâncias.

Não há dúvida de que o Estado contemporâneo aqui vigente é totalmente distinto dos Estados da Europa Ocidental. Nestes o Estado resultou de um processo histórico, no qual ocorreram conjuntamente dois avanços: o crescimento do capitalismo e de uma concomitante e específica hegemonia cultural.<sup>2</sup> O Estado foi se moldando como uma resposta de integração da sociedade ao modelo capitalista de produção, integração esta que se deu em meio a revoluções, lutas em defesa de melhores condições e horários de trabalho, pela seguridade social, em favor de melhores garantias de saúde, moradia, educação, acrescido às conquistas no plano político, como por exemplo a ampliação do direito ao voto, caracterizadores de um efetivo exercício da cidadania.

---

1. LOPES, José R. L. - Idem, ibidem.

2. LOPES, J. R. L.- Idem, ibidem. O autor, ao se referir à situação da Europa Oriental, afirma que foi outra a realidade histórica. A longa predominância de uma elite e o fraco crescimento do capitalismo industrial durante quase todo o século XIX, com preponderância do regime agrário, tornou possível o encadeamento de revoluções camponesas de cunho socialista. Essas revoluções "promoveram a modernização e industrialização daquelas sociedades, de cima para baixo, um pouco como aqui. Até hoje, aliás, as revoluções socialistas só se fizeram, como tomada do Estado, em sociedades dominadas pelo campo" (p.126).

No que tange à "ambigüidade", o termo, segundo LOPES, refere-se à conflitividade, que aliás é uma resultante da primeira característica, pois sendo complexas as demandas de diferentes grupos, elas são igualmente contraditórias. É conflitiva a relação entre operários, empresários, coronéis, sindicatos, trabalhadores rurais, pequenos proprietários, grandes latifundiários, políticos, intelectuais, religiosos, grupos étnicos, etc.<sup>1</sup>

Outro ponto a ser considerado é a existência dos meios de controle social que ultrapassam as esferas delineadas pelo direito. LOPES refere-se aos meios de controle preventivo, que têm seu modo de atuar, mais através da persuasão e incentivos do que pela repressão. Estes controles são extremamente eficazes quando as recompensas prometidas se concretizam efetivamente.<sup>2</sup>

A análise da existência de outros meios de controle social faz pensar que os tempos atuais reclamam do Direito a necessidade de que se estabeleçam novos e profundos contatos com as ciências sociais. Sabe-se através da história jurídica que não

---

1. LOPES, J.R.L.- Idem, p. 126.

2. LOPES, J. R. L.- Idem, p. 127. Cite-se a planificação, seja pública seja privada, que é algo de caráter imprescindível para a sociedade atual, a qual tem na administração de interesses conflitantes, condições de chegar a alguns resultados previstos ou previsíveis: "Agora estamos irremediavelmente inseridos numa sociedade planificadora e o pensamento jurídico ainda está preso à idéia de sanção, repressão de desvios etc. Ora, os controles sociais mais eficazes hoje em dia não são exclusivamente os que reprimem comportamentos desviantes, mas os que encorajam os comportamentos planejados, ou seja, estamos em um tempo em que se forja o conformismo do futuro" (p. 127-128).

é a primeira vez que tal fenômeno ocorre, cite-se o Movimento do Direito Livre ou mesmo o descobrimento da Sociologia Jurídica na Alemanha no fim do século XIX; no entanto, a atual crise é mais ampla; não se trata apenas de colocar em questão a sua capacidade de influir nas transformações sociais, como também, de colocar em relevo seus limites no que tange a sua função específica, ou seja, enquanto instrumento de controle social (sentido estrito).

Para BOBBIO<sup>1</sup> pode-se visualizar, nas sociedades industriais avançadas, dois tipos de tendências que caminham no sentido de uma significativa redução da específica função do direito, enquanto meio de controle social:

Primeiro, o direito tradicionalmente caracterizava-se como instrumento desse controle, à medida que se serve de meios coercitivos e repressivos. A novidade que se apresenta neste ponto, é o crescente aumento do uso dos meios de comunicação de massa. Assim, evidencia-se nas sociedades contemporâneas uma espécie de controle social, totalmente diverso do tipo representado pelo direito tradicional; um controle não mais do tipo coativo, senão persuasivo, uma vez que sua eficácia não se relaciona com a força física, mas com um condicionamento psicológico.

Em segundo lugar, nas sociedades tecnologicamente avançadas encontra-se em formação outro importante fenômeno, de

---

1. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Valência: Edição de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando-Editor, 1980. p. 225.



vasta proporção, com capacidade de diminuir o espaço do controle jurídico, ao menos quanto à forma com que este tem sido exercido até o momento. Trata-se, na expressão de BOBBIO, do "controle antecipado"<sup>1</sup>, ou seja, a função preventiva. Esta função também abordada pelo direito, contudo o é somente em face do caráter intimidatório da sanção. Para o autor em análise, entretanto, falar dessa função preventiva, significa visualizá-la inserida num provável desenvolvimento na política social das sociedades avançadas: da repressão à prevenção, através da utilização dos adequados conhecimentos que as ciências sociais estão em condições de oferecer, sobre as motivações das atitudes desviantes e sobre as condições que as tornam possíveis, objetivando, além da eliminação do problema quando já realizado, principalmente evitar a sua ocorrência.

A procura de conhecimentos junto às ciências sociais, tendo por fim uma prevenção dos comportamentos desviantes, implica uma verdadeira revolução quanto ao modelo repressivo de larga tradição no direito. Isto porque tradicionalmente o direito é concebido como um complexo orgânico de leis, preceitos e regras jurídicas das quais derivam todas as normas e obrigações que se destinam aos homens, a fim de que estes as cumpram, compondo, desta maneira, uma série de deveres, dos quais não podem fugir, sob a condição de terem seus comportamentos contrários à lei enquadrados numa determinada punição legal, ou seja, a sanção.

Entende BOBBIO que uma análise funcional do direito,

---

1. BOBBIO, N. - Idem, p. 227.

que queira ter em conta as transformações nele ocorridas, não pode deixar de inserir no estudo da tradicional função protetora - repressiva do direito, a sua função promocional (em face da intervenção do Estado na esfera econômica); essa integração faz-se necessária se se deseja construir um modelo representativo do direito, enquanto sistema coativo, passando-se da concepção deste como simples mecanismo de controle social à concepção do mesmo como forma de controle e de direcionamento social.

No seu estudo, o autor supra citado ressalta a crise no direito, que nas sociedades industrializadas tem seu campo de ação restringido, no que se refere a sua particular função de instrumento de controle social. Além disso, a coação e a repressão típicas do direito passam para um novo tipo de controle: a persuasão, o condicionamento psicológico através dos meios de comunicação de massa.<sup>1</sup>

Na atualidade, os meios de comunicação de massa constituem crescentes e fundamentais elementos. Por um lado, possibilitam a informação em larga escala, reunindo homens e dilatando seus conhecimentos e, por outro lado, o que poderia ser visto como o lado negativo da questão, configura um instrumento com capacidade de moldar padrões coletivos de comportamentos, impondo mudanças de hábitos que não foram amadurecidos pelo corpo social. Poderá ainda prestar-se para o condicionamento a modelos pré-estabelecidos.

---

1. BOBBIO, N.- Idem, p. 128-134, 211, 213, 260-261 e 283-284.

Sobre esse assunto, sustenta POULANTZAS:

"(...) o poder moderno não se basearia na violência física organizada mas na manipulação ideológico-simbólica, na organização do consentimento (...). As origens dessa concepção encontram-se nas primeiras análises da filosofia político-jurídica burguesa, que justamente opunha violência e lei, por ver no Estado de Direito e no reino da lei a limitação intrínseca da violência".<sup>1</sup>

Hoje, a dimensão e a grandeza dos meios de comunicação de massa conduzem à reflexão de seu uso ideológico pelo Estado, desejoso da consecução de certos comportamentos que não o perturbem e que desta feita possam realizar um condicionamento das mentes e atitudes dos governados.<sup>2</sup>

Resta ainda refletir sobre o último aspecto levantado por LOPES na sua análise da sociedade brasileira, qual seja, o Estado de Segurança Nacional.

---

1. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. de Rita Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 87.

Essa compreensão teve sua origem nas abordagens da Escola de Frankfurt (a família substituindo-se à polícia como instância autoritária), e também com MARCUSE e P. BOURDIEU, com o desenvolvimento da teoria da violência simbólica, na qual se entrevê um declínio da violência estritamente física.

2. Segundo MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Trad. de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Inês de Caldas de Moura. Brasília: UnB, 1982, p. 20, as ideologias são um conjunto de idéias e crenças orientadas para a ação. Estas idéias podem ao mesmo tempo ser compartilhadas por muitos que agem conjuntamente ou podem ser influenciadas a terem uma determinada atitude visando alcançar certos fins. Não pode ser ainda descuidada a concepção de POULANTZAS, N. - Op. cit., p. 33, de que a ideologia não significa apenas um sistema de abstrações; pois implica também um conjunto de práticas materiais que incidem sobre os hábitos, costumes, influindo sobre o modo de vida das pessoas e desta maneira "se molda como cimento no conjunto de práticas sociais, aí compreendidas as práticas políticas e econômicas".

Por que interessa falar desta matéria e qual a sua interligação com o Poder Judiciário?

O Estado autoritário, implantado com o Golpe de 19 de abril de 1964, teve implicações político sociais de grande porte na sociedade brasileira. Neste contexto o Judiciário foi atingido drasticamente, pois foi submetido à doutrina de segurança nacional quando da exegese da aplicação dos atos institucionais. A atribuição da Justiça durante todo o período autoritário foi determinada por princípios que não tinham outra origem senão a subversão ocasionada pela intervenção militar na sociedade civil.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, suprimiu do Judiciário a competência do julgamento dos atos oriundos da Presidência da República, do Conselho de Segurança Nacional ou da Junta Militar de 1969. Este Ato que de fato nem precisava ter sido editado, tendo em conta que desde 1964 o Supremo Tribunal Federal acatara o rompimento da ordem constitucional de 1946. No entanto, o referido Ato Institucional foi prolatado, haja vista o risco de algum ministro de Supremo ou juízes de outras instâncias criarem óbices no reconhecimento de atos de validade duvidosa.<sup>1</sup>

A Constituição liberal de 1946 recebeu uma série de emendas até sua substituição total pela Carta Política de 1967, a qual, de igual forma, foi objeto de emendas segundo as

---

1. LOPES, José R.L. "A função política do Poder Judiciário" in FARIA, J. E. - Op. cit., p. 128-129.

conveniências do sistema implantado, para ser, em 1969, substituída por outro texto imposto pela Junta Militar. Tal ocorreu depois de posto em recesso, pelo Ato Complementar n. 38, de 13 de setembro de 1968, o Congresso Nacional. A própria Emenda Constitucional n. 1/69, foi objeto de alterações no decorrer do tempo.<sup>1</sup>

Disso se apreende que o Judiciário, apesar de algumas poucas reações dentro do Supremo Tribunal Federal, que resultou no afastamento de cinco ministros, sujeitou-se e até mesmo legitimou os disparates do Governo autoritário, submetendo-se à intromissão do Poder Executivo nas suas funções mais específicas, que são as de dizer do direito.

A edição da legislação autoritária, a qual BICUDO denomina de "disfarçado legalismo", era uma forma que os

---

1. Descreve BICUDO, Hélio. *Segurança Nacional ou submissão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984. p. 39, que "para que se tenha uma idéia desse verdadeiro disparate institucional, de 1964 a 1967, foram editados quatro atos institucionais: o de número 1, de 9 de abril de 1964, estabelecendo eleições indiretas para a presidência da República, suspendendo garantias constitucionais, restringindo o controle jurisdicional dos atos presidenciais e estabelecendo alterações a propósito da iniciativa e tramitação no Congresso Nacional de matéria de natureza financeira; o de número 2, de 27 de outubro de 1965, introduzindo profundas modificações na Constituição então vigente; o de número 3, de 3 de fevereiro de 1966, voltando as eleições diretas para as governanças dos Estados; e o de número 4, de 7 de dezembro de 1966, que previa a convocação do Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto de constituição apresentada pelo Presidente da República e que se converteu na carta de 1967. Tudo isso, entremeado de emendas constitucionais e atos complementares, as primeiras em número de vinte e uma, e os segundos em número de trinta e três.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1967, com fundamento no ato institucional nº 2, foram, ainda, baixados mais quatro atos e duas leis complementares".

representantes do poder militar no Brasil encontraram de não entrar em combate explícito com o Poder Judiciário, tanto que nos raríssimos casos em que houve resistência ao cumprimento das decisões advindas deste último, procuravam evitar o confronto servindo-se, por exemplo das justificativas institucionais, ou então simplesmente alteravam a base legal dessas decisões de forma a torná-las inoperantes. Ressalta ROSA que no entanto sempre tentaram "obter a aprovação judicial para os seus atos, numa como que busca de legitimidade profundamente significativa".<sup>1</sup>

Convém colocar que anteriormente ao golpe, o Poder Judiciário brasileiro tinha como fonte de seu prestígio a atuação das Justiças estaduais. Eram estas competentes na aplicação da lei, bem como decidiam acerca dos problemas que surgiam entre os Municípios, os Estados e a União - nas relações entre si e entre os cidadãos; tinham inclusive a tarefa de julgar os crimes que atentassem contra a segurança do Estado. O sistema militar destruiu esta organização, começando por criar uma Justiça Federal de primeira instância, a qual possuía a incumbência de processar e julgar causas civis e criminais, qualificadas como de interesse da União, segundo o que preceituavam os artigos 119, da Constituição Federal de 1967 e 125, da Emenda Constitucional n. 1/69.

Este processo de "especialização" teve seu ponto

---

1. ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Justiça e autoritarismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 60.

culminante com a ampliação de competência da Justiça Militar. Esta Justiça consiste num sistema de tribunal de guerra ou de disciplina militar, que no entanto, passou a julgar civis, como uma forma de reprimir os "crimes" contra a segurança nacional ou às instituições militares, conforme prescrevia os artigos 122 da Carta de 1967 e 129, § 1º, da Emenda Constitucional n. 1/69.<sup>1</sup>

O Supremo Tribunal Federal cristalizara, entretanto, a Súmula n. 297, a qual determinava que "oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles", portanto, seria inaplicável o Código Penal Militar quando o delito a ser apurado tivesse sido praticado em funções de policiamento, as quais são essencialmente civis. Esses casos, portanto, seriam julgados pela Justiça Comum.

Em 13 de abril de 1977, foi editada a Emenda Constitucional n. 7, conhecida por "pacote de abril", a qual

---

1. A Justiça Militar consistiu no primeiro ramo especializado da Justiça Federal e a sua competência concerne aos "crimes militares", conceito este extremamente ambíguo e abrangente, cf. art. 9º do Código Penal Militar. Esta competência é determinada exclusivamente em razão da matéria, processando e julgando os crimes definidos no Código Penal Militar, o qual também adveio do período pós-64, através do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Convém salientar que existem manifestações contrárias a tal sistema, como o é a posição de Hélio Bicudo, que entende que as atividades de policiamento, sejam civis sejam militares, devem ser julgadas pela Justiça comum e, portanto, perderem a prerrogativa de uma Justiça especial. Assim, a Justiça Militar deveria se ater aos crimes tipicamente militares, como é o caso da insubordinação (cf. "Projeto sobre Justiça Militar pode ser alterado". Folha de São Paulo, Cotidiano, fl. 4 - 2, domingo, 4 de julho de 1993).

introduziu várias modificações na Emenda Constitucional n. 1/69. Uma delas deu nova redação ao art. 144, § 1º, alínea "d", de modo que facultou aos Estados criar suas próprias Justiças Militares, incumbidas de "processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares".

Esse novo texto na realidade não alterara a situação anterior, devendo os militares no cumprimento de suas funções específicas - não civis - serem julgados por esta Justiça especializada. Mas foi suficiente para que o Supremo Tribunal Federal, afirma BICUDO, "não se sabe bem por que (mas pode-se imaginar), se apressasse em rever a antiga súmula, passando a atribuir caráter militar aos crimes praticados pelo policial militar, independentemente da natureza civil ou militar da função que estivesse desempenhando ou do bem jurídico lesado".<sup>1</sup>

Salienta, ainda, BICUDO:

-----

1. BICUDO, H.- Op. cit., p. 75. Relata ainda o autor: "O entendimento errôneo do texto constitucional impede que a Justiça Comum tenha qualquer participação na apuração e punição dos delitos cometidos por policiais militares no exercício de funções civis, como as de policiamento. E, a propósito, deve-se assinalar o fato de que, em São Paulo, um juiz de direito, que procurava informar-se junto à Polícia Militar sobre esse número alarmante de delitos (havia denúncias que no ano de 1982 ocorreram mais de quatrocentos assassinatos pela "Rota"), foi desautorado publicamente pelo próprio corregedor geral de Justiça, no caso, da Justiça Comum, numa demonstração irretorquível, por parte deste último, de que a Justiça Comum, ou seja, o Poder Judiciário Estadual se imobilizara diante da interpretação capciosa de um texto de direito positivo. Isto, quando, na verdade,urgia que se batalhasse corajosamente para conseguir que se desse a esse mesmo texto a melhor interpretação, na linha da que antes era dada pelo Supremo Tribunal Federal" (p. 76).



"As auditorias militares, a nível dos Estados, e o Superior Tribunal Militar, como segunda instância, respondem pelo processo e pela condenação de inúmeros brasileiros, cujo único delito foi o de buscar os caminhos da liberdade para este sofrido povo.

Na verdade, os tribunais militares, de primeira ou segunda instância, são o principal instrumento de repressão propiciada pela Lei de Segurança Nacional".<sup>1</sup>

Entende LOPES que essa transferência de jurisdição não teria acontecido se os tribunais civis tivessem frontalmente resistido a tal anomalia jurídico-institucional e se declarado competentes para o julgamento de militares em atividades civis. Não resta dúvida de que "pelo menos não teria sido tão fácil como foi. A história mostra que isto não ocorreu. Com muita tranqüilidade os casos foram encaminhados à Justiça Militar".<sup>2</sup>

Retomando especificamente o tema das transformações por que passa ou deverá passar o Poder Judiciário, tendo em vista o surgimento de uma legislação eminentemente social, deve-se ter em conta que, diferentemente do que acontece com os direitos individuais, para cuja proteção do Estado é tão-somente pedido que não se permita a violação daqueles, já os direitos sociais, como o direito ao trabalho, moradia, educação, assistência médica, exigem uma ação permanente do Poder Público, ou seja, a implantação de políticas sociais que assegurem melhores condições de vida para a população num todo.

---

1. BICUDO, Hélio. - Idem, p. 71.

2. LOPES, José Reinaldo de Lima. "A função política do poder Judiciário" in FARIA, José E (org.).- Op. cit., p. 128-129.

Neste contexto o magistrado se depara com causas que é chamado a decidir, cujas partes estão numa situação de desigualdade real e concreta.

Críticas surgem no sentido de que o Poder Judiciário, nessas questões, é paradoxalmente o local em que não são resolvidos os problemas, pois não é incomum que na defesa de direitos humanos, no combate à discriminação, em problemas entre posseiros e proprietários de terras, por exemplo, quando levados à apreciação do Judiciário, sejam utilizados todos os instrumentais para evitar as suas sentenças. Nesse sentido comenta FALCAO:

"As contradições internas de ordem legal e a ineficiência operacional crônica do Judiciário podem, e têm sido, instrumentalmente úteis na defesa das maiorias sociais, dos ocupantes de terra, ou dos camponeses. Não raramente alguns juizes colaboram para adiar indefinidamente as sentenças. Pois têm consciência de que a sentença pode agravar o conflito social ou político.<sup>1</sup>

---

1. FALCAO, Joaquim de Arruda. "Democratização e serviços legais" in FARIA, J. E. - Op. cit., p. 150. O autor ainda coloca que enquanto a atual estrutura do Poder Judiciário não se aperfeiçoar, é preciso que se dificulte o "funcionamento nos casos onde prevalece a legislação autoritária ou ditatorial. Isto não significa ser contra o poder Judiciário, mas justamente ao contrário. Justamente porque a defesa dos direitos humanos e o combate às discriminações sociais necessitam e acreditam no poder Judiciário, importa é transformar o poder Judiciário. Fazê-lo funcionar a favor da maioria dos latinos-americanos. E não contra eles. Para poder ser a favor do poder Judiciário, como instituição democrática, é necessário combater a eventual prática judicial ideologicamente autoritária e administrativamente ineficaz que a maioria dos cidadãos ainda experimenta na América Latina" (p. 151).

#### 4.4 - A questão da Administração da Justiça

Na atualidade, as sociedades marcadas por um intenso processo de transformação, como o é a brasileira, são caracterizadas por uma explosão de litigiosidade, fruto da mudança sofrida pela própria sociedade, que se transmuda de individualista para de massa. Tal fato decorre da crescente complexidade sócio econômica que a envolve, o que resulta na chamada "crise da Administração da Justiça", que se dá, mais especificamente, a partir dos anos 60.

Como já foi colocado no capítulo 1., item 4, a consolidação do Estado do Bem-Estar Social determinou, conseqüentemente, a ampliação dos direitos sociais e, por intermédio destes, outorgou-se às classes operárias a possibilidade de participarem de algo para o qual estavam anteriormente marginalizadas, o consumo.

Esta integração, diz SANTOS, fez com que os litígios oriundos desses novos direitos sociais se tornassem por sua vez conflitos jurídicos cuja solução deveria ser dada, em princípio, pelos tribunais. Exemplo disso, são as demandas judiciais decorrentes da relação de trabalho, segurança social, habitação, entre outros.<sup>1</sup>

Esta explosão de litigiosidade veio a tornar explícito

-----

1. SANTOS, Boaventura de Souza. "Introdução à sociologia da administração da Justiça" in FARIA, J. E. - Op. cit., p. 43.

que a administração da Justiça não estava preparada para dar a solução desejada por aqueles que ingressavam no Judiciário.

No início da década de 70, período que marca o fim da suposta expansão econômica e o início de uma recessão que se prolonga até hoje, o Estado sofreu uma redução de seus recursos financeiros. Esta razão veio corroborar a impossibilidade de dar prosseguimento às políticas sociais assumidas para com as classes populares na década anterior. Tal crise financeira do Estado teve repercussões nas mais variadas atividades por ele desempenhadas. Esta incapacidade também se refletiu na impossibilidade de crescimento de serviços da administração da Justiça, de sorte a oferecer um atendimento judiciário em consonância com o aumento de confrontos verificados.<sup>1</sup>

Inegável é o fato de que a imposição autoritária do regime implantado no país surtiu também efeitos no plano político-social.

Quando os militares tomaram efetivamente o poder, realizaram algumas medidas de caráter social com o intuito de

---

1. SANTOS, B. de S.- Idem, p. 44. Complementa o autor que deste processo resultou mais um fator que veio a se somar na crise da administração da Justiça: "A visibilidade social que lhe foi dada pelos meios de comunicação social e a vulnerabilidade política que ela engendrou para as elites dirigentes esteve na base da criação de um novo e vasto campo de estudos sociológicos sobre a administração da justiça, sobre a organização dos tribunais, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre as motivações das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais dos vários setores da administração da justiça, sobre o custo da justiça, sobre os bloqueamentos dos processos e o ritmo do seu andamento em suas várias fases".

minimizar a insatisfação do povo brasileiro, em vista da ameaçadora ditadura que bloqueou as manifestações políticas da população e também em decorrência do arrocho salarial.<sup>1</sup>

Sob este prisma, a política social deixou de ser um mero reboque das medidas da política econômica, passando a ter um lugar privilegiado no planejamento nacional. Exemplos disso são a FUNABEM (Fundação do Bem-Estar do Menor), o BNH (Banco Nacional de Habitação), os quais se configuraram como instrumentos de racionalização e eficiência face aos graves problemas sociais, assim, a dimensão social do planejamento estatal destacou-se como um mecanismo de controle da sociedade civil, sobretudo a partir de 1964.

O governo militar, ao tomar o poder civil, passa a discursar de forma que tornasse claro que ele, enquanto governo, sensibilizou-se com as questões sociais, cite-se o drama da infância e adolescência brasileira. Isso tornava necessária, portanto, a definição de uma política nacional e a criação de um órgão que projetasse as linhas dessa nova política a serem aplicadas nos Estados federados.

A partir do momento em que a questão da criança e do adolescente adquire *status* de problema social, sobre eles recaem

---

1. Segundo o DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Sócio-Econômico, entre 1958/1969, o número de pessoas trabalhando nas famílias dobrou, porém, neste mesmo período, o salário do chefe de família decresceu em 36,5%, enquanto o custo de vida aumentou drasticamente (cf. VIANA, Luzia. "Criança brasileira: sinal fechado" in *Módulo*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 45, fev. 1980.

os preceitos da ideologia de segurança nacional. A **PNBEM** (Política Nacional do Bem-Estar do Menor) tem assim toda a sua estrutura autoritária resguardada pela **ESG** - Escola Superior de Guerra.<sup>1</sup>

#### 4.4.1 - A sociologia judiciária

No campo da sociologia judiciária<sup>2</sup>, a colocação da

1. Comenta JUNQUEIRA, Lia. **Abandonados**. São Paulo: Iconê, 1986. p. 35: "Para proteger a Segurança Nacional muitas vidas foram prejudicadas e, na realidade, os controlados deste País não participaram de nenhum projeto que resultou no Brasil de hoje, com seus desempregados, com seu salário-mínimo, com sua falta de escola, com a sua falta de assistência à saúde, com suas dívidas, quer externa como interna. Para garantir a Segurança Nacional, acredito que outras pessoas deveriam ter sido institucionalizadas, não nossas crianças, filhos da pobreza".

2. SANTOS, Boaventura de Souza. "Introdução à sociologia da administração da justiça" in FÁRIA, J.E.- Op. cit., p. 49. A sociologia da administração da justiça tem analisado os obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à Justiça pelas camadas populares. Isso significa que quanto menor é o nível social dos cidadãos, maior é a distância em relação à administração da Justiça. Segundo o autor a "discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes do processo de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio do acesso à justiça não pode deixar de se refletir nas inovações institucionais e organizacionais que um pouco por toda a parte foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias entre justiça civil e justiça social verificadas" (p. 49).

BOAVENTURA indica três grandes grupos temáticos quando analisa a sociologia judiciária: o "acesso à justiça; a administração da justiça enquanto instituição política e organização profissional, dirigida à produção de serviços especializados; a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução existentes na sociedade" (cf. p. 45 e seguintes). No plano da presente tese, o primeiro ponto está sendo analisado no Capítulo 1, o segundo neste Capítulo 4 e o último, no Capítulo 5.

administração da Justiça como instância política foi, em sua fase inicial, fruto de análises de cientistas políticos que entendiam ser os tribunais, explica SANTOS, um subsistema do sistema político global,

"partilhando com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes subsistemas".<sup>1</sup>

Um entendimento deste suporte resultou em duas importantes conseqüências: primeiro, os juizes tornaram-se o centro do enfoque analítico. Os seus comportamentos, os tipos de decisões e as justificativas nelas inseridas, passaram a ser uma variável dependente, cuja aplicação se tentou correlacionar com variáveis independentes, do tipo - origem de classe, idade, formação profissional e, sobretudo, sua ideologia política e social. Em segundo lugar, teve a difícil tarefa de desmistificar a idéia tradicional de que a administração da Justiça consistia em algo neutro, realizada por um juiz que acima e equidistante dos interesses das partes envolvidas no litígio, realizava justiça.

De fato, comenta FARIA, esta nova abordagem vem destruir a visão simplista que reduzia a administração da Justiça à "administração da lei", por um poder que se deixava passar por

---

1. SANTOS, Boaventura de S. - Idem, p. 51.

"neutro", "imparcial" e "objetivo". Esta matéria torna-se ainda mais interessante quando, em face dos conflitos coletivos, uma grande parcela de cidadãos começa a ter acesso a este poder que até então era privilégio de algumas pessoas, grupos e classes sociais. Verifica-se, portanto, que os tribunais consistem num espaço para as lutas emergentes dos movimentos sociais e populares, bem como tornam possível a reintrodução do direito positivado no interior das interações sociais, "na medida em que os juízes podem exercer um papel fundamental na adequação de novos procedimentos formais à formulação de uma nova *vontade coletiva* - isto é, à produção de um novo *sentido de ordem*".<sup>1</sup>

Assim, neste novo campo que se configura, há a possibilidade do surgimento de um direito legítimo e original, mais preocupado com questões de justiça substantiva do que simplesmente com discussões em torno da legalidade, de modo a suscitar um diálogo mais aberto entre os que operam no sistema jurídico e os que dele se utilizam.<sup>2</sup>

Ainda no plano da sociologia da administração da Justiça, SANTOS entende que para a criação de uma *nova política judiciária* faz-se necessária a democratização desta administração, a qual é um aspecto básico para que se garanta a democratização da vida social, política e econômica. Isso se dará, primeiramente, em aspectos relacionados com a constituição

---

1. FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 107.

2. FARIA, J.E.- *Idem*, *ibidem*.



interna do processo, isto é, dependerá de uma participação mais dinâmica dos cidadãos, tanto individualmente quanto em grupos organizados, na administração da Justiça; simplificação dos atos processuais; incentivo à via conciliatória; aumentos dos poderes dos juizes; ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir.<sup>1</sup>

Um segundo passo seria a criação de serviços jurídico-sociais, que viabilizassem a igualdade de acesso ao Poder Judiciário dos mais diversos estratos da sociedade. Estes serviços, que seriam geridos pelo Estado e autarquias locais, receberiam a cooperação das organizações profissionais e sociais, não se limitariam à eliminação dos obstáculos econômicos, mas também teriam a função de suprimir óbices sociais e culturais, através de um processo de esclarecimento sobre quais são os direitos dos cidadãos, sobretudo os de criação mais recente. Tal fato poderia ser viabilizado através de consultas individuais e/ou coletivas, que poderiam servir-se dos meios de comunicação social, do próprio local do trabalho, das escolas; enfim, em todo e qualquer ambiente que permita atingir seu objetivo: a conscientização.<sup>2</sup>

Para o autor citado, estas medidas de democratização, embora relevantes e amplas, têm uma dimensão limitada. Isso porque a desigualdade da proteção dos interesses sociais das mais

---

1. SANTOS, Boaventura de Souza. - Op. cit., p. 56.

2. SANTOS, B. de S. - Idem, ibidem.

distintas classes e grupos sociais está consolidada no próprio ordenamento jurídico (direito substantivo). Dessa forma a "administração da justiça mesmo se plenamente realizada não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade"<sup>1</sup>.

No Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem se desencadeado um processo legislativo tendo em mira uma maior garantia para as classes trabalhadoras. O Estatuto da Criança e do Adolescente, não só serve como exemplo desta legislação, que surgiu em decorrência destes direitos sociais, previstos na Lei Maior, como também tem possibilitado melhores condições no âmbito da seguridade social e da qualidade de vida, questões que dizem respeito diretamente às classes médias, como é o caso do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Infelizmente, no entanto, grande parte dessa legislação não vem sendo aplicada, de sorte que a luta pela democratização do direito no Brasil, possui dois pólos: é ao mesmo tempo uma batalha em favor da aplicabilidade da legislação social, como também, uma luta por transformações, quando da existência de leis que de uma forma ou de outra prejudicam a população, sobretudo as mais carentes, proposta esta defendida pelo

---

1. SANTOS, B. de S. - Idem, ibidem.

*movimento do uso alternativo do direito.*<sup>1</sup>

SANTOS considera, ainda, que a maior contribuição que a sociologia para a democratização da administração da Justiça tem a dar, consiste em justamente demonstrar, segundo critérios experimentais, que não bastam reformulações no âmbito processual ou até mesmo a ampliação do direito subjetivo, as quais não terão resultados significativos se não forem associadas a outros dois tipos de reformas: primeiro, mudanças na organização judiciária só poderão ter algum efeito na democratização da Justiça, se ela mesma se democratizar. Neste caso, tal democratização deve estar em sintonia com a racionalização da divisão do trabalho, com uma

---

1. A expressão *uso alternativo do direito*, afirma WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 66: "faz-se representar desde a década de 60, por inúmeros magistrados integrantes da *Magistratura Democrática*, corrente dissidente no interior da *Asoziacione Nazionale Magistrati*. Além de editar duas importantes revistas (*Magistratura Democrática* e *Quale Giustizia*), aglutina o interesse de alguns dos mais importantes juristas críticos e antidogmáticos da Itália, tais como: Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturi, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, etc. Destarte, o reconhecimento de seu crescente significado permite aferir que os influxos do movimento crítico italiano se difundiram e encontraram eco entre os juristas e os magistrados da Espanha (Nicolás López Calera, Modesto Saavedra López e Perfecto André Ibañez) e da Alemanha (Ulrich Mückenberger, Dieter Hart)".

A proposta básica deste movimento consiste em ampliar os espaços do direito. Este passa a ser colocado à disposição do cidadão comum, assistindo-o efetivamente, orientando-o no sentido da emancipação, o que na visão de LOPES, Modesto Saavedra. **Interpretación del derecho y ideología: elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica**. Granada: Universidade de Granada, 1978, importa numa cultura e numa prática jurídica alternativa às dominantes, sem que haja um rompimento com a legalidade estabelecida, de modo a privilegiar no plano jurídico, sobretudo no judicial, os interesses das pessoas que se encontram submissas por relações de dominação.

nova gestão dos recursos, do tempo e da capacidade técnica.<sup>1</sup>

Em segundo, fazem-se necessárias, também, transformações quanto à forma de recrutamento dos magistrados e de sua formação (questão esta que será debatida neste capítulo, no item 5). Torna-se, assim, imprescindível que as novas gerações de juizes tenham conhecimentos multidisciplinares - economia, sociologia, política, psicologia, etc, enfim, compreender a sociedade num todo e a administração em particular.<sup>2</sup>

Entende RUIVO que, para a efetiva democratização da Justiça, além das questões como a simplificação, desburocratização e a valorização do papel do juiz, é necessária, também, a participação de leigos na administração da Justiça, tornando cada cidadão mais responsável pelos valores "direito" e "justiça", ao mesmo tempo em que se faz necessária a ampliação dos quadros da judicatura. E por outro lado, advoga o autor citado a tese de uma unidade do sistema administrativo, que permitiria desobstruir o juiz de tarefas que não lhe são

---

1. SANTOS, Boaventura de Souza. - Op. cit., p. 60.

2. SANTOS, Boaventura de Souza. - Idem, ibidem. Conclui o autor: "É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso, (...) vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos de maior se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a idéias sociais e políticas disponíveis na sociedade. Daqui resultará uma certa fratura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico, mas sim como fisiológico. Essas fraturas e conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça".

específicas, ou seja, que não se relaciona com sua atividade decisória, pois para tanto também é preciso que se lhe forneçam os meios informáticos. Afirma o autor citado, que se trata, nesse caso, "de adequar o aparelho judicial à evolução do social, fazendo apelo à formação dos seus elementos e conseqüente modernização".<sup>1</sup>

#### 4.5 - O novo papel do juiz

Entende FARIA que, dentro de um contexto de mutação social e democratização política, torna-se imperiosa, por sua vez, a mudança do magistrado "num legislador ativo e criativo, consciente de que a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnica, devendo ser concebida como instrumento para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa".<sup>2</sup>

Quando se adentra esta questão de se saber quais as responsabilidades dos que manuseiam a Justiça, numa sociedade

---

1. RUIVO, Fernando. "Aparelho judicial, Estado e legitimação" in FARIA, J. E. - Op. cit., p. 83.

2. FARIA, José Eduardo. "Ordem legal X Mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado" in FARIA, J. E. (org.). - Op. cit., p. 96.

mutante, de imediato surge o tema da formação dos juristas.<sup>1</sup> De fato, este talvez seja o eixo fundamental desta análise, pois como se poderá falar em mudanças no Poder Judiciário, se seus agentes continuam sendo formados na tradição normativo-formalista da dogmática jurídica, que se ocupa com aspectos lógico-formais da validade da norma, numa alienante tarefa de submeter os fatos à prescrição legal, totalmente distante da sociedade, fazendo-se passar por despolitizados, quando se sabe que esta posição é totalmente falsa? Pois esta despolitização não existe, ao contrário, é um sucedâneo de valores que foram determinados pelo sistema dominante, que cultiva a segurança do direito e da ordem e por conseguinte da classe dominante que se serve do Judiciário, enquanto aparelho de coerção e de repressão social.

Dos atores jurídicos e especificamente da magistratura, espera-se que, uma vez tendo uma formação multidisciplinar e ampliado os poderes decisórios, tenham, por sua vez, a responsabilidade de remodelar, partindo das próprias contradições existentes na sociedade, "os conceitos fechados e tipificantes dos sistemas legais vigentes"<sup>2</sup>. Caso isto não venha a acontecer, há o risco da "magistratura ver progressivamente esgotada tanto a operacionalidade quanto o acatamento de suas decisões face a

---

1. Para um aprofundamento dessa questão ver FÁRIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987; ARRUDA JR., Edmundo Lima. *Ensino jurídico e sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1989 e LOBO, Paulo Luiz Neto (coord). "Ensino jurídico - OAB" in *Anais da XIV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: Conselho Federal da OAB, set. 1992, p. 285-306.

2. FÁRIA, J. E. "Ordem Legal X Mudança social" in FÁRIA, J.E. (org.) . - Op. cit., p. 105.

expansão de conflitos coletivos"<sup>1</sup>

Numa sociedade tangenciada por confrontos de interesses e, sobretudo, por conflitos e estilos culturais excludentes, que estão a envolver novos sujeitos (dos quais já se falou nos capítulos 2 e 3), os quais são portadores de necessidades e de demandas que não se encaixam nas categorias até então existentes, a magistratura, segundo FARIA, tem o desafio de:

"(a) ver a si própria como catalisadora de estruturas sociais radicalmente contraditórias; (b) reconhecer a natureza não-racional da aplicação da lei; (c) identificar a incapacidade da *dogmática jurídica* de oferecer esquemas interpretativos rigorosamente objetivos, imparciais e *universais*, e (d) substituir suas técnicas hermenêuticas de caráter lógico-dedutivo por abordagens mais abrangentes, de natureza problematizante e *construtiva* - sempre na consciência de que, por causa da inequívoca dimensão política de todo ato adjudicante, os limites dos intérpretes não são apenas limites jurídicos, mas, igualmente, limites de fato".<sup>2</sup>

Esses desafios exigem que o novo juiz rompa o formalismo legalista das concepções tradicionais do direito, que tenha uma abordagem multidisciplinar, como também uma reflexão crítica no ato de interpretação das leis e dos fatos concretos que chegam as suas mãos. Uma verdadeira transformação que implicaria uma atitude compromissada com a realidade, como diria FREIRE:

"Compromisso com o mundo, que deve ser humanizado para a humanização dos homens, responsabilidade com

---

1. FARIA, J.E. - Idem, *ibidem*.

2. FARIA, J. Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. - Op. cit., p. 152-153.

estes, com a história. Este compromisso com a humanização do homem, que implica uma responsabilidade histórica, não pode realizar-se através do palavratório, nem de nenhuma outra forma de fuga de mundo, da realidade concreta, onde se encontram os homens concretos. O compromisso, próprio da existência humana, só existe no engajamento com a realidade de cujas *águas* os homens verdadeiramente comprometidos ficam *molhados*, ensopados. Somente assim o compromisso é verdadeiro. Ao experienciá-lo, num ato que necessariamente é corajoso, decidido e consciente, os homens já não se dizem neutros. A neutralidade frente ao mundo, frente ao histórico, frente aos valores, reflete apenas o medo que se tem de revelar o compromisso. Este medo quase sempre resulta de um *compromisso* contra os homens, contra sua humanização, por parte dos que se dizem neutros. Estão *comprometidos* consigo mesmos, com seus interesses ou com os interesses dos grupos aos quais pertencem. E como este não é um compromisso verdadeiro, assumem a neutralidade impossível".<sup>1</sup>

De fato, uma vida descompromissada com os novos direitos e garantias sociais, e mesmo a percepção da ineficácia da prestação jurisdicional em muitos casos, fazem com que o magistrado perca a sua identidade, tornando-se um mero funcionário hierarquizado, distante das lutas, das exigências do mundo social em que vive.

#### 4.5.1 - O grau de participação do juiz

A ousadia de, enquanto poder do Estado, diz WOLKMER, o Judiciário de maneira democrática conseguir refletir os novos

-----

1. FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 18-19.



caminhos que se expandem na sociedade, na qual pouco a pouco esvai-se a cultura legalista, estará realmente construindo um "judiciário orgânico, dialeticamente compromissado na implantação de um novo sistema sócio-político hegemônico, tipificado pela reabsorção da sociedade política pela sociedade civil, numa superestrutura sem antagonismo de classes"<sup>1</sup>, retratando, portanto, um poder desmistificado e compromissado com as mutações sociais.

É importante considerar que os direitos sociais, explica CAPPELLETTI, que não têm uma natureza puramente normativa, são por assim dizer *promocionais* e projetados para o futuro, o que resulta, conseqüentemente, numa intervenção por parte dos Estado que se prolonga no tempo. O papel do juiz, enquanto protetor desses direitos, não pode, limitar-se a decidir estaticamente sobre o que é legítimo ou ilegítimo, justo ou não. Muito pelo contrário, é da responsabilidade do juiz analisar, questionar, decidir se determinada atividade estatal está cumprindo os programas pré-estabelecidos e se estas se alinham com os ditames da legislação social; cabe ainda indagar acerca da inércia do Estado frente a questões que estão por exigir ações específicas, e fazê-lo cumpri-las.<sup>2</sup>

De fato, para o magistrado torna-se imprescindível uma

---

1. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 154.

2. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?*. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 22.

consciência crítica. Não há como isolar-se em seu gabinete, escondendo-se por de trás de pilhas e pilhas de processo - o que por si só já é um trabalho por demais desgastante -, alheio às forças conflitantes a nível de infra-estrutura.

Ao juiz, portanto, não basta o cumprimento estrito da norma, há que se questionar a sua legitimidade, na perspectiva de adequá-la ao contexto social. A posição de criar o direito, e de, quando necessário, construir sentenças mais justas, pode ser considerado com um processo de renovação do próprio Judiciário. A propósito, afirma CARLIN:

"E ser justo é julgar conforme a escala de valores comumente admitida pela sociedade em certa época, de tal maneira que a decisão seja reconhecida como boa pelo maior número de pessoas. Julgar contra a *consciência* popular pode constituir-se em ato injusto, como o é a interpretação da lei distanciada da época vivida".<sup>1</sup>

É da competência da chamada "magistratura alternativa", afirma ANDRADE, a construção de um espaço no qual o magistrado teria condições de fazer da judicatura uma tarefa transformadora, de agente histórico a defender interesses da comunidade, de sorte que todo o seu trabalho - desde os despachos às sentenças -, contemplem um efetivo compromisso ético com a moral e com a justiça popular.<sup>2</sup>

---

1. CARLIN, Volnei Ivo. "O juiz e sua consciência: o que é ser justo?" in *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, v. 12, n. 45, p. 49, jul/set. 1984.

2. ANDRADE, Lédio Rosa. *Juiz alternativo e poder judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 86.

O grau de participação do juiz, no decorrer do processo, está relacionado com a própria essência deste último. O processo que tenha um caráter publicista, presente nos sistemas políticos-constitucionais caracterizados pela procura de realização da justiça social, exige uma atuação positiva e constante do magistrado.

Um dos marcos desta característica do sistema processual da atualidade está na crescente "escalada inquisitiva", na expressão de DINAMARCO, para o qual o estilo publicista "não poderia chegar ao ponto de autorizar o exercício espontâneo da jurisdição, nem de substituir as iniciativas instrutórias das partes pelas do juiz; mas, para a efetividade jurídica social e política do processo, algumas mitigações a esse imobilismo do agente jurisdicional vão sendo estabelecidas".<sup>1</sup>

Nessa perspectiva é salutar a presença do juiz influenciando no encaminhamento do conflito, e dentro de uma estrutura que permita a informalidade, o magistrado deve tentar a conciliação. Salienta ainda o autor supra, que o contato do juiz com as partes envolvidas no conflito não está adstrito às audiências, mas a

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 287. Acrescenta o autor: "Os casos de jurisdição exercida *ex officio* são raríssimos. O sistema impõe ao juiz criminal, todavia, um grau de cooperação com o Ministério Público na iniciativa da persecução penal, ao determinar que provoque a manifestação do Procurador-Geral da Justiça quando não concordar com o pedido de arquivamento de inquérito policial; manda também, que todo juiz encaminhe cópias de autos ao *Parquet*, sempre que em algum processo vislumbrar a prática de infração criminal. Não se trata de funções de natureza jurisdicional, mas são atividades administrativas acessórias à jurisdição, exercidas pelo agente desta e com vistas ao seu possível exercício futuro".

qualquer momento, se assim julgar necessário. No entanto, o dispositivo constante no art. 342 do Código de Processo Civil, que prescreve tal autorização, "não tem tido aplicação em graus perceptíveis, o que é de se debitar ao criticado imobilismo dos órgãos jurisdicionais".<sup>1</sup>

Há que se questionar se tal envolvimento não importa num comprometimento da imparcialidade, o qual constitui um dos princípios do direito processual.

BRUM, assumindo uma postura contundentemente crítica, afirma que a atividade do juiz é predominantemente retórica. A suposta defesa de que são *neutros e imparciais* é mera ilusão, pois a imparcialidade é praticamente irrealizável em se tratando matérias que envolvem conflitos, nos quais há controvérsias de valores e interesses. Neste contexto a postura do magistrado é parcial, e isto não porque queira explicitamente o ser, "mas porque também é produto (*sujeito*) de uma cultura parcial que o dotou de pautas valorativas que sempre estarão em contradição com outras pautas valorativas determinadas por outras culturas ou condicionamentos sociais antagônicos, pois a socialização não se faz de modo uniforme e não evita que, em uma mesma formação social, existam vários padrões de justiça".<sup>2</sup>

---

1. DINAMARCO, C. R.- Idem, p. 288.

"Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa" - Código de Processo Civil.

2. BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 41.

Em uma sociedade dividida em classes, marcada por gritantes diferenças sociais, como é o caso do Brasil, não há como defender cegamente a neutralidade. Quando se esposa a tese de que os juizes devem ser neutros, restringindo-se a função de aplicador da lei, o que se pretende é submetê-los a um sistema que sacramenta esta estrutura de opressão.

Para HERKENHOFF "do juiz exige-se neutralidade em face das partes como tais. Mas não é nem dever ser neutro o juiz em face dos valores jurídicos"<sup>1</sup>. O que significa que esta neutralidade diz respeito aos interesses imediatos das pessoas envolvidas num conflito que fora colocado sob a apreciação do Poder Judiciário, mas não com referência aos valores e interesses sociais que continuam existindo por trás dessas relações.

#### 4.5.2 - O aumento de poderes do juiz

À medida que as camadas populares, sobretudo, as mais

---

1. HERKENHOFF, João Batista. **Direito e utopia**. São Paulo: Acadêmica, 1990. p. 40, afirma, ainda, o autor:

"Os juizes que mais alardeiam uma suposta neutralidade ideológica são aqueles que, em nome dessa neutralidade, apegam-se à lei e à letra da lei, com toda sua estrutura de conservação, consagradora do anti-direito, e não se abrem à busca do Direito, resistindo às leis injustas que dão suporte a toda sorte de privilégios.

Temos todo um sistema legal que sacramenta a injustiça e as disparidades sociais. Os juristas e juizes que se submetem docilmente a esse sistema, sem nem mesmo descobrir algumas de suas brechas, que possam servir às maiorias oprimidas, colocam-se decididamente ao lado das minorias aquinhoadas".

inferiores, recorram à via judicial na resolução de suas contendas, e ainda mais quando estas estiverem relacionadas com questões sociais, tal fato, também, provocará transformações no Poder Judiciário. Esta força centrípeta que viria do exterior, ou seja, da sociedade, a qual está a exigir mudanças, somar-se-iam às forças centrífugas, já em vários pontos existentes no próprio interior da magistratura, as quais estão a postular por uma ação transformante no desempenho de suas funções, seja através da ampliação dos seus poderes, seja através da flexibilização do processo.

Desta discussão nasce a tese da instrumentalização do processo, a qual se tornará viável à medida em que forem abreviados os procedimentos, dando ênfase à oralidade, à conciliação, à simplificação dos ritos processuais e à ampliação dos poderes do juiz.

Entende DINAMARCO que a atuação do juiz, sobretudo tendo-se em conta o valor *Justiça* como objetivo da jurisdição no plano social, deve estar aberta às pressões axiológicas e às mutações por que passa a sociedade. Para tanto é necessário uma sensibilidade a esses valores e mudanças, bem como um próprio comprometimento com a sociedade em que vive. Neste sentido é evidente, afirma a autor citado que:

"Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera

interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica). Tal é, em substância, o pensamento inerente ao *uso alternativo do direito*".<sup>1</sup>

O autor, no entanto, ressalta que deste argumento não se pode concluir pela pertinência de uma excessiva ampliação dos poderes a serem dados ao juiz, pois este não sendo legislador continua sujeito à lei. E, "aquele que, a pretexto de dar a esta uma interpretação evolutiva, pretender impor soluções suas personalíssimas, decorrentes de suas opções políticas, crenças religiosas, preconceitos, preferências etc., estará cometendo ilegalidade e sua decisão não será legítima".<sup>2</sup>

Há que se ter, todavia, uma idéia exata acerca desta postura atuante do magistrado que abandona o tradicionalismo que o definia como um simples prestador de serviço, cego aplicador da lei, para uma nova conduta de comprometimento com os valores queridos pela sociedade - o que implica opções. Convém recordar, também, que as decisões dos juizes não são intocáveis (embora alguns membros ajam como se assim fossem), uma vez que poderão ser novamente apreciadas, em grau de recurso, o que vem a demonstrar que o temor de uma suposta "ditadura do judiciário" é algo insubsistente, construído sobre frágeis argumentos, pois além de não ter as armas, os atos podem ser revistos em segundo

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. - Op. cit., p. 294-295.

2. DINAMARCO, C. R. - Idem, p. 295.

grau de jurisdição.<sup>1</sup>

#### 4.6 - A Justiça da Infância e da Juventude

A Justiça da Infância e da Juventude está reservado, a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, importante papel na solução de conflitos em torno dos direitos das crianças e dos adolescentes, sempre que esses direitos forem de alguma forma violados ou ameaçados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão, ou ainda, abuso dos pais ou responsáveis. Desta forma, não havendo um cumprimento adequado dos deveres da família, da sociedade ou do Estado, faz-se pertinente o recurso à Justiça, a quem compete a resolução do litígio, garantindo ou restabelecendo até de forma coercitiva, se necessário for, os direitos por eles conquistados e já transcritos legalmente.

No plano jurídico a matéria está assim inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente:

"Art. 145 - Os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões".

---

1. Quando se trata do aumento dos poderes do juiz, faz-se necessário considerar, ainda que brevemente, o controvertido tema do controle externo do Poder Judiciário, tema este abordado no Anexo I.



Este dispositivo dirige-se ao legislador estadual, e em especial, aos próprios tribunais de Justiça, os quais, segundo a Constituição Federal, art. 125, § 1º, são competentes no que tange à iniciativa de sua lei de organização judiciária.<sup>1</sup>

Outra questão que convém ser colocada, de início, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao usar como título da Capítulo III "Da Justiça da Infância e da Juventude", não foi muito preciso, tendo em vista que não se trata na realidade de uma Justiça especializada, como o é a Justiça Federal, a Justiça Militar, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral, e sim de varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, as quais poderão ser criadas pelos Estados e pelo Distrito Federal, devendo o Poder Judiciário determinar a sua proporcionalidade consoante o número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura necessária e dispor sobre o atendimento, até mesmo acerca dos plantões, em harmonia com o que dispõe a Lei Maior, art. 96, I, alíneas "b" e "d".<sup>2</sup>

---

1. No aspecto formal da hierarquia da lei são fontes da organização judiciária, a Constituição Federal, a Constituição dos Estados-membros, os Códigos de Processo e as leis locais. Em se tratando da vara especializada da criança e do adolescente, o é, como não poderia deixar de sê-lo, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. O Poder Judiciário como foi colocado é constituído pelas Justiças Comum e Especializada, sendo que a primeira é a residual e a segunda, trata-se da Justiça cuja competência é especial a determinada área do direito. Não há, portanto, nada a obstaculizar que no futuro (feitas as devidas alterações na Constituição Federal) torne-se de fato uma "Justiça da Infância e da Juventude", uma vez que ela é específica de um campo do direito - o Direito da Criança e do Adolescente, que possui, inclusive, um Estatuto próprio.

Na Constituição Federal, a referência à Justiça especializada é exaustiva, em número fechado, não tendo o legislador liberdade de criar, acrescentar outras, cuja competência é da União. Assim, tudo o que não esteja cotejado por esta Justiça especializada cabe à Justiça Comum, pertencente aos Estados-membros, o que leva à seguinte conclusão: a "Justiça da Infância e da Juventude" não é Justiça especializada, pois a Carta de 1988 não a inclui no *numerus clausus*, sendo ramo especializado da Justiça Comum. Ter-se-iam evitado algumas depreciações de que o Estatuto foi objeto, se se tivesse usado corretamente os termos.

A criação de varas especializadas e exclusivas objetivando a solução de problemas que envolvam a criança e o adolescente, com o advento da Lei n. 8.069/90 se constituiu em algo indispensável, tendo-se em conta que essa Lei ampliou as funções judiciais, sendo também necessário o empenho do Estado em garantir a infra-estrutura para o atendimento nos grandes centros, com, inclusive, a esquematização de plantões.

NOGUEIRA teme que tal previsão fique tão-somente no texto legal, como sucedeu com a Lei Antitóxicos, Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, a qual também previa a criação de juízos especializados, e mesmo existindo a cada ano um agravamento no problema das drogas no Brasil, até o momento não conseguiu o

devido cumprimento.<sup>1</sup>

Há que se lembrar que muitas das inovações prescritas no Estatuto, para que de fato sejam efetivadas, estão a depender de um trabalho conjunto entre a sociedade e o Estado, pois só assim poderá ter início a obtenção de "resultados satisfatórios em favor da criança e do adolescente, que sempre estiveram relegados a 'segundo plano, não só pelo Poder Executivo, mas também pelo Judiciário, já que o problema do menor nunca foi enfrentado com a prioridade e seriedade que sempre reclamou".<sup>2</sup>

Outra incoerência que pode ser de imediato percebida é o uso da terminologia Justiça de infância e da juventude, porque a Lei n. 8.069/90 definiu como sendo criança, a pessoa humana de zero a doze anos de idade incompletos e fixou o início da adolescência aos doze anos de idade incompletos, indo até os dezoito anos.

#### 4.6.1 - O juiz da infância e da juventude

Observa DINAMARCO que o processo é um mecanismo, cujo

---

1. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 205. O autor também neste aspecto lança uma crítica: "ao exigir a criação de varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, levando-se em conta o número de habitantes, parece demonstrar desconhecimento da nossa realidade, já que a Lei Antitóxicos, em vigor desde 1976, também as exige, sem que tenham sido até hoje criadas no próprio Estado de São Paulo, considerado o mais bem-dotado de recursos materiais e humanos" (p. 203).

2. NOGUEIRA, Paulo L. - Idem, ibidem.

papel, perante a sociedade, é dos mais relevantes, pois visa à pacificação de conflitos servindo-se de critérios justos. Nele o juiz deve estar consciente dos resultados sócio-econômicos e políticos que sua sentença poderá produzir.<sup>1</sup>

Em outra obra sua, seguindo esta mesma linha de raciocínio, afirma o autor citado que, no exercício de sua função, o juiz não deve se limitar no processo em que atua, mas lembrar-se que:

"(...) a cada momento do seu solene compromisso com a justiça e afastando-se de posturas burocráticas e cínicas, como quem não se importa com o desfecho dos dramas que é chamado a julgar; compete-lhe, ainda, voltar-se para o mundo exterior ao processo, seja quando de lá extrai elementos para julgar com fidelidade aos valores da sociedade, seja quando leva a outros centros de decisão o peso de sua voz em busca de uma ordem jurídica mais perfeita".<sup>2</sup>

Feitas essas considerações, há que se ressaltar a importância do Poder Judiciário, tendo-se em conta o advento da Constituição Federal de 1988, que lhe reservou um papel eminentemente político, ao lhe outorgar a tarefa de árbitro de conflitos coletivos, de massa, e em razão disso, políticos. Dessa forma, explica CAMPILONGO:

"Os tribunais deixam de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passam a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais. Ainda que os magistrados não desejem tal situação - quer por padrões de

---

1. DINAMARCO, C. R. - Op. cit., p. 43.

2. DINAMARCO, C. R. "O Poder Judiciário e o meio ambiente" in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 631, p. 27-28, 1988.

formação profissional, quer pela ruptura que a situação provoca no sistema de rotinas e procedimentos jurisdicionais - a politização que as partes (autores e réus), com freqüência e conscientemente, imprimem aos processos torna o fato irreversível".<sup>1</sup>

Conseqüentemente, cada sentença judicial corresponderá a uma opção política.

Vale dizer opção política, pois sua decisão importará numa verdadeira escolha entre as várias opções viáveis que se apresentam na solução da causa, de modo que, mesmo perfilhando o caminho da objetividade, impossível será deixar de retratar sua ideologia (esta fruto de uma determinada formação cultural, social e política), que no caso específico, por estar tratando de questões que envolvam a defesa de um segmento, de uma minoria social, sua sentença revelará, sem obscuridade, sua postura. Isto é, a posição de um juiz que tem por papel fundamental ser um guardião, não da lei, mas dos direitos e interesses de uma massa de crianças e adolescentes, muitos dos quais já marginalizados, porque vítimas da miséria, da exploração e dos descasos das políticas sociais para com eles, ou melhor, para com toda a classe social da qual se originam.

A ineficiência do Poder Público no fornecimento de programas sociais que garantam melhores condições de saúde, educação, moradia, profissionalização, entre outros, tornou gigantesca a dívida deste para com a infância e juventude

---

1. CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Magistratura, sistema jurídico e sistema político" in FARIA, J. E. - Op. cit., p. 117-118.

brasileiras. De sorte que a possibilidade de cobrar judicialmente do Estado por seu descaso na aplicação de políticas sociais condizentes, significa um passo importante nesse processo de democratização, de resgate efetivo da cidadania.

A postura que se espera de um juiz da infância e adolescência, é a de ser humanamente criativo e inquieto, no sentido de querer com a mente e com o coração o cumprimento dos direitos pertencentes às crianças e aos adolescentes.

A proposta de especialização é questão fundamental para o êxito de qualquer proposta inovadora. Este aperfeiçoamento pode ser realizado mediante cursos, painéis, seminários, conferências, enfim, estudos de toda espécie para que o magistrado tome conhecimento da legislação em que trabalhará, um conhecimento do universo em que vive a criança e o adolescente brasileiro. Neste aprimoramento, portanto, surge espontaneamente uma abordagem multidisciplinar, pois justamente o juiz desta vara especializada sentirá necessidade de ter conhecimentos nas áreas da sociologia, política, economia, psicologia,<sup>1</sup> pelos tipos de problemas que enfrentará.

Quanto à questão dos recursos necessários, este assunto estará de igual forma a exigir uma luta árdua, pois em geral são

---

1. Anote-se, por exemplo, que a legislação chilena exige do postulante ao cargo de Juiz ou mesmo secretário dos Juizados de Menores, conhecimentos de psicologia - Lei n. 16.618/77, art. 22. Cf. NALINI, José Renato. *Recrutamento e preparo de juizes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 32.

deficientes e limitados. Isto já é praticamente uma "tradição" no Brasil, critica CURY, pois desde os tempos da Justiça de Menores (de acordo com a nomenclatura utilizada pelos Códigos anteriores - o de 1927 e o de 1979 -), a qual era tratada como uma "Justiça Menor, o que é um verdadeiro absurdo num país em que o problema social se avoluma e se agiganta a cada segundo. Miséria... fome... desemprego... falta de moradia...evasão escolar... somente estes subsídios são destinados à nossa infância e adolescência, oriundas das classes menos favorecidas".<sup>1</sup>

Nesse sentido, ressalta, ainda, AMARAL E SILVA:

"O juiz da infância e da juventude é o indicado na organização judiciária local para julgar as causas decorrentes da invocação das normas da Lei 8.069. A própria lei tutelar será importante fator, indicando aos Estados "Livro II, tít. VI, cap. II) os necessários elementos para a organização do sistema de justiça, principalmente no que tange à competência.(...)"

O processo há que ser simples, célere e se constituir em forma de garantia dos direitos da criança e do adolescente. O juiz providenciará nesse sentido, mas suas decisões serão sempre fundamentadas. Tenha-se presente a importante garantia constitucional do art. 93, IX".<sup>2</sup>

Por fim, na área que envolve os interesses difusos de crianças e adolescentes, sobreleva o "novo" papel do juiz, que terá por objetivo a busca e a concretização da justiça e da

---

1. CURY, Munir (coord.). *Temas de direito do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 20.

2. SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. "Do juiz" in CURY, Munir et alli (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 445 - 446.

eqüidade no lugar da fria aplicação dos textos legais, isto se dará, sobretudo, na esfera processual, tendo em vista que muitos dos instrumentos existentes, consoantes o modelo clássico, não mais satisfazem a essas novas pretensões, que alcançam cada vez mais uma gama considerável de crianças e adolescentes.

De fato, o juiz que atuar nesta vara especializada deverá não somente ter o conhecimento teórico e técnico necessário, mas, principalmente, ter uma sensibilidade aguda para com os interesses denominados difusos desse contingente imenso de cidadãos, esquecidos e abandonados, durante décadas, às suas próprias sortes.



## 5 - OS MEIOS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES

### DIFUSOS E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A crise que perpassa o Poder Judiciário, como foi delineado no capítulo anterior, provoca nos consumidores de Justiça, isto é, naqueles que dela se socorrem, para composição ou solucionamento de suas lides, um descrédito nessa instituição. Este descrédito atinge, como não poderia deixar de ser, os magistrados e demais operadores jurídicos que se encontram como que impotentes, sem instrumentais suficientes ou melhor dizendo, sem terem sido treinados (formados) para operarem com questões complexas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 designou à magistratura o papel de árbitro de conflitos coletivos (*latu sensu*), como o são as situações que envolvem interesses difusos.

O surgimento de novos direitos, mais especificamente falando, os direitos sociais das classes oprimidas, dos trabalhadores, das crianças e dos adolescentes, dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do direito a um meio-ambiente saudável, entre outros, revelam um quadro diferenciado do tradicional, pois estes novos direitos estão a exigir, na maioria dos casos, uma intervenção ativa do Estado. Portanto, não mais satisfaz uma negação ou impedimento de violação, já que são situações que tornam praticamente obrigatórias as atividades estatais.

Fazendo-se uma leitura da Constituição Federal, poder-se-ia classificá-la como que contendo todas as características do "Estado do Bem-Estar Social", segundo as definições já apresentadas no Capítulo 1 da presente tese. Percebe-se que é muito simples declarar os direitos sociais, a questão está, justamente, em como torná-los concretos, o que não tem sido, infelizmente, concretizado pelas políticas sociais existentes. Daí surge a importância do tema "acesso à Justiça" como um mecanismo que garanta os direitos sociais.

No entanto, muitas são as dificuldades de acesso de indivíduos, de grupos e/ou mesmo de classes que procuram, junto ao Judiciário, os benefícios que derivam das leis - seja da Constituição Federal, seja das leis regulamentadoras de matérias específicas, como o é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Advogar a tese de uma efetivação dos direitos sociais, os quais enquanto não incrementados por políticas adequadas, significa que se faz necessário reclamá-los perante o Poder Judiciário. Tal fato não implica somente uma defesa adequada perante o órgão judicante competente; constitui, também, um processo de construção de um novo modelo, que ultrapasse o que é oferecido pelos tribunais tradicionais, qual seja o de se construir um sistema jurídico e procedimental mais humano.

## 5.1 - O processo e os problemas sociais

O primeiro aspecto a ser considerado quando se analisa o processo sob a perspectiva das novas demandas sociais é a verdadeira transformação à qual está sendo submetido. Este fenômeno vem ocorrendo graças a forças exteriores ao mundo abstrato e dogmático das normas e sua aplicabilidade pelos tribunais. Portanto, deve-se às mutações realizadas no próprio corpo social, cujas interações e conflitos são cada vez mais intensos, isto em face dos clássicos litígios individuais, como também em decorrência do surgimento dos novos conflitos metaindividuais, cuja resolução através das estruturas processuais estão começando a delinear-se. Oportunamente, aduz DINAMARCO:

"A descoberta e exame dos princípios e garantias constitucionais do processo, mais a sensibilidade para os graves problemas sociais e econômicos que com ele se envolvem têm permitido enquadrar a ciência processual num plano político suficientemente expressivo para destacar a grande gama de interesses públicos perseguidos através dele." <sup>1</sup>

O reconhecimento teórico e prático de que o processo é um mecanismo específico para o exercício do poder e que este deve ser exercido, mesmo quando forem os interesses individuais o motivo gerador da demanda, revela que o processo, portanto, deve

-----

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 51-52.

sempre ser encarado tendo em vista os "elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes",<sup>1</sup> ou seja, na atualidade, gradativamente vai sendo neutralizada a proximidade do processo civil com as influências privatistas. Na expressão de CAPPELLETTI, está acontecendo uma importante metamorfose no Direito Processual, uma passagem de um modelo individualista de processo, a um processo de "partes coletivas".<sup>2</sup>

Com este novo sentido o processo abandona o seu tradicional campo de investigação - litígios de natureza individual -, para atingir condutas, situações que estavam até pouco tempo colocados à margem da tutela jurisdicional. O processo ultrapassa a esfera de mera garantia constitucional e passa a ser encarado, sob a perspectiva teleológica, como um instrumento de participação política do indivíduo e do grupo social no centro de decisões do Estado. Assim, mais do que uma forma de realização do direito, transmuda-se em mecanismo de formulação dos direitos, que segundo PASSOS, torna-se um "misto

---

1. DINAMARCO, C. R. - Op. cit., p. 52. Acrescenta o autor: "(...) o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio de sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo". (p. 53)

2. CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à Justiça" Separata da Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. - Op. cit., p. 25.

de atividade criadora e aplicadora ao mesmo tempo".<sup>1</sup>

A própria Constituição Federal de 1988 veio corroborar no sentido de que o processo não mais pode ser entendido como um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito, o qual constituía o já refutado conceito de direito adjetivo "versus" direito substantivo. O primeiro dizia respeito às normas processuais e o segundo referia-se ao direito material. Tal dicotomia negava o processo como instrumento público, imprescindível no papel de construtor de uma ordem jurídica mais justa.<sup>2</sup>

Historicamente, a ciência do direito processual teve sua origem e desenvolvimento marcados pela cultura do liberalismo individualista, e por isso, afirma MOREIRA está impregnada da ideologia das codificações oitocentistas.<sup>3</sup>

No Brasil, salienta ALVARO DE OLIVEIRA:

---

1. PASSOS, Joaquim José Calmon de. "Democracia, participação e processo" in GRINOVER, A. P. (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

2. Neste sentido cf. CINTRA, A. C. et alii. **Teoria geral do processo**. - Op. cit., p. 74. Afirmam, ainda, os autores: "A análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo (...). Reconhecendo a relevância da ciência processual, a Constituição atribui à União a competência para legislar sobre o direito processual, unitariamente conceituado (art. 22, inc. I); quanto a *procedimentos em matéria processual*, dá competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, inc. XI)" (p. 74).

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tendências contemporâneas do direito processual civil" in *Ajuris*. Porto Alegre, v. 34, jul. 1985. p. 121.

"As classes dominantes legaram-nos um CPC de alto conteúdo técnico, incorporando as mais modernas conquistas científicas, mas, intencionalmente, esqueceram de atender aos graves problemas de organização judiciária, de administração forense, de efetiva assistência judiciária aos pobres e, no fundamental, de prover o judiciário com verba própria e adequada ao desenvolvimento do seu grave mister".<sup>1</sup>

Há que se considerar que neste quadro constata-se duas crises: a) o processo enquanto técnica jurídica não está preparado para lidar com conflitos de natureza social; b) a própria mentalidade tradicional de encarar os institutos legados pelo processo civil, está, ainda, muito presa aos princípios de natureza subjetivista.

O processo, diante das atuais discussões que versam sobre direitos humanos, sobre a necessária aplicabilidade dos direitos sociais, como são os conflitos de natureza difusa foi objeto de uma série de transformações (em alguns aspectos como os alisados nos capítulos 1 e 2) e terá ainda que evoluir em muitos pontos, para poder ser considerado como um mecanismo de atuação política.

Gradativamente o processo procura adaptar-se a estas novas realidades, as quais estão a exigir mudanças.<sup>2</sup>

-----  
1. OLIVEIRA, Carlos A. A. "Procedimento e ideologia" in *Ajuris*. Porto Alegre, v. 33. mar. 1985. p. 80.

2. Nesse sentido salientam CINTRA, A. C. de A. et alii. - *Op. cit.*, p. 72: "Antigos e conceituados doutrinadores já afirmavam que o direito processual não poderia florescer senão no terreno do liberalismo e que as mutações do conceito de ação merecem ser estudadas no contraste entre liberdade e autoridade, sendo dado destaque à relação existente entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos

A integração do processo à nova ordem constitucional e a construção de uma teoria geral do processo que se adequa a esta, pode ser considerado como o primeiro passo de uma "reação" do processo.

O direito processual, enquanto ramo do direito público, tem seus pontos fundamentais determinados pelo direito constitucional, o qual, entre outras funções, delinea a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça, estabelece certos princípios processuais.

Além do que, a Constituição Federal define institutos ou princípios que são específicos do direito processual. Cite-se, exemplificativamente, o juiz natural, o da publicidade das audiências, o da declaração e atuação do direito objetivo, o dos poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a assistência judiciária, a função do Ministério Público, etc, o que revela que o processo é um instrumento jurídico e político na condução dos conflitos.

A condensação, tanto sistemática quanto metodológica, dos princípios constitucionais do processo, foi batizada pela doutrina de "direito processual constitucional", o qual não constitui um ramo autônomo do direito processual, mas é uma forma científica de examinar o processo em suas múltiplas relações com a

-----  
..Continua....

institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade".

Lei Maior.

Pode-se considerar como dois os pontos fundamentais sobre os quais se ocupa o direito processual constitucional: 1) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; 2) a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios básicos da organização judiciária diz respeito a como a Constituição Federal trata dos órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. No que se refere à tutela constitucional do processo, esta insere-se na teoria geral do processo, o qual é analisado em sua dupla configuração: direito de acesso à justiça e direito ao processo, o que equivale a dizer as garantias do devido processo legal.<sup>1</sup>

Já a jurisdição constitucional abrange o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como também a jurisdição constitucional das liberdades, que se dá através da utilização dos remédios

---

1. O direito ao devido processo legal deve ser entendido como o conjunto das garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais. São imprescindíveis ao exercício correto da jurisdição, no sentido que não servem apenas para os que estão diretamente envolvidos no litígio, como direitos públicos subjetivos, mas constituem a salvaguarda do próprio processo, compreendido como fator legitimante do exercício da jurisdição. E mais, "compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida". cf. CINTRA, A.C. de A. et alii. - Idem, p. 75.



constitucionais-processuais, quais sejam: *habeas corpus*, mandado de injunção, mandado de segurança (individual e coletivo), *habeas data*, ação popular e a própria ação civil pública.

## 5.2 - Os meios processuais disponíveis

Adverte CAPPELLETTI que o "interesse difuso necessita de uma proteção judiciária, processual, sempre que violado(...)"<sup>1</sup>

De fato, é na esfera processual que a tutela dos interesses difusos se torna ainda mais relevante. Diz-se "mais relevante", porque a abordagem doutrinária é imprescindível na construção teórica do assunto, mas é através do processo que se garante, na prática, um interesse social, o que o torna instrumento privilegiado de formação de uma outra fonte a ser referendada nos casos futuros: a jurisprudência.

O processo judicial, cujo fundamento primeiro está na Lei Maior, é o meio, o mecanismo viabilizador e garantidor de um direito, de um interesse, que o torna real e concreto. Por tratar-se de interesses difusos, é necessário que aquele apresente uma nova visão, exigindo por parte do processualista uma postura mais abrangente, pois este não mais está restrito

---

1. CAPPELLETTI, M. "Tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 34.

à solução de litígios entre indivíduos, fugindo, portanto, do clássico esquema "Tício contra Caio" (*Tício versus Caio*), mas ocupando-se em resolver conflitos transindividuais.

O direito processual civil tem suas raízes na tutela de direitos individuais, fato que se torna evidente ao se verificar a exigência tradicional de o interesse de agir ser pessoal e direto no que diz respeito ao que atua na demanda - *ei qui agit* - (para aquele que age). De sorte que a legitimação para a causa resulte da coincidência entre o titular da pretensão de direito material e o sujeito que ingressar em juízo.

Na discussão quanto à inadequação dos esquemas clássicos da legitimação, consagrados no Código de Processo Civil em vigor, para a efetiva tutela dos interesses difusos, citava-se, entre outros, o obstáculo do art. 6º, o qual dispõe: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Havia, assim, um óbice às associações e entidades postularem em juízo a defesa de interesses difusos.

Esta situação foi resolvida, em parte (conforme já estudado no capítulo 3), pela Lei n. 7.347/85, que possibilitou às associações, legalmente constituídas, a faculdade de postular em juízo a defesa de interesses difusos como os do consumidor, do meio ambiente, entre outros.

A atribuição de legitimidade às associações tem sido seguida nas leis subseqüentes. Cite-se a Lei n. 7.853/89, que

dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 8.078/90, que trata da proteção ao consumidor; a Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim se constata o surgimento de normas jurídicas preocupadas com a tutela jurisdicional das pretensões de grupos específicos.

Anteriormente à Lei nº 7.347/85, discutia-se, a partir de uma interpretação aberta, distante da concepção individualista do processo civil, mais especificamente do art. 6º do C.P.C., se não seria possível concluir que se tratava de legitimação ordinária a atribuída às associações defensoras de interesses difusos? Sobre este assunto comentava KAZUO WATANABE:

"(...) Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (...), ao ingressar em Juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser".<sup>1</sup>

Entendia o autor citado que, de uma interpretação mais abrangente do art. 6º do Código de Processo Civil, depreendia tratar-se de legitimação ordinária e não extraordinária a das associações e corpos intermediários, criados para a defesa de interesses difusos.

Essa colocação fundamentava-se nos arts. 153, § 2º ("É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos") e 166

---

1. WATANABE, K. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir" in GRINOVER, A. P. - Op. cit., p. 94.

("É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei") da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que, desta forma, estimulava a criação de associações e de sindicatos.<sup>1</sup>

Segundo MOREIRA, o sistema jurídico brasileiro estaria preso ao princípio tradicional da necessária coincidência entre os sujeitos processuais, de modo que se admitiria o ingresso em juízo, a princípio, de pessoas jurídicas, quando referentes a direitos ou obrigações de que fossem eles mesmos titulares.<sup>2</sup> Foi somente com o advento da Lei n. 7.347/85 (art. 5º) que se tornou clara a legitimação das associações e outros legitimados ativos.

O processo, tradicionalmente ocupado em resolver lides inter-subjetivas, vive agora envolto em questões transindividuais. Observa-se, a partir desta análise, que não somente o conceito de processo está sofrendo transformações como também o de ação. Para GRINOVER, a ação tem se transformado "em meio de participação política, numa noção aberta do ordenamento jurídico"<sup>3</sup> e portanto, totalmente diversa das situações tradicionais, as quais eram vistas como rígidas e fechadas.

---

1. WATANABE, K. - Idem, p. 90.

2. MOREIRA, J. C. B. "A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos" in GRINOVER, A. P. (coord.). - Op. cit., p. 98 a 106.

3. GRINOVER, A. P. "A tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 36.

Por conseguinte, também a jurisdição tem seu papel alterado. Tendo em vista que o termo **Jurisdição**, do latim *jurisdictio*, entendido em seu sentido jurídico como a extensão e limite do poder de julgar de um juiz<sup>1</sup>, sofre um processo de ampliação em face da necessidade de transpor irremediavelmente o modelo tradicional. Da tutela de situações que diziam respeito, tão-somente, a relações entre indivíduos ou entre estes e o Estado, passa-se para situações que extrapolam esta esfera, cobrando com isso, por parte do Poder Judiciário, uma preocupação para com questões de caráter social, o que por sua vez o tornará mais dinâmico e "afinado" com as exigências da sociedade atual.

Através da jurisdição, o Estado não mais estará limitado a dirimir problemas que envolvam interesses intersubjetivos, mas também atuará nos conflitos metaindividuais.

Outro aspecto político a ser considerado nesta análise é o porquê da atuação do Judiciário nas questões que envolvem interesses difusos.

Isso se dá em virtude da idéia generalizada que está se formando e se firmando, de que as vias normais e específicas de canalização dos interesses difusos e coletivos não estão sendo eficazes, em face de que essas estruturas executoras são amarradas, burocratizadas, desestimulando ou mesmo obstaculizando a espontânea veiculação dos interesses sociais. Há que se

---

1. SILVA, De Flácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. 3 v. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 27.

considerar ainda a morosidade dos processos de decisão na esfera administrativa, a qual também influi nos processos de normatização no âmbito legislativo. Tal fato está a caracterizar a necessidade de se atribuir ao Poder Judiciário uma função supletiva.

A medida que o Poder Judiciário vê ampliada a sua tarefa judicante, é necessário se questionar se este tem à sua disposição os mecanismos imprescindíveis à efetivação dos interesses difusos. Pelo que se constatou até aqui, se fosse utilizado o instrumental oferecido pelo processo civil, a matéria sofreria uma série de restrições, dada a circunstância de que o pergaminho processual civil se mostra inadequado para abarcar a ampla e complexa questão referente à tutela dos citados interesses.

### 5.3 - A superação das estruturas tradicionais

Como já foi colocado, a estrutura clássica do processo civil foi idealizada para a solução de controvérsias inter-individuais.

Institutos processuais como a legitimação, o interesse de agir, a representação, a substituição processual, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, os poderes do juiz, a função do Ministério Público, a ciência bilateral dos atos

processuais, o contraditório, o ressarcimento do dano, têm se revelado, em sua forma tradicional, inadequados na solução de problemas que envolvam interesses difusos, haja vista o envolvimento de um grande número de pessoas em tais ações.

Quanto à questão da **representatividade adequada**, as alternativas que se apresentavam doutrinariamente à tutela jurisdicional dos interesses difusos eram as seguintes: atribuir legitimação a todos os membros da coletividade de forma distinta (separada); designá-la, especificamente, aos representantes das entidades que tenham como fim institucional expresso em seus estatutos a tutela dessas pretensões metaindividuais e, ainda, atribuí-las a órgãos estatais, seja do tipo similar ao "ombudsman", seja ao Ministério Público.

A Lei n. 8.069/90 designou, expressamente, em seu art. 210, os legitimados ativos. Com essa determinação no próprio texto, o Estatuto propôs-se a simplificar esta matéria, julgando que não seria viável atribuir ao indivíduo, isoladamente, a legitimação visando à tutela jurisdicional dos interesses difusos de crianças e adolescentes, uma vez que lesões a esses interesses dizem respeito a grandes grupos, como é o caso da carência dos serviços de saúde, de escola, de moradia e outros elencados exemplificativamente no art. 208 do citado Estatuto, além dos direitos assegurados pela própria Constituição Federal.

Há que se considerar, ainda, que os atentados contra essas pretensões são praticados em sua maioria por negligência ou omissão de políticas no campo social por parte do Poder

Público, diante do qual o indivíduo, mesmo que legalmente tenha condições de exigir, sentir-se-á desestimulado em movimentar a máquina Judiciária a favor de si mesmo e de terceiros. Aí, também, reside a grande importância do Estatuto ao ter consubstanciado em seu corpo legal a proteção aos interesses difusos e coletivos, possibilitando ao Ministério Público, às associações e aos demais legitimados (art. 210), a propositura da ação visando à tutela desses interesses.

Convém ressaltar que a propositura de ação civil tuteladora de interesses difusos e coletivos, pelos legitimados do artigo citado, não descarta a possibilidade da criança ou do adolescente, devidamente representado, pleitear individualmente um direito específico, singular, como por exemplo, o de requerer a companhia da mãe, pai ou responsável em razão da internação em instituição hospitalar (art. 12).<sup>1</sup>

Tendo em vista que a legitimação para agir é atribuída às associações, esta sofre uma profunda transformação. No dizer de CAPPELLETTI, "o conceito rígido, tradicional, de legitimação para agir dá lugar a um conceito social"<sup>2</sup>, no sentido de que a parte individual se torna uma parte coletiva.

Segundo SILVA, a proteção aos interesses difusos pode

---

1. Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry. "O direito de permanência dos pais ou responsável junto à criança ou adolescente hospitalizado" in *Revista Seqüência*. Florianópolis, n. 22. jun. 1991. p. 92 a 101.

2. CAPPELLETTI, M. "Tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 49.



ser citada como uma marcante tendência que poderia ser indicada "como *socialização* do direito subjetivo".<sup>1</sup> Isto se justifica consoante o fato de que os sujeitos da ação não agem apenas tendo em conta os seus direitos pessoais, mas os de todo um grupo, ou mesmo os da coletividade.

A questão do devido processo ("due process of law") significa, originariamente, que todas as partes devam ser notificadas, e também deverá ser adaptada às novas situações emergentes de uma "sociedade de massa".<sup>2</sup> Se fosse obrigatória a notificação de todas as partes com interesse a ser tutelado, tornaria sem dúvida inviável a propositura da ação, pois redundaria na notificação de um número indeterminado de indivíduos, ou mesmo implicaria a notificação de pessoas que se encontram em lugares não sabidos.

Desta forma, o instrumento processual a ser utilizado para tornar viável a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente será admitir a notificação somente das partes que legitimamente representem (ou substituam) os interessados ausentes.

Segue a mesma linha de raciocínio no que tange ao contraditório e ao princípio da prévia e ampla defesa, uma vez que se está a tratar de interesses difusos, de caráter

---

1. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de direito processual civil*. 1 v. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 415.

2. CAPPELLETTI, M. "Tutela dos interesses difusos". - Op. cit., p. 30.

transindividual, tais princípios não podem ser aplicados segundo a sua forma clássica, haja vista a impossibilidade física do comparecimento em juízo de todas as partes interessadas na demanda. De modo que o princípio *audiatur et altera pars e res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* ("seja ouvida também a outra parte e a coisa julgada entre outros nem prejudica nem aproveita"), não pode ser considerado em seu rigor formal, pois se assim o fosse, não haveria como conduzir um processo de caráter metaindividual, como a tutela jurisdicional dos interesses difusos. Portanto, é necessária uma interpretação aberta, capaz de possibilitar a postulação em juízo dessas pretensões.

Convém lembrar que os substituídos, mesmo na substituição processual clássica, são abrangidos pela coisa julgada, e só o substituto é parte.

O tema da coisa julgada, de igual forma, também deve ser analisado ante a exigência deste novo tipo de lide processual.

A coisa julgada definida como *res iudicata tertiis nec prodest, nec nocet* ("a coisa julgada não aproveita nem prejudica a terceiros"), não pode estar condicionada à notificação pessoal das partes ausentes, para que somente a partir daí se exijam os direitos que lhes foram assegurados judicialmente. Assim, necessariamente, os limites subjetivos da coisa julgada precisam ser revistos nesses tipos de ações.

Este caráter singular de interpretação se fundamenta,

diz MANCUSO, em duas espécies de argumentos:

"(...) em primeiro lugar, nos interesses difusos o homem não é tomado em sua acepção *singular*, e sim enquanto *integrante* de uma coletividade mais ou menos vasta (...). Em segundo lugar, e corolariamente, as garantias *individuais* do *due process of law* (especialmente as referentes à defesa, contraditório e limites subjetivos do julgamento) não de ser vistas sob a ótica de garantias de índole coletiva, consuetâneas com a natureza e finalidade dessas novas exigências sociais".<sup>1</sup>

GRINOVER elaborou um estudo profundo sobre esta questão, observando que

"(...) diversas são as peculiaridades da coisa julgada em relação aos interesses coletivos e aos difusos. Nos primeiros, a autoridade da sentença pode ficar restrita aos componentes do grupo, perfeitamente identificáveis; e o portador dos interesses, legitimado à ação, age naturalmente dentro de limites mais circunscritos. É mais fácil, então, utilizar certas técnicas tradicionais, pelas quais os co-titulares são processualmente substituídos ou representados (...). Quando, porém, se trata de interesses difusos, a dimensão do problema se torna mais vasta, na medida em que a impossibilidade prática de se determinarem os titulares dos interesses torna mais ampla a extensão da coisa julgada, operando efetivamente *erga omnes*".<sup>2</sup>

Neste sentido, para a autora anteriormente citada, a disciplina da coisa julgada nas demandas interpostas em defesa de

---

1. MANCUSO, R. C. - Op. cit., p. 183-184.

2. GRINOVER, A. P. "Da coisa julgada no Código de defesa do consumidor" in *Estudos jurídicos*. 2. ed. 1 v. Rio de Janeiro: IEJ, 1991. p. 382-383.

interesses difusos são possíveis em três hipóteses<sup>1</sup>:

1 - Quando o teor do pedido formulado é acolhido, de modo que a sentença prevalecerá em caráter definitivo, perante todos os membros da coletividade, os quais poderão, se assim o desejarem, valer-se da coisa julgada em favor de suas pretensões individuais, ou seja, produz efeito *erga omnes*.

2 - O pedido é rejeitado porque o fundamento que servirá de base é inexistente, assim que os efeitos se produzem também *erga omnes*, com relação a todos os legitimados, impedindo o ajuizamento de nova ação coletiva. No entanto, convém ressaltar que tal caso não preclui a via às ações individuais, mesmo que tenham o mesmo fundamento, por iniciativa, de forma isolada, dos membros daquela comunidade.

3 - No caso de o pedido ser rejeitado por insuficiência de provas, a decisão prolatada pelo magistrado não se reveste da chamada autoridade da coisa julgada, no sentido material, isto é, não se produz, de modo que qualquer legitimado, até mesmo o que estava presente na demanda infrutífera, poderá promover outra ação, com igual fundamento, desde que munido de nova prova.

No entanto, resta lembrar que hoje a solução é legal, tendo em vista o que determina o Código de Defesa do Consumidor -

---

1. GRINOVER, A. P. - Idem, p. 396-397. No mesmo sentido ver CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. "A coisa julgada nas ações coletivas" in Estudos jurídicos. - Op. cit., p. 199 a 207.

art. 103, extensível a Lei da Ação Civil Pública.<sup>1</sup>

O problema do ressarcimento do dano, como se analisará posteriormente, também está sujeito a uma série de transformações, pois segundo a sua concepção tradicional, somente a parte que postulou em juízo é que deverá ser ressarcida, o que já não se aplica em se tratando de interesses difusos.

Conforme o que foi até o momento descrito, impossível ocultar que na atualidade afloram situações totalmente distintas daquelas que fundamentavam e, portanto, justificavam os institutos clássicos. De qualquer forma, não será por uma defesa

1. Prescreve o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 103: "Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º - Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º - Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória".

cega desses institutos que os mesmos não deverão ser repensados. A atualização dos institutos e categorias processuais existentes faz-se imprescindível, de forma a possibilitar um melhor atendimento às demandas processuais que têm por objeto os interesses difusos.

#### 5.4 - A admissibilidade de todas as ações: a visão do Estatuto da Criança e do Adolescente io

Diz o art. 212, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

"Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

§1º - Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.

§2º - Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas do mandado de segurança".

Neste ponto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, tal qual o Código de Defesa do Consumidor (art. 83), não está preocupado com o procedimento, com o rito, nem mesmo com o nome da ação através do qual um determinado assunto deva ser encaminhado à Justiça da Infância e da Juventude, considerando relevante o conteúdo do direito pleiteado (*res in judicio*

*deducta*).<sup>1</sup>

Assim, tal dispositivo está a dizer que:

"(...) o sistema processual há de ser interpretado de modo a autorizar a conclusão de que nele existe sempre uma ação capaz de propiciar, por um provimento adequado, a tutela efetiva e concreta de todos os direitos materiais".<sup>2</sup>

Processualmente, as ações podem ser classificadas em:

1) de conhecimento, as quais poderão ser declaratórias, condenatórias ou constitutivas;

2) executivas, objetivando à execução da sentença proferida no processo de cognição ou, ainda, à execução do título extrajudicial obtido na conformidade do art. 211, do Estatuto, o qual determina: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial";

3) cautelares.

---

1. Recorda GRINOVER, A. P. "Art. 212" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 655 que: "O caput do dispositivo, como tantos outros, inspira-se no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que tem a seguinte redação: *Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.* Embora o texto do Estatuto não seja tão incisivo quanto o de sua fonte, seu sentido é o mesmo: a efetividade da tutela jurídica processual de todos os direitos e interesses consagrados no Estatuto. Tanto assim que o artigo seguinte, que disciplina a ação que visa ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, nada mais é do que uma complementação do art. 201".

2. GRINOVER, A. P. - Idem, ibidem.

Essas demandas judiciais poderão utilizar, de acordo com a sua espécie, o procedimento comum: ordinário ou sumaríssimo - art. 272, do Código de Processo Civil -, ou o procedimento especial. Cite-se, exemplificativamente, a ação de consignação em pagamento - art. 890 -, as ações possessórias - art. 927 -, ação de prestação de contas - art. 914, e demais casos constantes no Livro IV do Pergaminho Processual Civil, bem como os procedimentos instituídos pela legislação extravagante.

Convém salientar que as garantias não se restringem à esfera civil; poderão ser utilizadas, igualmente, medidas como o *habeas corpus*, para o qual qualquer pessoa pode legitimar-se, até mesmo extraordinariamente, na defesa do direito de locomoção de terceiro. Outro exemplo que poderia ser citado é a ação penal subsidiária prevista no art. 5º, LIX, da Constituição Federal ("será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal") e no art. 80 do Código de Defesa do Consumidor.

SLAIB FILHO, ao analisar o art. 212 do Estatuto, apresenta algumas ações que, certamente, serão as que melhor servirão na defesa dos interesses difusos pertencentes às crianças e aos adolescentes (v. anexo II).

5.4.1 - A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

O § 1º do art. 212, da Lei 8.069/90 trata-se de norma de



encerramento, razão pela qual seria de melhor técnica legislativa se tivesse sido colocado no final do Capítulo VII, como assim procedeu o legislador quanto à aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública, expressamente referida no art. 224 do Estatuto.

A interpretação mais adequada do *caput* do art. 212 amplia os arsenais de procedimentos e provimentos constantes no Código de Processo Civil, o que pode ser verificado pela ação que tem por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer - art. 213, do Estatuto e, como já foi colocado acima, aplicam-se as disposições constantes na Lei n. 7.347/85 às ações em defesa da infância e da juventude - art. 224.

Lembra ainda GRINOVER que, em decorrência da nova redação do art. 21 da Lei n. 7.347/85, introduzida pelo art. 117 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), determina a aplicabilidade das normas processuais deste último a todas as situações que envolvam a defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos, tutelados pela Lei da Ação Civil Pública. Fazendo-se uma combinação do art. 224 do Estatuto da Criança e do Adolescente com o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, depreende-se que a variada gama de disposições de ordem processual constantes no Código de Defesa do Consumidor encontram aplicação aos direitos e interesses da criança e do adolescente.

Complementa a autora:

"Diga-se, mais: ainda que o Estatuto não contivesse a norma do art. 224, a Lei 7.347/85 - incluindo todas as disposições processuais do Código de

Defesa do Consumidor - aplicar-se-ia automaticamente aos direitos e interesses tutelados pelo Estatuto, uma vez que o âmbito da Ação Civil Pública foi estendido a *qualquer outro interesse difuso e coletivo* (novo inc. IV do art. 1º da Lei 7.347, acrescentado pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor).

Por tudo isso, o disposto no § 1º do art. 212 do Estatuto não tem o sentido restritivo que a leitura desavisada da norma poderia sugerir".<sup>1</sup>

#### 5.4.2 - Ação mandamental e mandado de segurança

O art. 212, em seu § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não constitui propriamente uma inovação, identificando-se com o mandado de segurança prescrito na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIX.

A inserção desse remédio no Estatuto da Criança e do Adolescente deveu-se à necessidade de um instrumento ágil, como o é o mandado de segurança (rito sumaríssimo). No entanto, este instituto somente poderá ser invocado para a tutela de direito individual, enquanto que, diz SLAIBI FILHO, "a ação mandamental protegerá direitos coletivos e difusos, além dos individuais".<sup>2</sup>

Sendo regido pelas normas da lei do mandado de segurança (Lei n. 1.533/51), a ação mandamental possui os mesmos

1. GRINOVER, A. P. "Art.212" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 656.

2. SLAIBI FILHO, Nagib. - Op. cit., p. 246.

pressupostos daquela, ou seja, ato de autoridade; ilegalidade ou abuso de poder; lesão ou ameaça de lesão e direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

A utilização desse mecanismo para a proteção de "direito líquido e certo", importa que já na petição inicial os fatos devam estar provados (o direito comprovado de plano). Este, portanto, deve ser demonstrado documentalmente ou, então, deixar evidente que não está sujeito a nenhuma impugnação.

Nesse tipo de ação inexiste a fase de instrução que, por ser um remédio essencialmente sumário, não possibilita a delação probatória (prova oral, pericial, inspeção judicial, entre outros), de modo que se houver dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.<sup>1</sup>

Critica GRINOVER que o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente não quis ousar, no sentido de postular uma linha mais progressista, como o fizeram os autores dos mais variados projetos legislativos que resultaram no Código de Defesa do Consumidor. Este instrumento legal, em seu art. 85 (que aliás foi vetado) previa um tipo de ação, fundamentalmente inovadora, pois sob o mesmo nome de "ação mandamental", que seguia as normas do mandado de segurança, possibilitava demandar em juízo contra atos ilegais ou abusivos de "pessoas físicas ou jurídicas" que,

---

1. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 445-446.

de algum modo, estavam a lesar direito líquido e certo previsto no citado Código. Tinha-se, assim, a pretensão de, através deste instrumento, similar ao mandado de segurança, acionar contra a conduta de particulares.<sup>1</sup> De fato, essa proposta constituía uma grande novidade, que no entanto foi obstaculizada ante o veto presidencial.

Vale anotar que a doutrina processual de vanguarda tem advogado pela necessidade imperiosa de criação imediata de "ações mais ágeis para a tutela das relações jurídicas entre particulares, principalmente quando se trate de relações de natureza não patrimonial".<sup>2</sup>

#### 5.4.3 - Efetividade da tutela jurídica processual

Prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 213:

-----  
 1. GRINOVER, A. P. "Art. 212" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 657.

2. GRINOVER, A. P. - Idem, ibidem. Nesse sentido conferir WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 530 a 532 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o problema da efetividade no processo" in **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo, 1982.

Para GRINOVER, A. P.- Idem, ibidem, o preceito contido no Estatuto "é inócua, limitando-se a repetir o que já existe na norma auto-aplicável da Constituição e sendo evidente que ao mandado de segurança se aplicam as disposições da Lei 1.533/51, com as alterações posteriores".

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º. A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento".

Primeiramente há que se colocar que tal dispositivo tem por fonte inspiradora o anteprojeto de modificações do Código de Processo Civil publicado no Diário Oficial da União, em 24 de dezembro de 1985<sup>1</sup>. O art. 213, tal qual o art. 212 (a bem da verdade o art. 213 complementa o enunciado no *caput* do art. 212) expressam uma preocupação do legislador da Lei 8.069/90 no que tange à instrumentalidade substancial e a uma maior efetividade do processo

Ao comentar sobre o art. 213, do Estatuto, KAZUO WATANABE assim se manifesta:

-----

1. O anteprojeto citado foi elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, em 1985, a qual era formada por juristas de notório saber no campo da processualística civil como Kazuo Watanabe, José Joaquim Calmon de Passos, Luiz Antonio de Andrade, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes. Nesse anteprojeto - arts. 889-A e §§ e 889-B - consta-se a existência de uma ação especial de tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer. Também o Código de Defesa do Consumidor, aproveitou, com algumas modificações, a sugestão apresentada pelo citado anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil.

"E o art. 213 atribui mais poderes ao juiz (e também às próprias partes, pois é através do seu pedido que os poderes do juiz são ativados) para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto. Assim é que poderá impor multa diária, independentemente do pedido do autor, caso seja essa solução suficiente e mais compatível com a obrigação, e poderá, ainda, determinar a adoção de todas as providências *legítimas* e *compatíveis* à tutela específica da obrigação ou ao atingimento do resultado prático correspondente (art. 213, *caput* e § 2º)".<sup>1</sup>

A Ação Mandamental pode ser citada como exemplo dessa evolução. Apesar de suas similitudes com a ação condenatória, não há de se confundir com esta. A ação condenatória importa na imposição de uma prestação a ser cumprida pelo requerido, isto é, ela cria um título, o qual, não sendo cumprido espontaneamente pelo demandado, dará condições de acioná-lo novamente, através de uma execução de sentença.

Já a ação mandamental, tal qual ocorre com as ações executivas *latu sensu*, não exige uma ação executiva (*ex intervallo*), mas simplesmente enseja a expedição de ordens, que não levadas a termo, configurarão no delito de desobediência

-----

1. WATANABE, K. "Art. 213" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 659. Acrescenta o autor: "Dentro dessa linha evolutiva, que já na Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) se acentuara bastante com a explicitação, no art. 11, de que o juiz *determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor, não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da injunction do sistema da common law e a ação inibitória do Direito italiano.*

(art. 340 do Código Penal), e ensejarão a realização de atos materiais de execução pelo magistrado, resultando, portanto, um comando da sentença a ser especificamente cumprido.<sup>1</sup>

Depreende-se, pela leitura do artigo em análise, que na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, a preocupação do legislador ultrapassa as esferas da conduta do devedor e atém-se ao resultado prático da demanda que é objeto de preocupação do direito. Em face disso, o juiz, servindo-se da discricionariedade judicial, determinará todas as medidas e providências cabíveis para que a ação alcance a sua finalidade.

O § 1º, do art. 213, prescreve que, havendo relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do procedimento final, o juiz poderá antecipar o provimento definitivo; portanto, a norma admite a concessão de liminar de plano ou após justificação prévia, devendo, neste caso, ser devidamente citado o requerido.

Segundo os ditames dos arts. 796 e ss. do Código de Processo Civil, o provimento judicial cautelar dependerá de requerimento do interessado.

Em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer, o Estatuto também determina que o juiz, querendo, ante as realidades apresentadas e analisadas no processo, poderá cominar pena pecuniária, mesmo que esta não tenha sido requerida pelo autor da ação.

---

1. WATANABE, K. - Idem, p. 659-660.

A imposição da referida multa, a qual representa uma medida coercitiva, tem por fim induzir o devedor a cumprir as obrigações que lhe são pertinentes, principalmente quando as demandas são de natureza infungível, portanto não reparatorias.

Este dispositivo é extremamente importante, pois foi a maneira encontrada de se atribuir certo poder ao juiz, que independentemente de requerimento, poderá servir-se deste meio coercitivo, tendo em vista o cumprimento da obrigação.

Outro aspecto a ser considerado neste estudo é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao ter optado pela multa, não tem na imposição de um gravame ao sancionado, como uma resposta à reprovabilidade social de sua conduta, o seu único fundamento. A multa deve ser abordada como "um componente econômico para a reparação dos *componentes difusos* dos danos causados pelo agente, componentes estes que de regra não integram (até por dificuldade de cálculo) o valor da indenização pelo dano efetivo causado".<sup>1</sup> Isto porque, como não existe uma compensação que seja completamente perfeita, a sanção se impõe como uma forma de minimizar a lesão.

Por outro lado, mesmo que existisse uma hipótese de perfeita composição do dano, ainda assim a pena pecuniária teria lugar, tendo em vista o próprio estilo sobre o qual se baseia o Estatuto: na prevenção, sensível ao fato de que para a sociedade

---

1. BENJAMIN, Antônio Herman V. "Art. 214" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 663.



é muito mais importante a prevenção do que meramente remediar fatos que já geraram conflitos sociais. E mais, a multa, acentua BENJAMIN, "cumpre também um tal papel, especialmente porque atinge o patrimônio da pessoa, física ou jurídica".<sup>1</sup>

Convém explicitar que a cominação da multa não prejudica o direito do autor da demanda (credor) ao recebimento de seu equivalente monetário, e ainda, não obstaculiza a reclamação das perdas e danos. O artigo em questão confere ao processo um mecanismo a mais, que é colocado nas mãos do julgador que, analisando o caso concreto, as suas dimensões, o seu objeto específico, permitirá a este proceder "adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso".<sup>2</sup>

Novamente aí se impõe a necessidade urgente de uma melhor preparação dos juizes, tanto no aspecto de reciclagem dos conhecimentos jurídicos e em outras áreas, como também uma adequação com o mundo fático em que os mesmos estão inseridos, no seu aspecto social, político, cultural e econômico, questões estas já analisadas no capítulo precedente.

Quanto ao § 3º do art. 213, da Lei 8.069/90, há a determinação de que a multa será devida desde a data em que houve descumprimento do preceito; no entanto, somente poderá ser

---

1. BENJAMIN, A. H. V. - Idem, p. 664.

2. WATANABE, K. "Art. 213" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 661.

exigível após o trânsito em julgado da sentença cautelar que a convalidou.

Por último, como preceitua o art. 214, os valores das multas reverterão para o fundo gerenciado pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.

#### 5.5 - O ressarcimento do dano

O problema do ressarcimento do dano, assim com os institutos processuais anteriormente analisados, também sofreu transformações.

Segundo a concepção tradicional, somente aquele que postula em juízo terá direito a ser ressarcido. Como ficaria então a questão dos interesses difusos, uma vez que estes dizem respeito a uma gama indeterminável de sujeitos?

De fato, sendo coletivo (em sentido lato) o bem lesado, e difusos os interesses desrespeitados, seria praticamente impossível distribuir a indenização a todos os prejudicados.

O direito norte-americano tem utilizado o "ressarcimento fluido" (*fluid recovery*), como um modo de solucionar adequadamente a parte residual da condenação que coubesse a um grande número de pessoas, não passíveis de identificação individual. A indenização, fruto da demanda

judicial, é utilizada na reparação do dano ocorrido, ante o fato de que o fracionamento da quantia impediria, na prática, a reparação necessária.

A solução encontrada pelo sistema jurídico brasileiro teve seu marco inicial na Lei n. 7.347/85 que, ao disciplinar a ação civil pública, prescreve em seu art. 13:

"Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

A proposta de criação de um fundo parece, a princípio, a alternativa que melhor corresponderia ao tipo de demanda na qual a propositura da ação tem, justamente, seu fundamento em pretensões difusas. A indenização deverá, assim, ter por fim a recomposição dos prejuízos causados a bens de uso coletivo, ou ainda, contra interesses pertencentes a um número indefinido de pessoas.

Países como os Estados Unidos, Holanda, França e Japão já se servem desta alternativa do fundo para reparação de lesões ao meio ambiente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata desta matéria nos arts. 213 e 214. Tendo em vista que o art. 213 já foi analisado no item anterior, restam aqui algumas considerações em torno do art. 214, o qual está assim, previsto, no corpo do ordenamento citado:

"Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo Município.

§ 1º - As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2º - Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária."

É da competência dos Municípios a criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente - art. 88, II, e a conseqüente regulamentação do fundo - art. 259, Parágrafo único.

Ao determinar o encaminhamento do valor das multas para esse fundo, a Lei n. 8.069/90 na realidade cria uma nova forma de captação de recursos que serão gastos em programas de atendimento, diferentemente do que ocorria quando as multas eram simplesmente depositadas em contas judiciais.

Interessante é o aspecto de que sendo a pena cominada pelo art. 213, § 2º e 3º, tipicamente judicial, o seu gerenciamento, em consonância com o que determina o art. 214, está a cargo do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, uma entidade extrajudicial.

Outra questão que deve ser colocada é que os Conselhos (art. 88, II, do Estatuto) deverão surgir de acordo com um dos princípios que integram o Estatuto, qual seja a orientação participativa e democrática.

Esses Conselhos previstos na Lei têm natureza plútime,

pois presentes nos três níveis da Administração (nacional, estadual e municipal); no entanto, no que tange ao direcionamento das multas, eventualmente cobradas pelo Poder Judiciário, na análise de um caso em concreto, elas pertencerão ao Conselho Municipal.

O Estatuto teve um excelente posicionamento quando incumbiu ao Município o gerenciamento do fundo. Primeiro porque facilitará o seu controle e aplicação dos valores resultantes das multas pelo juiz, pelo procurador de justiça, bem como por qualquer pessoa da comunidade que tenha interesse, citem-se as entidades de atendimento e as associações. E além do que, sendo a administração desses valores de responsabilidade da municipalidade, esta, por sua vez, desde que não se oponha aos ditames criados a nível de lei federal e estadual, poderá, igualmente, regulamentá-lo.

A legitimidade para a execução das multas é a mesma dos que podem ingressar em juízo com uma ação civil pública. A execução só será possível quando a multa não for paga em 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença (esta regra assemelha-se à constante na Lei n. 7.347/85, em seu art. 15).

O que de imediato se evidencia da redação do § 1º do art. 214 é que existe por parte do Ministério Público uma obrigatoriedade em executar a multa não paga; já quanto aos demais legitimados (art. 210), inexistente este dever, estando tão-somente facultada a sua iniciativa. A execução será promovida nos mesmos autos (arts. 575, II do Código de Processo Civil).

Como se constata pelos dispositivos analisados, ao Conselho Municipal não foi dada pela Lei n. 8.069/90 legitimidade para promover a ação executiva, muito embora possa ser legitimado como representante do Município para esta tarefa, se houver previsão em lei municipal sobre a matéria.

O § 2º, do art. 214, do ordenamento em apreço, constitui-se, ainda, num estímulo para que cada Município providencie o mais rápido possível a instituição de seu Conselho. Enquanto não existirem, o dinheiro oriundo das multas será depositado em contas de estabelecimento oficial de crédito, corrigidas monetariamente. Está afastado, dessa forma, o depósito em bancos privados. A movimentação desses valores poderá ser feita pelo Conselho, o que equivale a dizer que ao juiz não foi dada competência para gerenciar o fundo, até mesmo na hipótese de processo contencioso contra o próprio Município.<sup>1</sup>

Cabe indagar: na ausência do Conselho a quem caberia a administração do fundo?

Tem-se interpretado que caberá uma aplicação analógica dos arts. 261, *caput*, e 262, da Lei 8.069/90, isto significa que tal gerenciamento caberia à autoridade judiciária, hipótese em que a atuação do Ministério Público será obrigatória como *custos legis* - arts. 201, III e 202 -, uma vez que estes preceitos não se reduzem à atividade judicial, podendo, de igual modo, ser

---

1. SLAIBI FILHO, Nagib. "Da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos" in SIQUEIRA, Liborni (coord.). - Op. cit., p. 249.

aplicados nas atividades extrajudiciais as quais são atribuídas ao magistrado, desde que previstas em lei.<sup>1</sup>

Convém esclarecer que o fundo não terá nas multas previstas nos arts. 213 e 214 da Lei n. 8.069/90 a sua única fonte. Poderão ser feitas doações na forma do art. 260 (recursos privados) e, ainda, através de repasses de verbas da União, dos Estados e Municípios, consoante o art. 261, Parágrafo único (recursos públicos).

Há que se lembrar, também, que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê outras modalidades de multas que são as que decorrem da apuração de infrações administrativas - arts. 245 a 258 - e as penais - arts. 228 a 244. Tais valores, assim como os que decorrem de sanções cominatórias em ação civil pública deverão ser encaminhados para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança, em harmonia com o que prescreve o art. 214, da Lei em apreço.<sup>2</sup>

Por último, observa-se que sendo o fundo gerido de forma idônea, o citado Conselho estará munido dos recursos necessários para agir eficazmente nesta área tão comprometida

---

1. BENJAMIN, A. H. "Art. 214" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 665.

2. LIBERATI, Wilson Donizete & CYRINO, Públio Caio Bessa. **Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 190. Entendem os autores que, "para facilitar, é preciso que as Fazendas municipal, estadual e nacional criem um código próprio para recolhimento bancário, através de guias apropriadas, para as referidas multas, eis que terão destinação certa" (p. 190).

socialmente, na qual seus titulares tiveram ou têm seus direitos violados e ameaçados.

#### 5.6 - A questão da competência

No que se refere à competência para o ingresso em juízo de ações que tenham por fundamento os interesses difusos (lembrando que a regra se aplica aos interesses individuais como também para os coletivos) prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente:

"Art. 209 - As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores".

Esta regra ratifica aquela contida no art. 148, IV, segundo a qual a Justiça da Infância e da Juventude é o órgão adequado para conhecer de ações civis que tenham por fundamento interesses individuais, difusos e coletivos relacionados com crianças e adolescentes.

Tal dispositivo define a competência para as ações previstas no art. 208, as quais deverão ser propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, de forma que o juiz da infância e da juventude possui competência absoluta para o processamento da causa.



A Lei 8.069/90 não estende à Justiça da Infância e da Juventude a competência para conhecer das ações propostas pela União ou contra ela, cuja competência é da Justiça Federal.

BEZERRA considera que o Estatuto, ao fazer esta exceção, não escolheu a melhor solução, pois impossibilitou ao juiz local de processar e julgar conflitos que envolvam pessoa jurídica da Administração direta, autarquias e empresas públicas federais.

"É um critério infeliz, porque vulnera o princípio da prioridade do atendimento à criança e ao adolescente e retrai a expressividade dos órgãos de justiça municipais, mais diretamente ligados às questões locais, que, nem por envolver entidades da Administração da União, devido ao regime constitucional de coobrigação, retira a obrigação primariamente municipal".<sup>1</sup>

Além do que, esta exceção, em termos de competência, enfraquece a ação do Ministério Público dos Estados, "sobretudo pela crescente resistência do Ministério Público Federal ao oficiamento dos Ministério Públicos estaduais junto à Justiça

---

1. BEZERRA, Adão Bonfim. "Art. 209" in CURY, M. et alii (coords.). - Op. cit., p. 649.

É de se supor que o Estatuto tenha tomado esta posição de exclusão dos órgãos da Justiça Federal pelo fato de haver previsão na Constituição Federal sobre a matéria - arts. 106 e 109; em função disso, a competência é constitucional e não legal.

Federal".<sup>1</sup>

Por último, está afastada a competência originária dos Tribunais Superiores, renunciada na Lei Maior, como também nas Cartas dos Estados-Membros, ou nas leis de organização judiciária a que estas últimas tenham recomendado a fixação da competência dos tribunais.

A vara especializada da infância e da juventude resguardou ao Estatuto a competência absoluta para processar e julgar as demandas identificadas no seu art. 208. Deste modo, mesmo que Estados e Municípios figurem no pólo passivo ou ativo das Ações Civis Públicas, será aquele o juízo competente, para o qual deverão ser endereçadas as ações de responsabilidade por

1. BEZERRA, A. B. - Idem, ibidem. Complementa o autor: "O chamamento dos coobrigados nas atribuições de manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e de prestar serviços de atendimento à saúde deve ocorrer por iniciativa do coobrigado-mor, o Município, que a esse fim se servirá da iniciativa processual do chamamento ao processo, no prazo da contestação, nos termos do art. 78 do CPC, se pretender que o juiz declare, na mesma sentença, a responsabilidade do coobrigado.

Não é de todo desfundado pretender que, na espécie, caracterize-se litisconsórcio facultativo, eis que entre o Município, a União e o Estado há uma comunhão da obrigação relativamente ao objeto da lide, incidindo na situação litisconsorcial prevista no art. 46, I do CPC. Não há, isto, sim, situação que caracterize litisconsórcio necessário, daí que não é o caso de o processo, por iniciativa de qualquer das partes ou de ofício, dar ensejo à citação. O litisconsórcio facultativo se dá por iniciativa do próprio interessado, que intervém no processo, ativa e passivamente, independente de citação.

Considere-se, por fim, que as demais atividades, sempre conferidas ao Município, por força da regra constitucional segundo a qual os serviços públicos de interesse local, incluídas as demais prestações atribuídas no art. 208, (...), sendo de competência municipal, não podem resultar em dissídio para o Estado e a União, porque a competência de organização e prestação desses serviços é exclusiva do Município, nos termos do art. 30, V, da CF" (p. 650).

alguma ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, o que representa uma novidade, pois até o advento desta nova Lei, as ações propostas pelas pessoas jurídicas de direito público ou contra elas eram todas processadas nas Varas da Fazenda Pública, sem nenhuma exceção.

#### 5.7 - O uso da via jurisdicional: ficção ou realidade?

Até o momento argumentou-se que a utilização da via jurisdicional se faz necessária, em se tratando dos interesses difusos, quando se constata um caso concreto de inadimplência das políticas sociais, consoante explica COMPARATO, que é do Executivo e do Legislativo a competência conjunta para aprovação e encaminhamento dos programas de ação governamental e que a intervenção do Poder Judiciário somente se estabelece no sentido de tornar efetivo determinado direito social. Hipótese em que esse poder "está sancionando uma omissão inconstitucional por parte dos demais poderes".<sup>1</sup>

Chama atenção nesta abordagem o fato da reivindicação de direitos e/ou a solução de conflitos serem realizados na esfera jurisdicional e, portanto, sob os auspícios do Estado. No

---

1. COMPARATO, Fábio Konder. "A nova cidadania" in *Anais da XIV Conferência da OAB*. Vitória, setembro de 1992. p. 49.

entanto, não é este último que sobressai, apesar de ter sob sua responsabilidade a administração da Justiça. Priorizam-se os destinatários desta administração, o que equivale a dizer que o Judiciário é o meio através do qual o indivíduo, singular ou coletivamente, terá resguardado ou efetivado seu direito.

Daí se depreende o valor da participação, seja do cidadão, seja dos grupos no processo, o que implica uma transformação no próprio exercício da jurisdição. É por este motivo que PASSOS advoga a tese da necessidade de associar-se processo à democracia:

"A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fa-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade".<sup>1</sup>

Salienta ademais o autor acima referendado que estas modificações, que por sua vez estão a exigir novas definições, não serão efetuadas pela dogmática jurídica, antes dever-se-á adentrar o campo político-filosófico:

"Trata-se de definir a organização e as instituições que asseguram a democratização da

---

1. PASSOS, J. J. Calmon. "Processo e democracia" in **Participação e processo**. GRINOVER, Ada Fellegrini et alii (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

sociedade, e isso é que informará a filosofia do novo processo jurisdicional, não o repensar-se o conceito de legitimação, de coisa julgada e outros afins. Essa mudança de enfoque se põe como um desafio aos processualistas, chamados a recuperar, para o jurista, a condição de cientistas políticos sob pena de fazerem um discurso sem ouvintes e exercitarem uma ciência sem objeto".<sup>1</sup>

De acordo com tais colocações percebe-se que existem dois modos de encarar a questão do acesso à Justiça:

A primeira, uma visão otimista, que antevê no processo um veículo de participação democrática, a qual se efetiva por um lado pela assistência jurídica e por outro, com as conquistas da legitimação para agir.

No que se refere à assistência jurídica, esta em consonância com o art. 5º, LXXIV, c/c o art. 134, da Constituição Federal, conforme já analisado no capítulo 3, item 4, não se

---

1. PASSOS, J. J. Calmon. - Idem, ibidem. Defende, ainda, este autor que a partir desta perspectiva, o novo processo - "insurgente" - se fundamentará nos seguintes princípios:

"Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários.

Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis.

Superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles sociais sobre o exercício do poder político e do poder econômico, servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas" (p. 95 - 96).

restringe à assistência judiciária, vez que esta se resumia ao patrocínio gratuito e à dispensa das custas processuais. Hoje, além dessas duas garantias, vai-se mais além: há uma preocupação com a assistência jurídica pré-processual, a qual abrange desde a informação - conscientização do problema -, encaminhamento aos órgãos competentes para cada caso analisado, orientação jurídica e por último a assistência jurídica, em seu sentido estrito, o que equivale ao ajuizamento da ação pertinente.<sup>1</sup>

Quanto aos esquemas da legitimação para agir, como já abordado no capítulo 3 deste trabalho, reafirma-se que ela, sem dúvida alguma, vem a corroborar no sentido da utilização do processo como instrumento de participação democrática. Por outro lado, segundo uma visão negativa, o acesso à Justiça é algo ainda muito distante, em se tratando da realidade brasileira, haja vista o fato de que não se pode negar problemas como a ignorância do povo brasileiro em conhecer seus direitos, ou se conhece, não se interessa em recorrer ao Judiciário temendo retaliações; a morosidade da Justiça; a dificuldade em se encontrar defensores públicos; a insuficiência de juizes; entre outros, os quais constituem relevantes motivos que obstaculizam o acesso à via jurisdicional e a estes "motivos" poderia ainda ser acrescentado o fato de que o Poder Judiciário, até mesmo enquanto estrutura física, encontrar-se distante do povo, pois presente somente nos centros urbanos. Daí a importância de se defender a idéia de que "deve levar-se o forum às periferias das grandes

---

1. GRINOVER, Ada Pellegrini. "O acesso à Justiça no ano 2000" in Anais da XIV Conferência da OAB. - Op. cit., p. 97 - 98.

ciudades".<sup>1</sup>

Outra questão que aparece como da maior relevância é observar que apesar das inovações trazidas pela Constituição Federal e regulamentadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, na prática, em matéria de interposição de ações visando à tutela de interesses difusos afetos à criança e ao adolescente, brasileiros pouco tem sido levado, concretamente, ao Judiciário.

Convém salientar que, em termos de direito substantivo, o Brasil se sobrepõe como o portador de uma das legislações, em termos de proteção dos direitos da infância e adolescência, das mais avançadas no mundo (o que já consiste num grande passo na busca pela melhoria das condições de vida deste contingente de cidadãos), também em termos processuais, verifica-se, sistematicamente, uma evolução dos institutos e, o que é muito importante, assiste-se a um grande movimento dos processualistas em agilizarem as demandas, simplificarem os ritos processuais, em dinamizarem a participação das partes.

No entanto, salvo o trabalho do Ministério Público, que em muitos Estados tem sido de preciosa importância, por sua constante postulação dos interesses da criança e do adolescente, (além de sua tarefa de denúncia dos abusos a que são aquelas sujeitas, sobretudo nas instituições governamentais), as associações de defesa dos interesses e direitos da criança e do

---

1. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. "Medidas de efetivação de acesso à Justiça" in *Anais da XIV Conferência da OAB*. - Op. cit., p. 192.

adolescente e demais legitimados previstos na Lei 8.069/90 não têm se servido do instrumental existente.

Neste momento se faz pertinente refletir as palavras de BAPTISTA DA SILVA:

"Nós, os brasileiros, quando cuidamos de operacionalizar as mudanças com que a nação tanto sonha, em geral apelamos para o inesgotável e encantado arsenal de nossas fantasias, imaginado que as transformações sociais de que carecemos com tanta urgência poderiam ocorrer milagrosamente pela simples adoção de novas leis, casuisticamente produzidas, arte em que somos verdadeiros peritos, e que seriam acrescentadas ao entulho legislativo já existente, sem que os homens, no entanto, e suas instituições sofressem a mais mínima mudança. Trata-se de uma atitude eminentemente prelógica e, quando adotada pelos estamentos dominantes, profundamente conservadora, na medida em que tais leis são editadas para jamais serem cumpridas, de modo que o *status quo* permaneça inalterado".<sup>1</sup>

Seria de fato uma mera utopia pensar que a estrutura econômico-político-social de uma certa sociedade se alteraria automaticamente e, ter-se-ia, conseqüentemente, uma democracia tangenciada pela participação de todos, indivíduos e grupos, com a edição de novas leis.

Ressalta ainda o autor anteriormente citado:

"Seria realmente quimérico que os juristas pretendessem conquistar novos espaços de participação democrática, limitando-se a pedir que lhes dessem novos Códigos, ou que se editassem mais leis, particularmente de processo civil, sem que eles próprios estivessem preparados para o desempenho de suas funções de coparticipantes na

---

1. SILVA, Ovídio A. Baptista. "Democracia moderna e processo civil" in GRINOVER, Ada P. et alii (coords.). - Op. cit., p. 110.



produção do direito, autenticamente democrático, na medida em que puder ser produzido por quem os aplica e consome.

Seria um equívoco dramático e, na situação em que nos encontramos, certamente trágico supor que o Brasil pudesse vencer a grave crise institucional em que se encontra lançado por contingências históricas que remontam a sua formação, mudando-se mais as nossas leis, ou exigindo dos processualistas que inventem fórmulas mágicas que salvem o Poder Judiciário, sem que os homens em si mesmos se transformem; sem que as estruturas sociais já ultrapassadas que os sufocam, sejam afinal superadas; finalmente, sem que os sujeitos de tais transformações tornem-se dignos delas e capazes de as implantar e gerir".<sup>1</sup>

Percebe-se que nesse ponto a questão torna-se ainda mais complexa, pois mesmo que se tenha uma produção normativa de teor progressista e em constante harmonia com as transformações que se processam na sociedade, os juristas, em razão de terem sua formação construída sobre as bases de mitos e dogmas, tornam-se submissos a preceitos e fórmulas, em vez de contribuírem, na tarefa de viverem completamente enraizados na sociedade em que estão inseridos e tendo o compromisso de "levar a ela o inconformismo da necessária mudança"<sup>2</sup>, mas ao contrário disso e, infelizmente, criam obstáculos à concretização de preceitos de cunho social.

Depreende-se dessa questão que, apesar da existência de todo um instrumental, cuja efetividade dependeria tão-somente de

---

1. SILVA, O. A. B. - Idem, p. 111.

2. FAORO, Raymundo. "O jurista Marginal" in LYRA, Doderó Araújo. **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 37.

seu uso, restringe-se a poucos casos isolados, e o que é ainda pior, fica-se à mercê de determinados padrões que antevêm na realização das normas jurídicas que tenham a função de contribuir na transformação da sociedade, um certo perigo de desequilíbrio no sistema da tripartição dos poderes. Temem que o Poder Judiciário, à medida que julgue procedentes a grande maioria dos casos de conflitos que envolvem o indivíduo, ou coletividades inteiras que interpõem ações civis públicas em razão de inadimplência do Estado no cumprimento de suas políticas sociais, estaria adentrando um campo que não lhe pertence, pois são questões que tradicionalmente se entendia estarem a cargo dos outros dois poderes.<sup>1</sup>

Assim, as inovações sublimadas no Estatuto da Criança e do Adolescente ficam "fechadas" na letra da lei, pela incapacidade dos operadores do direito,<sup>2</sup> que por uma atitude "apolítica", não participativa, ou seja, por não haver empenho de se fazer cumprir os textos legais que tenham a característica

---

1. O Agravo de Instrumento n. 8.443, de Xaxim, pode ser apresentado como exemplo típico desse argumento - V. Anexo III.

2. Esta incapacidade de tratar com questões de natureza metaindividual tem sua origem, conforme já se tratou no capítulo 4 deste trabalho, na própria formação dos juristas, orientados, ainda, segundo a filosofia política dos séculos XVII e XVIII. Nesse sentido parece oportuna a explicação de SILVA, Ovídio A.B. - Op. cit., p. 110, ao afirmar que a metodologia aplicada nos cursos jurídicos, de caráter autoritário e antidemocrático, "transforma o ensino universitário numa ingestão mecânica e memorizadora de textos legais e definições; e nem técnica mais alienante e escravizadora do que essa, a formar especialistas do direito que jamais tiveram uma aula sequer para ensinar-lhes como produzi-lo, transformados como são, em simples aplicadores e intérpretes de um sistema jurídico de cuja produção não participam, mas ao qual, como consumidores devem obediência".

de serem instrumento de modificação da ordem social, fazem com que o acesso de crianças e adolescentes na interposição de interesses difusos não venha alcançando o resultado desejado pela Constituição Federal de 1988 e reafirmado de modo tão evidente na Lei n. 8.069/90. Por consequência deste descaso, milhares de crianças continuam à margem do processo social.

Tal constatação, no entanto, não se importa em alegar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei inútil, uma vez que ele não consegue sair da esfera abstrata do mundo das normas e materializar-se no mundo dos fatos, com sua efetiva aplicação. Como bem lembra SEDA, a "lei tem a obrigação de ser um conjunto de regras bem estruturadas, consistentes em sua harmonia interna, para que possam ser socialmente exigidas e cumpridas objetivamente".<sup>1</sup> Porém, por mais elaborada que possa ser uma norma legal, entende o autor citado que seria um equívoco "cobrar da lei a sua própria execução; ou tê-las como insensatas em razão do só fato de não serem capazes sozinhas de transformar o mundo".<sup>2</sup>

Na realidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com o seu conjunto de disposições, é uma meta a ser atingida, a qual está a depender de uma maior conscientização da sociedade em

---

1. SEDA, Edson . O Estatuto responde. Rio de Janeiro, s/d. p. 3 (texto mimeografado).

2. SEDA, Edson. - Idem, ibidem.

exigir o cumprimento de seus direitos,<sup>1</sup> de uma postura mais avançada e participativa dos operadores jurídicos e a implementação por parte do Estado das políticas públicas, isto é, que desenvolva competentemente seus programas de ação governamental.

---

1. Convém colocar que de certa forma o Estatuto já conseguiu realizar um de seus objetivos, qual seja, o de ser discutido de uma forma tão plena como nenhum outro ordenamento jurídico infraconstitucional o foi. E este caráter da discussão, da participação popular, os muitos colóquios entre os operadores jurídicos por si só já demonstram que esta nova lei de proteção integral dos direitos e interesses de crianças e adolescentes já está cumprindo a sua função social.

## CONCLUSOES

1 - O acesso à Justiça tem em seu fundamento a necessidade de uma maior conscientização por parte das camadas populares, o que enseja um processo de educação, de politização, de conhecimento acerca de seus direitos.

2 - O Estado brasileiro, o qual se caracteriza por um capitalismo periférico, em face de seu modelo excludente e controlador de riquezas, no plano interno, e dependente dos países de capitalismo avançado, no plano externo, é responsável pela imobilização político-social, sobretudo por não ter permitido durante os longos anos da ditadura militar qualquer tipo de participação popular.

3 - As reivindicações por uma melhor condição de vida demandam a participação de todas as esferas sociais, exige articulação, conscientização política e desejo de transformação da atual realidade brasileira, de forma que se tenham condições de exigir do Estado ações que correspondam aos anseios das camadas populares.

4 - O tema do acesso à Justiça não pode ser entendido como uma simples capacidade de ingressar em juízo, tendo-se em

conta que não há como desconsiderar a importância do direito à assistência pré-processual, além do que, não basta ter acesso ao Poder Judiciário se não for garantido um processo justo, a garantia do devido processo.

5 - A preocupação do Estatuto da Criança e do Adolescente em não somente elencar, mas ao mesmo tempo descrever como esses direitos poderão ser exigidos, importa afirmar que à medida que forem realmente efetivados, ter-se-á como uma consequência desse processo, o desenvolvimento de uma verdadeira cidadania por parte dos brasileiros.

6 - A ineficácia do Estado no oferecimento de políticas sociais básicas como saúde, educação, moradia, pleno emprego, entre outros, agigantou a dívida deste para com a infância e a adolescência brasileiras. Assim, a possibilidade de cobrar judicialmente do Poder Público para que cumpra com seu papel, consoante com que estabelece a Constituição Federal, significa um passo relevante no processo de resgate efetivo da cidadania.

7 - A defesa dos interesses difusos surgiu na legislação ordinária, mas erigiu-se a nível constitucional, não no título que diz respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas (o que era de se supor), como ocorre com a ação popular e com o mandado de segurança coletivo, mas na seção referente ao Ministério Público, quando designa as suas funções institucionais - art. 129, III, da Constituição Federal .

Isso significa que foi ampliado o universo dos interesses protegidos por meio dessa ação, pois tendo a Constituição Federal empregado a expressão "e de outros interesses difusos e coletivos", tornou apenas exemplificativa a enumeração constante na Lei n. 7.347/85 que, aliás, teve acrescentado, pela Lei n. 8.078/90, ao seu art. 1º o seguinte inciso: "IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo". Contudo, a titularidade continua a ser a mesma prevista na lei citada, a qual não é em nada incompatível com o preceito constante na Lei Maior.

8 - Dentre os legitimados elencados na Lei n. 7.347/85 para a tutela dos interesses difusos, figura a exigência de que somente as associações constituídas há pelo menos um ano estão habilitadas a postular em juízo. Esse fato importa um entrave ao acesso à Justiça, isto porque tal reconhecimento oficial não abre espaço para um associar-se espontâneo, surgido das contingências sociais, o que, aliás, em se tratando da defesa de interesses difusos seria muito mais lógico. Também esta disposição foi, por assim dizer, amenizada com o § 4º (redação dada pela Lei n. 8.078/90) que possibilita a dispensa da pré-constituição.

Além do que, a própria preocupação de que essas associações (se não forem pessoas jurídicas) possam embasar falsamente seus pedidos, não tem qualquer fundamento no direito brasileiro, uma vez que a Lei n. 7.347/85 determina que o juiz condenará a autora nos honorários advocatícios, no caso de litigância de má-fé - art. 17. Nessa hipótese, a associação e os

diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo, ainda, da responsabilidade por perdas e danos. Assim, esses dispositivos devem consistir por si só num freio eficaz para os litigantes que acionarem suas demandas imbuídos de má-fé.

9 - O Estatuto da Criança e do Adolescente, em harmonia com seu caráter progressista, deveria ter permitido que as associações nascidas *ad hoc* pudessem pleitear sem qualquer tipo de limite a defesa de interesses difusos afetos à criança e ao adolescente, no entanto, esta não foi a posição da nova lei, que nesse ponto seguiu a linha prevista na lei da ação civil pública que admite a sua dispensa, se o juiz assim o considerar - art. 5º, §4º.

10 - A Lei n. 8.069/90, em seu art. 208, apresenta um extenso rol (que não chega a ser taxativo) de direitos assegurados à infância e à juventude, os quais ensejam, na hipótese de conflito, a utilização da via judicial, isto é, todos os direitos declarados no dispositivo mencionado têm como conteúdo uma específica prestação de serviço, que poderá ser exigida da família, da sociedade e do Estado. De sorte que o não oferecimento regular de direitos pertinentes à educação, saúde e assistência social possibilitam a propositura de demandas judiciais.

11 - O acesso à Justiça na interposição dos interesses



difusos pertencentes à criança e ao adolescente se constitui, também, em mais um fator a corroborar na transformação do Poder Judiciário, o qual passa a ser um instrumento de expansão da cidadania. Tal se dá porque, da antiga posição de árbitro tão-somente de lides inter-subjetivas, é agora chamado a posicionar-se diante de conflitos de natureza metaindividual, como o são os interesses difusos.

12 - É imprescindível, na atual realidade brasileira, que se tenha um Judiciário que responda aos anseios da sociedade e que se tenham duas preocupações básicas: primeiro, a incrementação de leis que retratem as reivindicações populares, isto é, que se exija o cumprimento de leis favoráveis à grande maioria dos cidadãos empobrecidos e, em segundo, torna-se fundamental o aperfeiçoamento da estrutura deste Poder, tanto no que diz respeito aos recursos materiais, quanto aos recursos humanos. Em face disso, decorre a importância a se dar à formação de uma nova magistratura, que seja criativa na atividade judicante e na aplicação da vasta legislação social.

13 - Do Poder Judiciário, no tratamento dos conflitos que envolvam interesses difusos, é exigida uma postura que até então estava fora de sua atividade jurisdicional, qual seja a de fazer de suas sentenças um espaço participatório, atribuindo-lhes um sentido de efetiva emancipação.

14 - Dos operadores do direito e especificamente da magistratura espera-se que, a partir de uma formação

multidisciplinar e da ampliação de seus poderes decisórios, tenham capacidade de remodelar-se, quebrando com a cultura corporativista até o momento existente, o que impoeta, portanto, numa mudança de mentalidade do Judiciário.

15 - O Poder Judiciário somente poderá se democratizar a partir do momento em que conseguir refletir os novos caminhos que se apresentam na sociedade civil, no sentido das necessidades e aspirações desta última. Para o magistrado, portanto, torna-se imperiosa uma consciência crítica, de que não mais é possível isolar-se em seu gabinete, alheio ao mundo que o circunda.

16 - Nas sociedades atuais, a ordem jurídica não mais pode ser concebida como uma verdade incontestada, de modo que a crise hoje vivida pelo Judiciário abre espaço para reflexões de ordem política, no sentido de se discutir se tal Poder cumpre efetivamente sua função social.

17 - A Justiça da Infância e da Juventude, não é uma Justiça Especializada, é antes uma vara especializada da Justiça Comum. Tem por objetivo a solução/composição de problemas que envolvam todas as crianças e adolescentes, em decorrência da Doutrina da Proteção Integral; portanto, não é dirigida a uma categoria específica de pessoas que se encontram em *situação irregular*. Isso era próprio da Doutrina Tutelar, caracterizadora da legislação anterior ao surgimento do atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

18 - Ao juiz que atua na Vara Especializada da Infância e da Juventude é requerida uma postura ativa na exigência do cumprimento dos preceitos constantes na Carta Política e já regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Faz-se também necessário um conhecimento multidisciplinar e mais, que se aprimore constantemente, no que tange, inclusive, ao aprendizado de novas técnicas, de novos conhecimentos na área em que atua.

19 - Do juiz da infância e da juventude, espera-se que as decisões não sejam fundamentadas tão-somente no texto legal, mas que atinjam o contexto social extraíndo, daí, as justificativas para sentenças que necessariamente deverão tutelar interesses de uma massa de crianças e adolescentes, freqüentemente abandonados ao seu próprio infortúnio, em face da falência da família, do descaso da sociedade e dos engodos e irresponsabilidades dos programas de ação governamental.

20 - Uma incessante luta e busca por Justiça social será a forma pela qual os magistrados - e todos os que tiverem relação com o Judiciário - responderão ao clamor de uma grande parcela de crianças e adolescentes carentes, que têm seus direitos ameaçados ou já os tiveram violados, os quais receberão uma resposta às suas reivindicações, à medida que se garantam judicialmente seus interesses difusos. Desse modo enseja-se a construção de creches, escolas, moradias, hospitais e tudo mais que diga respeito às necessidades fundamentais do ser humano e que vise a uma melhor qualidade de vida, sobretudo tendo em vista

a sua "condição peculiar de pessoa em desenvolvimento", segundo preceito constitucional.

21 - Ao analisar-se o sistema processual civil, percebe-se uma certa inadequação dos esquemas clássicos. Isto se justifica tendo em vista, sobretudo, o fato de que o sistema processual civil tem suas raízes na tutela dos interesses e direitos individuais, próprio da cultura individualista do século XVIII que tanto influenciou a processualística civil brasileira, de modo que foi imperativo o surgimento de leis extravagantes que disciplinassem de forma clara a tutela de matérias que envolvam conflitos metaindividuais; cite-se a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

22 - O Estatuto da Criança e do Adolescente encontra como um de seus grandes obstáculos a própria estrutura conservadora do Poder Judiciário, que receia se posicionar ante as ações civis públicas, por entender que está se ingerindo num campo que não é de sua competência e sim dos poderes Legislativo e Executivo.

Há porém que se considerar que justamente aí reside uma das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, colocá-lo como árbitro de contendas, como as que envolvam interesses difusos, as quais são marcadamente conflitos de natureza política. Portanto, faz-se mister que o Poder Judiciário, enquanto guardião da Lei Maior, efetivamente execute

o novo papel que esta lhe reservou. Somente assim o acesso à Justiça na interposição dos interesses difusos afetos à criança e ao adolescente brasileiros poderá vir a ser uma realidade.

23 - O entendimento crítico de que não basta a edição de leis novas para se alterar a realidade social, se não há um aparato estrutural que de fato torne viável a aplicação destas, não é, evidentemente, uma inverdade. No entanto, em se tratando do Estatuto da Criança e do Adolescente, incontestável é o fato de que este conseguiu mobilizar a atenção de grande parte da sociedade para o problema da infância e adolescência brasileira. Assim, ele é permeado por um sentido participativo acentuado. Por outro lado, tem conseguido, de forma gradativa, alterar as estruturas envolvidas diretamente com a questão, no que se refere às imprescindíveis modificações, seja dos antigos Juizados de Menores, para as atuais Varas da Infância e da Juventude, seja das entidades de atendimento, que passam a incorporar a doutrina da proteção integral, ou seja, a priorizar o enfoque sócio-educativo das medidas a serem aplicadas à criança e ao adolescente.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

### A) LIVROS:

- AGUIAR, Roberto. A crise na advocacia. São Paulo: Alfa-Omega, 1989.
- AMIN, Samir. O desenvolvimento desigual. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1976.
- AMORIM, Edgar Carlos de. O Juiz e a aplicação das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ALBERGARIA, Jason. Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. Juiz alternativo e o Poder Judiciário. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Advogado e mercado de trabalho. Campinas: Julex, 1988.

- \_\_\_\_\_ . Ensino jurídico e sociedade. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- \_\_\_\_\_ (coord.) Licções de direito alternativo. 1. v. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- \_\_\_\_\_ . Licções de direito alternativo. 2. v. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- \_\_\_\_\_ . Introdução à sociologia jurídica alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. 2 v.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu. O que é justiça. São Paulo: Brasileiraense, 1985.
- BARREIRA, Wilson & BRAZIL, Paulo Roberto Grava. O direito do menor na nova Constituição. São Paulo: Atlas, 1989.
- BASTOS, Aurélio W. Chaves. Conflitos sociais e limites do poder judiciário. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1975.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Atica,

- 1991.
- BICUDO, Hélio. Segurança nacional ou submissão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
  - BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Valência: Edição de Alfonso Ruiz Miguel/ Fernando - Editor, 1988.
  - \_\_\_\_\_ . Liberalismo e democracia. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.
  - \_\_\_\_\_ et alii. Dicionário de política. Trad. de Carmen C. Varrealle et alii. 2. ed. Brasília: UnB, 1986.
  - BOMFIM, B. Calheiros. Crise da justiça do trabalho e a codificação do processo. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1992.
  - BONAVIDES, Paulo. Política e constituição: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
  - BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
  - CALAMANDREI, Piero. Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados. Trad. de Ary dos Santos. 7. ed. Lisboa: LCE, s/d.
  - CAMPANHOLE, Adriano. Constituições do Brasil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1986.



- CAMPOS, Ronaldo Cunha. Ação civil pública. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
  
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
  
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis ?. Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.
  
- \_\_\_\_\_ . Juízes legisladores ?. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
  
- CARDOSO, Fernando Henrique & FALETO, Enzo. Dependência e desenvolvimento na América Latina. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
  
- CARVALHOSA, Modesto. Direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
  
- CASARES, Tomas D. La Justicia y el Derecho. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.
  
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
  
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. A questão social no Brasil: crítica do discurso político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.
  
- CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 2. ed. Rio

- de Janeiro: Forense, 1954.
- CHAUI, Marilena. O que é ideologia. 21. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
  - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii. Teoria geral do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
  - CLEVE, Clémerson Merlin. Temas de direito constitucional: e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993.
  - COELHO, Luiz Fernando. Introdução à crítica do direito. Curitiba: Livros HDV, 1983.
  - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Jalovi, 1988.
  - CORREA JR., Luiz Carlos de Azevedo. Direito do menor. São Paulo: Atlas, 1991.
  - CRETELLA JR., José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.  
9 v.
  - CURY, Munir, MARÇURA, Jurandir N. e PAULA, Paulo Afonso G. de. Estatuto da criança e do adolescente anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
  - CURY, Munir, MENDES, Emílio Garcia e SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Estatuto da criança e do adolescente comentado:

- comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- CURY, Munir (coord.). Temas de direito do menor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
  - D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derechos de menores. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal Y Culzoni S.C.C., 1973.
  - DEMO, Pedro. Participação é conquista. São Paulo: Cortez, 1988.
  - DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
  - DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989.
  - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 1990.
  - ECO, Umberto. Como se faz uma tese. Trad. de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1993.
  - FAORO, Raimundo. Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
  - FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração

- da legitimidade. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- \_\_\_\_\_ . A reforma do ensino jurídico. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- \_\_\_\_\_ & CAMPILONGO, Celso Fernandes. A sociologia jurídica no Brasil. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_ . Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988.
- \_\_\_\_\_ (org.). Direito e justiça: a função social do judiciário. São Paulo: Atica, 1989.
- \_\_\_\_\_ . Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_ et alii. Pela democratização do Judiciário. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1987.
- \_\_\_\_\_ . Poder e legitimidade. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FERRAZ, Antonio Augusto de Mello de Camargo, MILARÉ, Edis e NERY JR., Nelson. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.

- FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnicas, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FREIRE, Paulo. Como trabalhar com o povo ?. São Paulo: Centro de capacitação cristã. e/d.
- \_\_\_\_\_ . Educação e mudança. Trad. de Moacir Gadotti e Lillian Lopes Martin. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- \_\_\_\_\_ . Pedagogia do oprimido. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão do controle externo do Poder Judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- GOMES, Randolpho. Mandado de injunção. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- \_\_\_\_\_ . Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

- \_\_\_\_\_ et alii (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
  
- GUIMARAES, Mário. O juiz e a função jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
  
- HERKENHOFF, João Batista. Direito e utopia. São Paulo: Acadêmica, 1990.
  
- JAGUARIBE, Hélio et alii. A dependência político-econômica da América Latina. São Paulo: Loyola, 1976.
  
- JUNQUEIRA, Lia. Abandonados. São Paulo: Icone, 1986.
  
- KELSEN, Hans. A Justiça e direito natural. Trad. de João Batista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
  
- LACERDA, Ruy Homem de Melo. Justiça social e a missão do advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1982.
  
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1985.
  
- LEFORT, Claude. A invenção democrática: os limites da dominação totalitária. Trad. de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

- LEGRAND, André. L'ombudsman scandinave. Paris: LGDJ, 1970.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_ & CYRINO, Púbio Caio Bessa. Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LYRA, Doreodó Araújo (org.). Desordem e processo. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LYRA FILHO, Roberto. Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito. Porto Alegre: Fabris/Instituto do Advogados do RS, 1983.
- \_\_\_\_\_. Pesquisa em que direito?. Brasília: Nair, 1984.
- \_\_\_\_\_. Razões de defesa do direito. Brasília: Obreira, 1981.
- LOPES, Modesto Saavedra. Interpretación del derecho e ideología: elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica. Granada: Universidade de Granada, 1978.
- LUPPI, Carlos Alberto. Agora e na hora de nossa morte: o mas - sacre do menor no Brasil. São Paulo: Brasil Debates, 1982.

- MACHADO, Paulo Afonso de Leme. Ação civil pública e tombamento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
  
- MACRIDIS, Roy C. Ideologias políticas contemporâneas. Trad. de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Inês C. de Moura. Brasília: UnB, 1982.
  
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
  
- \_\_\_\_\_ . Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
  
- MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
  
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
  
- MILARÉ, Edis. A ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990.
  
- MINHOTO JUNIOR, Alcibiades da Silva. Teoria da ação popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.



- MONREAL, Eduardo Novoa. O direito como obstáculo à transformação social. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.
  
- MORAES, Humberto Peña de & SILVA, José Fontenelle T. da. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.
  
- MORAES, Voltaire de Lima (org.). Ministério Público, direito e sociedade. Porto Alegre: Fabris, 1986.
  
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos *interesses difusos* no direito brasileiro". Temas de direito processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
  
- \_\_\_\_\_ . Temas de direito processual. 5a. série. São Paulo: Saraiva, 1994.
  
- MOURA, Alexandrina Sobreira de (org.). O Estado e as políticas públicas na transição democrática. São Paulo: Vértice/ Revista dos Tribunais, 1989.
  
- NALINI, José Renato. Recrutamento e preparo de juizes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
  
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto criança e do adolescente comentado. São Paulo: Saraiva, 1991.

- PASOLD, Cesar Luiz. Função social do Estado. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.
- PAULA, Paulo Afonso de. Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- PINTO, João Batista Moreira. Direito e novos movimentos sociais. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Trad. de Rita Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- PRADÉ, Péricles. Conceito de interesses difusos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- PUGLIESE, Roberto J. Curso de direito judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- OLIVEIRA, Juarez de (coord.). Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- OSES, Luis Mendizabal. Introducción al derecho procesal de menores. Madrid: Instituto de la Juventud del Instituto de Estudios Políticos, 1973.

- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. Justiça e autoritarismo. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1987.
- SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil romano. Trad. de Santiago Sent's Melendo e Marino Ayerra Rendim. Buenos Aires: EJEJA, 1954.
- SCHWARTZ, Stuart B. Burocracia e sociedade no Brasil colonial. Trad. de Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. "A mutação judicial". Brasil, criança, urgente: a lei. São Paulo: Columbus, 1990.

- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 3 v.
  
- SILVA, Ovidio A. Batista da. Curso de direito processual civil. Porto Alegre: Fabris, 1987. 1 v.
  
- SIQUEIRA, Liborni (coord.). Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ————. Dos direitos da família e do menor. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
  
- SOBRINHO, Elicio de Cresci. Justiça alternativa. Porto Alegre: Fabris, 1991.
  
- STRENGER, Irineu. Mandado de injunção. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
  
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direitos de família e do menor. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
  
- TUBENCHLACK, James & BUSTAMANTE, Ricardo Silva (coord.). Estudos jurídicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. 7 v.
  
- URBINA, Alberto Trueba. La Constitutio Mexicaine se reflète dans le Traite de Paix de Versailles de 1919. Paris, 1974.
  
- VIGORITTI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo. Mila-

no: Giufrè, 1979.

- VILLONE, Massimo. "La colocazione istituzionale dell'interesse diffuso (considerazioni sul sistema statunitense). La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milano: Giufrè, 1976.
- WATANABE, Kazuo (coord.). Juizado especial de pequenas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- WEFFORT, Francisco C. et alii (orgs.). Direito, cidadania e participação. São Paulo: Queiroz, 1981.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- \_\_\_\_\_ . Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Acadêmica, 1991.

B) REVISTAS:

- ATALIBA, Geraldo. "Tribunais de contas e a constituinte". Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São

- Paulo, n.54, p. 93 - 105, set. 1986.
- BARBI, Celso Agrícola. "Mandado de segurança na Constituição de 1988". Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 77, n. 635, p. 19 - 27, set. 1988.
  - BASTOS, Celso. "A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro". Revista de Processo, São Paulo, n. 23, p. 37 - 45, jul/set. 1981.
  - BERMUDES, Sérgio. "O mandado de injunção". Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 78, n. 642, p. 21 - 25, abr. 1989.
  - CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à justiça". Separata da Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 13 - 27, 1985.
  - \_\_\_\_\_. "Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea". Revista de Processo, São Paulo, a. 15, n. 60, p. 110 - 117, out./dez. 1990
  - \_\_\_\_\_. "Formazioni sociali e interessi di gruppo davante alla giustizia civile". Rivista do diritto processuale. Padova, n.30, p. 380 - 395, 1975.
  - \_\_\_\_\_. "Tutela dos interesses difusos". Separata da Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.1, n. 18, p. 28 - 51, 1985.

- CARLIN, Volnei Ivo. "O declínio da cultura e a corrosão do magistrado". Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, v. 11, n. 43, p. 29 -38, jan./mar. 1984.
  
- \_\_\_\_\_. "A independência do Judiciário como condição pragmática do exercício da função jurisdicional". Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, v. 13, n. 48, p. 35 -36, abr/jun. 1985.
  
- \_\_\_\_\_. "Independência do magistrado: é um mito ou uma realidade?". Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, a. 11, n. 41, p. 33 - 36, 1983.
  
- \_\_\_\_\_. "O judiciário e a nova Constituição. Revista Seqüência. Florianópolis, n.12, p. 9 - 21, jun. 1986.
  
- \_\_\_\_\_. "O juiz e sua consciência: o que é ser justo?" Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, v. 12, n. 45, p. 49 - 50, jul/set. 1984.
  
- \_\_\_\_\_. "O papel do juiz na sociedade moderna". Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 11, n. 39, p. 29 -50, jan./ mar. 1993.
  
- CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. "Da tutela preventiva dos direitos difusos pelo Ministério Público". Justitia. São

- Paulo, v. 47, n.131, p. 279 - 289, set. 1985.
- CARVALHO, Amilton Bueno de (org.). Revista de direito alternativo. São Paulo, n. 1, 1992.
  - \_\_\_\_\_ . Revista de direito alternativo. São Paulo, n. 2, 1993.
  - CURY, Munir. "Menor e constituinte". Cidade Nova. São Paulo, v.29, n. 617, p. 8 -10, jun/jul. 1986.
  - DINAMARCO, Cândido R. "O Poder Judiciário e o meio ambiente". Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 77, n. 631, p. 24 - 28, maio 1988.
  - DOTTI, René Ariel. "A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos". Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 23, n. 90, p. 177 - 204, abr/jun. 1986.
  - FAGUNDES, Miguel Seabra. "A crise do Poder Judiciário". Revista de Processo. a. 15, n. 60. p. 118 - 121, out/dez. 1990.
  - FALCAO, Djaci. "O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional". Revista de Processo. a. 14, n.53, p. 201 - 208, jan./mar. 1989.
  - FRONTINI, Paulo Salvador et alii. "Ministério Público, ação civil pública e defesa dos interesses difusos". Justitia,



São Paulo, v. 47, n. 131, p. 263 - 278, set. 1985.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A crise do Poder Judiciário". Revista de Direito Público. a. 24, n. 98, p. 18 - 32, abr/jun. 1991.
  
- \_\_\_\_\_ . "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias". Revista de Processo. a. 12, n. 46, p. 60 - 83, abr/jun. 1988.
  
- MAZZILLI, Hugo Nigro. "O acesso à Justiça e o Ministério Público". Revista dos Tribunais. São Paulo, v.77, n. 638, p. 241 - 249, dez. 1988.
  
- \_\_\_\_\_ . "Perspectivas da atuação do Ministério Público na área da infância e da juventude". Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 78, n. 645, p. 28 - 39, jul. 1989.
  
- MIRRA, Alvaro Luiz Valery. "Interesses difusos: a ação civil pública e a Constituição". Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 24, n. 94, p. 169 - 174, abr./jun. 1987.
  
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro". Revista Forense. v. 77, n. 276, p. 1 - 6, out/dez. 1981.

- NERY JR., Néilson. "A ação civil pública". Justitia. São Paulo, v. 45, n. 120, p. 79 - 88, jan/mar. 1983.
- OLIVEIRA, Carlos A. "Procedimento e ideologia". Ajuris. Porto Alegre, v. 33, p. 77 - 83, mar. 1985.
- OLIVEIRA, Lourival G. de. "Interesse processual e mandado de segurança coletivo". Revista de processo. São Paulo, v. 14, n. 56, p. 75 - 99, out/dez. 1989.
- PASOLD, Cesar Luiz. "Função social do Estado contemporâneo: algumas questões conceituais". Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Florianópolis, n. 2, p. 51- 57, jul/dez. 1984.
- SEDA, Edson. "O Estatuto responde". Rio de Janeiro, s/d. (texto mimeografado).
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. "Destinação e utilidade do mandado de injunção". Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 673, p. 42 - 46, nov. 1991.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "O direito e a Justiça do menor". Revista dos Tribunais. a. 78, n. 650, p. 12 - 20, dez. 1989.
- TOURINHO, Arx da Costa. "Intervencionismo estatal e direito

penal econômico". Revista de Informação Legislativa.  
Brasília: Senado Federal, a. 4, n. 15, p. 45 - 54, jul/set.  
1977.

- WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Anotações sobre o princípio do devido processo legal". Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 78, n. 646, p. 33 - 40, ago. 1980.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. "O direito de permanência dos pais ou responsável junto à criança ou adolescente hospitalizados". Revista Seqüência. Florianópolis, n. 22, p. 92 - 101, jun. 1991.

#### C) TESES E DISSERTAÇÕES:

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O discurso da cidadania: das limitações do jurídico às potencialidades do político. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade em Direito. Florianópolis, 1987.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. O pluralismo e o controle dos poderes do Estado. Tese apresentada no Curso de Pós-graduação em Direi-

to da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Florianópolis, 1993.

- PETRY VERONESE, Josiane Rose. O problema do menor: uma abordagem jurídico-política. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade em Direito. Florianópolis, 1988.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. O sujeito de direito: uma abordagem interdisciplinar. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade em Direito. Florianópolis, 1991.
- SOUZA, José Guilherme de. A criação judicial do direito. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas. Florianópolis, 1989.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo: indo além do senso comum. Tese apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para ob-

tenção do título de Doutor em Direito. Florianópolis, 1992.

- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: o espaço de práticas sociais alternativas. 2 vols. Tese apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Florianópolis, 1992.

D) ARTIGOS DE JORNAL E PERIODICOS:

- AMORIM, Antônio Carlos. "O controle externo no Poder Judiciário". Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 10 - 11 jun. 1993. Direito & Justiça. p. 21.
- CENEVIVA, Walter. "Formalismo impede a aplicação justa do Direito". Folha de São Paulo, São Paulo, 6 fev. 1994. Cotidiano, p. 4-2.
- CARLIN, Volnei Ivo. "Controle externo do Judiciário". Diário Catarinense, Florianópolis, 18 nov. 1993. p. 02.
- \_\_\_\_\_. "Da aparência e da essência". O Estado, Florianópolis, 25-26 dez. 1993. p. 02.

- DIARIO DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. Lisboa, 8 out. 1975. n. 59, p. 1793.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Proteção ao meio ambiente e ao consumidor". O Estado de São Paulo, São Paulo, 19 dez. 1985. p. 71.
- "Pesquisa revela opinião de juizes sobre o Judiciário". Folha de São Paulo, São Paulo, 17 abr. 1994. Cotidiano, p. 4 - 2.
- "Projeto sobre Justiça Militar poder ser alterado". Folha de São Paulo, São Paulo, 4 jul. 1993. Cotidiano. p. 4 - 2.
- "Regime militar de 64 modernizou economia e esmagou liberdades". Folha de São Paulo, São Paulo, 27 mar. 1994. Especial B-1. p. 1 - 12.
- REZENDE, Sérgio. "Proposta retrógrada para a reforma do judiciário". Folha de São Paulo, São Paulo, 24 abr. 1994. Cotidiano. p. 4 - 2.

D) SEMINÁRIOS E CONFERÊNCIAS:

- BASTOS, Márcio Thomas. "Estrutura do Poder Judiciário e con-

trole externo". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro de 1992. p.107 - 112.

- BATOCHIO, José Roberto. "A inviolabilidade do Advogado em face da Constituição de 1988. Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Vitória, setembro de 1992. p. 201 - 209.
- BULHOES, Antônio N. A. (coord.) "Efetivação do acesso à Justiça". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Vitória, setembro de 1993. p. 187 - 190.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A nova cidadania". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro de 1993. p. 43 - 59.
- CURY, Munir. "A regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes". Conferência proferida em 19 de dez. de 1989 no Seminário Estadual sobre a regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes na nova ordem constitucional. Florianópolis, 1989. (Mimeogr.).
- FAGUNDES, Miguel Seabra. "Cidadania na Constituição". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro de 1992. p. 65 - 71.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "O acesso à Justiça no ano 2000". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro

- de 1992. p. 97 - 106.
- LACERDA, Galeno de. "Ação civil pública e meio ambiente". Conferência proferida a 4 de maio de 1988 no Seminário Internacional de Direito Ambiental. São Paulo, 1988. (Mimeogr.).
  - LOBO, Paulo Luiz Neto (coord.). "Ensino jurídico - OAB". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Vitória, setembro de 1992. p. 285 - 306.
  - MACHADO, Marcello Lavanère. "Justiça social e direito injusto". Anais da IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 2 a 6 de maio de 1982. p. 492 - 517.
  - MURICY, Marília. "Cidadania, Estado e sociedade civil". Anais da IX Conferência Nacional da OAB. Vitória, setembro de 1992. p. 60 - 64.
  - OLIVEIRA, Régis Fernandes de. "Medidas de efetivação de acesso à Justiça". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro de 1993. p. 191 - 195.
  - SAULE JR., Nelson. "Assistência jurídica como instrumento de garantia dos direitos urbanos e cidadania". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Vitória, setembro de 1993, p. 113 - 125.



- TORRES, João Carlos B. "Cidadania: exercício de reivindicação de direitos". Anais da XIV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Vitória, setembro de 1992. p.343 - 348.

F) JURISPRUDENCIA:

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Natureza do mandado de injunção nº 168-5, Humaitá SA e Presidente da República e Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 21 de março de 1990. Diário da Justiça, [Brasília], v. 76, p. 3047, 20 abr. 1990.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 8.443, de Xaxim. Ministério Público X Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Rubem Córdova. Florianópolis, 3 de maio de 1994. Diário da Justiça n. 8.996, p. 08, de 26 e maio de 1994.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 7.569, de Imaruí. Ministério Público X Estado de Santa Catarina. Relator: Wilson Guarani. Florianópolis, 8 de junho de 1993. Diário da Justiça n. 8.779, p. 06, de 7 de julho de 1993.

## ANEXO I

### Poder Judiciário X Controle Externo

Quando se defende a tese de que se faz mister, na atualidade, que o magistrado tenha uma postura crítica, criativa e consciente e de que a Justiça não pode ser reduzida a um tecnicismo de composição formal das lides, e por outro a defesa da independência do Poder Judiciário, a qual corresponde a sua independência política e de seus órgãos, no sentido de se evitar que tal poder fique subordinado aos poderes políticos, aos partidos, entre outras pressões a que poderia, eventualmente, ser submetido, não importa a defesa de um isolamento estéril, fruto de um corporativismo que o torna organizacionalmente fechado.

Justamente o que se tem aí, na expressão de CAPPELLETTI é uma "absolutização da independência"<sup>1</sup>, que torna o Judiciário uma instituição isolada da sociedade e do próprio Estado. O resultado deste isolamento, além de torná-lo fechado, alheio ao corpo social, transformou também cada membro da

---

1. CAPPELLETTI, Mauro. Juizes irreponsáveis?. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 87.

magistratura, individualmente considerado, numa espécie de concha, a qual tem a própria existência separada e imune a controles internos e até externos, com raríssimas exceções.

Embora a sociedade contemporânea seja caracterizada (ou deva se caracterizar) pelo fenômeno da "politização" e "socialização" das funções judiciárias, ensina o mestre italiano que a atividade judicial deve ser controlada por um instrumental capaz de, preservado o grau de autonomia dos juizes, estar aberta a instâncias da sociedade, desta forma dever-se-ia adotar, segundo CAPPELLETTI, o modelo da "responsabilização social":

"Trata-se (...) de um modelo que procura combinar razoável medida de reponsabilidade política e social com razoável medida de responsabilidade jurídica, em todos os seus subtipos principais - penal, civil e disciplinar -, evitando, de um lado, subordinar os juizes aos poderes políticos, aos partidos políticos e a outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém, de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura e igualmente a anarquia incontrolada e irresponsável dos membros individuais do judiciário".<sup>1</sup>

O argumento defendido pelo autor citado, de que a maior abertura e sensibilização do juiz, correspondem, também, a uma maior reponsabilidade perante a sociedade, em sintonia com a própria idéia mestra do sistema democrático de governo, segundo o qual "o poder, para não degenerar, nunca deve ser deixado sem controle, e que, igualmente, quem tem o poder de controle não

---

1. CAPPELLETTI, M. - Idem, p. 89-90.

deve ser irresponsável no exercício de tal poder".<sup>1</sup>

Este novo modelo reflete a tendência evolutiva dos modernos sistemas jurídicos de abandono da concepção tradicional do Direito e da Justiça, segundo a concepção "oficial" dos que elaboram as leis, dos que governam, julgam, administram, mas o entendimento mais democrático, a "dos consumidores do Direito e da Justiça", ou seja, em função dos usuários desse sistema.<sup>2</sup>

No Brasil, perdeu-se a oportunidade de se criar com a Constituição Federal de 1988, um órgão misto e externo de controle do Poder Judiciário.

A tese desse controle externo, defendido por juristas do porte de GRINOVER, encontra inusitadas barreiras<sup>3</sup>, tendo em vista que entendem, os que obstam o seu surgimento, que a própria Constituição Federal teria seis mecanismos de controle, quais sejam:

10) O ingresso na atividade jurisdicional, isto é, na carreira de juiz de direito se efetua através de concurso público, no qual há a participação em todas as etapas, da Ordem

---

1. CAPPELLETTI, M.- Idem, p. 91. Aliás, convém lembrar a célebre frase de MONTESQUIEU, em **O espírito das leis**: "Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder".

2. CAPPELLETTI, M.- Idem, ibidem.

3. Cite-se, exemplificativamente, Antônio Carlos Amorim, Antônio de Pádua Ribeiro, José Renato Nalini, Thiago Ribas Filho, Luiz Flávio Gomes e Waldemar Zveiter, sendo que estes dois últimos defendem o surgimento da criação de um controle interno, tal qual o sugerido por Carlos Mário da Silva Velloso, isto é, o Conselho Superior da Magistratura Nacional.

dos Advogados do Brasil, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação - art. 93,I, da C.F.

20) Os julgamentos são públicos e fundamentadas todas as decisões - art. 93,IX, C.F., o que demonstra que o ato judicial está exposto ao acompanhamento direto das partes interessadas ou até mesmo de qualquer cidadão que queira assistir às sessões e conhecer as razões do decidido (ainda que leigo em direito).

30) Os tribunais de segundo grau, sejam estaduais, sejam federais, têm reservado, segundo os ditames do art. 94, C.F, um quinto dos lugares para profissionais oriundos do Ministério Público e da advocacia.

40) Segundo o que prescreve o art. 99, C.F., a autonomia administrativa e financeira concedida ao Judiciário é limitada por orçamentos estipulados em conjunto com os poderes Executivo e Legislativo.

50) Os gestores e unidades administrativas do Poder Judiciário estão sujeitos a permanente fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial perante os Tribunais de Contas - art. 71,II e IV, C.F..

60) A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Senado Federal, por indicação do Presidente da República, segundo o que determina o art. 101, C.F..

Segundo esta ótica, tendo em vista estes controles internos e externos, qual seria então o objeto deste "controle externo" de que tanto tem se falado? A criação de um órgão controlador parece ter um único destino, ressalta AMORIM:

"(...)exercer pressões sobre o livre convencimento do julgador, em face das provas que lhe foram oferecidas pelas partes. Nem os membros do Legislativo e do Executivo submetem-se a tal controle. Não se dirá a um parlamentar como deve votar acerca de determinado projeto de lei; nem se imporá à autoridade administrativa tal ou qual interpretação sobre o que seja o interesse público a acudir, com as verbas disponíveis; nem o Advogado aceitará que se lhe tutela a orientação técnica que imprimirá à demanda cujo patrocínio assumiu.

Controle de consciência controle não é. Ao menos no sentido jurídico-administrativo do termo.

É concepção ditatorial do exercício do poder público ou canal aberto para dar tudo aos amigos e aos inimigos a lei".<sup>1</sup>

---

1. AMORIM, Antonio Carlos. "O controle externo do Poder Judiciário" in *Jornal do Comércio*. Direito & Justiça, Quarta-feira, 10 e sexta-feira, 11 de junho de 1993. p. 21. Para o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador Amorim, não há qualquer objetividade a criação de um órgão externo, pois entende que:

"Não serão objeto do controle externo proposto os aspectos de administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, porque já sob o controle das Cortes de Contas competentes, as quais, reitera-se, sublinhando, não são tribunais judiciais, mas órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

Tampouco serão objeto de tal controle os aspectos relacionados com a publicidade dos julgamentos, porque já sob o controle direto dos interessados em cada processo (por si e por seus Advogados), bem como de qualquer cidadão.

Muito menos poderia o objeto do controle externo confundir-se com revisão da correta aplicação das leis, em cada litígio; a sociedade não aceitaria prolongar ainda mais a tramitação dos processos, já sujeitos a tantos recursos, perante várias instâncias, sempre habilmente manejados pelos Advogados. Fôra esta a meta do controle externo, e melhor seria alcançada por uma reforma da legislação processual, para simplificar e dinamizar o andamento das causas.

Também não se imagina que o controle externo pudesse transfigurar-se em departamento de recrutamento e seleção de juizes mais preparados para o exercício do cargo. Nenhum órgão burocrático aferirá de modo mais adequado e transparente a qualificação dos candidatos do que o concurso público já previsto na Constituição. E com a participação dos Advogados.

O que sobraria, então, para ser o objeto do controle externo sobre o Judiciário e as demais funções essenciais à Justiça? Se todos os dados objetivos da atuação dessas funções já estão sob controles (externos e internos), sobram os aspectos subjetivos. Mas estes concernem à consciência moral e profissional dos que julgam ou participam da distribuição da Justiça. E consciência não se pode aprisionar a controles formais, sob pena de ceder espaço para a injustiça, ou para a justiça sob prismas

No entanto, apesar destes supostos controles já previstos na atual Constituição Federal, faz-se necessário que se amplie o modo de encarar a responsabilidade do juiz que não mais pode ser subtendida como responsabilidade legal - penal, civil, administrativa -, entende com razão GRINOVER que é imprescindível que se reconheça a **responsabilidade processual**, que diz respeito aos poderes decorrentes da condução do processo e a **responsabilidade política**, no tocante a atuação do juiz em relação à sociedade.<sup>1</sup>

-----  
..Continua....

personalistas e desvinculados da ordem jurídica".

1. GRINOVER, Ada Pellegrini. "A crise do Poder Judiciário" in **Revista de direito público**. a. 24, n. 98, abr/jun. 1991, p. 24.

Descreve a autora que no Brasil, somente a responsabilidade criminal é a que tem um melhor delineamento, ao passo que a responsabilidade civil dos juizes é praticamente inexistente. Mesmo que se reconheça que independência não implica em irresponsabilidade, acontece que aqui privilegia-se por demais aquela, descurando-se desta última. No que tange a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos jurisdicionais, parte da doutrina e correspondente jurisprudência defendem a tese da irresponsabilidade, excetuando-se a indenização decorrente de erro judiciário. A Carta Magna de 1988 ao referendar a tradicional expressão "responsabilidade pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros", substituiu a palavra *funcionários* por *agentes*, além de inserir tal disposição no Capítulo referente à Administração Pública. "Desse modo, se é certo que a melhor doutrina extrai do mesmo dispositivo constitucional as regras para a responsabilidade do Estado por atos imputáveis ao juiz, assim como aquela oriunda de defeitos dos serviços da justiça, bem como a obrigação de reparar os erros judiciários, é possível que permaneçam resistências a tal exegese, sobretudo na jurisprudência" (p. 24).

Quanto a responsabilidade disciplinar o que acontece na prática é fruto da estrutura burocrática e hierarquizada do próprio Judiciário: "A atividade censória, atribuída unicamente a membros da magistratura e exclusivamente exercida **interna corporis**, apresenta a conhecida desvantagem da permissividade, com raras aplicações de penalidades. As promoções dos juizes, no plano horizontal e vertical, também são da alçada exclusiva dos Tribunais, com muitos riscos de nepotismo" (p. 24).

A denominada **reponsabilidade processual**, segundo a autora, a qual se refere a "contenção do juiz em seus poderes de direção do processo, pelo controle de sua atuação e para a tutela das partes contra os excessos porventura praticados", realiza-se no Brasil, sobretudo, através do Mandado de Segurança contra determinado ato judicial, o qual tem se revelado como um mecanismo poderoso contra as ilegalidades ou arbitrariedades dos magistrados.<sup>1</sup>

No tocante à **responsabilidade política**, não há qualquer espécie de controle. Primeiramente, a seleção e recrutamento dos juizes brasileiros se dá, como já foi colocado, através de concurso público e não por meio eletivo; em segundo lugar, a carreira em seu aspecto evolutivo, é estabelecida pelos tribunais, os quais têm, igualmente, o controle disciplinar; o terceiro óbice que pode ser apontado relaciona-se com a linguagem judicial, de compreensão extremamente difícil e sofisticada, que praticamente bloqueia um controle popular; e por último, há que se considerar a questão de que a opinião pública no Brasil, tem, infelizmente, pouca atuação, fato este que se agrava quando distorcido pelos meios de comunicação ou manipulado para fins políticos. A "opinião pública, para efetivamente constituir-se num dos meios mais eficazes de controle político, depende da existência, no corpo social, de valores comuns, difíceis de se encontrar numa sociedade

---

1. GRINOVER, A. P. - Idem, p. 25.



heterogênea como a brasileira".<sup>1</sup>

Mesmo tendo a Constituição Federal de 1988, inserido em seu texto garantias processuais, de natureza essencialmente política como é o caso da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e a publicidade de todos os atos processuais e julgamentos, tais princípios têm servido como mais uma garantia das partes, enquanto não são avocados pelos operadores jurídicos e pela sociedade, como um importante mecanismo de fiscalização da função judicante.

Ressalta, ainda, GRINOVER:

"Mas não é admissível que, por razões exclusivamente corporativas, a magistratura brasileira recuse qualquer controle externo. Sobretudo quando é ela chamada a exercer funções que não são mais estritamente jurídicas, mas necessariamente transbordam para o campo político. Os acrescidos poderes do juiz no processo; à sua transformação, de árbitro de contendas puramente jurídicas, em árbitro de conflitos sociais e políticos, não podem deixar de corresponder efetivos mecanismos de controle e fiscalização: seja no sentido negativo, de maior responsabilidade, seja no sentido positivo de estímulo para a ascensão na carreira."<sup>2</sup>

Uma gama significativa de juristas<sup>3</sup> propugnam pela criação de um Conselho Nacional da Magistratura que teria sob sua responsabilidade duas tarefas básicas: "do controle disciplinar

---

1. GRINOVER, A.P. - Idem, ibidem.

2. GRINOVER, A.P. - Idem, ibidem.

3. Cite-se Luiz Flávio Gomes, Waldemar Zveiter, Francisco Rezek, Carlos Mario da Silva Velloso, entre outros.

de todos os juizes do país (esse controle seria originário em relação aos juizes de tribunais e em grau de recurso aos juizes de primeiro grau), bem como da qualidade do juiz e do serviço prestado por todos os órgãos jurisdicionais".<sup>1</sup> Teria ainda a seus cuidados a fiscalização dos atos administrativos realizados pelos tribunais e os que se referem à gestão orçamentária. Lembrando-se por se tratar de um órgão que unificaria a política judicial do país inteiro, teria a função correicional - fiscalização -, sem impedir a atividade correicional praticada pelos já existentes órgãos censórios nos mais variados setores do Judiciário. Teria, por último, a tarefa de zelar pelo contínuo aprimoramento e aperfeiçoamento dos juizes, do planejamento da política judicial, de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura ( que até o momento não fora ainda aprovado), bem como a garantia de independência do juiz e autonomia da magistratura.<sup>2</sup>

Entende GOMES que:

"O Judiciário necessita de um órgão nacional de controle, que receba as reclamações contra as atividades administrativas dos juizes e tribunais, assim como contra a qualidade do serviço judicial prestado, excluindo-se a estrita atividade jurisdicional que já está sujeita ao controle recursal. Os Tribunais devem controlar os juizes e o Conselho Nacional deve controlar diretamente os Tribunais e indiretamente todos os juizes, mas sempre no que diz respeito ao âmbito administrativo e disciplinar. De modo algum, o Conselho Nacional

---

1. GOMES, Luiz Flávio. A questão do controle externo do Poder Judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado democrático de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 36 - 37.

2. GOMES, Luiz F. - Idem , p. 37.

de Controle da Magistratura pode ser transformado em mais um grau de jurisdição (ninguém mais suporta tantos graus de jurisdição). A idéia não é essa. Seria um órgão que iria se encarregar, em síntese, do controle disciplinar e de qualidade da prestação jurisdicional".<sup>1</sup>

No entanto, este órgão tem como peculiaridade ser um controle interno, uma vez que não permite que o integre nenhum outro membro que não pertença ao Poder Judiciário, sob a defesa de que se assim não fosse, se estaria ferindo a Constituição Federal e colocando em risco a independência deste poder.<sup>2</sup>

Parece ser mais adequada a posição de CARLIN,<sup>3</sup> que numa visão mais progressista, postula pela criação de um Conselho Nacional de Justiça, cujos componentes não pertencerão ao sistema. Tem-se dessa forma a possibilidade de, concretamente, democratizar-se o Poder Judiciário, pois o surgimento do Conselho tornaria o Judiciário mais transparente, e ainda ensejaria uma melhor qualidade dos serviços por ele prestados.

Nesse sentido, explica o autor citado:

---

1. GOMES, L. F. - Idem, ibidem.

2. GOMES, L. F. - Idem, p. 38. Segundo esse autor "Quando nos posicionamos contra o controle externo, portanto, não estamos advogando por uma magistratura imune e sem freios. O que desejamos é um eficiente, criterioso e sobretudo transparente controle interno, de responsabilidade das corregedorias e tribunais assim como do Conselho Nacional. Se uma questão disciplinar de um juiz não encontra um justo equacionamento nos tribunais, que continuarão normalmente com sua atividade censória, será possível corrigir eventual falha perante o Conselho Nacional da Magistratura" (p. 38).

3. CARLIN, Volnei Ivo. "Controle externo do Judiciário" in *Diário Catarinense*, Florianópolis, 18 de nov. 1993. p. 02.

"Sentimos, porém, necessidade de uma inspeção correcional que examine a atividade administrativa e disciplinar dos membros do Judiciário, com uma normatividade própria e diante da concepção da inexistência de repartição que seja indevassada e que se sobreponha ao esquema genérico de fiscalização imposta a toda a atividade estatal, de tal sorte que os componentes da Instituição continuem intangíveis. Tal postura, sem indefinições, ao contrário do que se afirma, auxiliaria no aprimoramento deste serviço público, sem riscos de influir na independência e imparcialidade do juiz, deixando incólume a estabilidade jurídica, as idéias inerentes à reconstrução da cultura ética e soerguendo uma democracia que possibilitará um diálogo entre todos os poderes e a própria sociedade".<sup>1</sup>

---

1. CARLIN, V. I. - Idem, ibidem.

## ANEXO II

### **Acesso à Justiça: admissibilidade de todas as ações para a defesa dos interesses da criança e do adolescente**

NAGIB SLAIBI FILHO,<sup>1</sup> ao estudar o art. 212 da Lei n. 8.069/90, apresenta algumas ações que, provavelmente, serão as mais utilizadas na defesa dos interesses difusos afetos à criança e ao adolescente:

1) **Habeas Corpus:** art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal; art. 647 e ss. do Código de Processo Penal. Este instituto protege o direito de locomoção, cuja expressão foi extraída da parte inicial da frase latina: "Tomes o corpo e venhas submeter ao Tribunal o homem e o caso".

A origem deste instrumento encontra-se no direito inglês, na Magna Carta de 1215. No direito brasileiro, surgiu, primeiramente, no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, o qual em seu art. 340 prescrevia que "todo cidadão que

---

1. SLAIBI FILHO, Nagib. "Da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos" in SIQUEIRA, Liborni (coord.) **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 245.

entender que ele, ou outrem, sofre uma prisão ilegal ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor".

A primeira constituição republicana, de 1891, em seu art. 72, § 22, determinava: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder". Tendo sido omitida a referência ao direito de locomoção, essa redação permitiu que fosse utilizado para a proteção de outros direitos, teoria esta que ficou conhecida como a doutrina brasileira do *habeas corpus*, acolhida inclusive em inúmeros julgados.

Com a reforma constitucional de 1926, pôs-se um fim a essa doutrina, tendo o art. 72, § 22 recebido nova redação, que restringiu a aplicabilidade desse instituto à proteção do direito de locomoção: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Na atual Constituição, está previsto no inciso LXVIII do art. 5º: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (só não sendo cabível "em relação às punições disciplinares militares" - art. 142, § 2º, C. F.).

Com o intuito de garantir a acessibilidade a todos, o art. 5º, inciso LXXVIII, C. F., determina a sua gratuidade.

Os pressupostos para a sua propositura são:

- a - ilegalidade ou abuso de poder, seja por parte de autoridade pública, seja por parte de particular;
- b - violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

2) **Mandado de Segurança Coletivo:** este instituto constitui numa das inovações elencadas na Constituição Federal de 1988, cujo art. 5º, LXX, prescreve:

"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;"

É necessário observar que esse instituto jurídico não se restringe à tutela dos interesses coletivos, servindo-se, também, para os difusos.

A respeito, preleciona BARBI:

"Dentro dessa perspectiva evolucionista, cabe indagar se o mandado de segurança coletivo, criado na nova Constituição Federal, é adequado para a proteção desses interesses legítimos, difusos ou coletivos.

O primeiro elemento a considerar nessa indagação é o fato da Lei Maior dar legitimação a partidos políticos, ao lado da concedida a sindicatos e entidades de classe e associações.

Os sindicatos, as entidades de classe e associações geralmente reúnem pessoas com *interesses* comuns, que são a causa dessa aproximação (...).

Em favor dessa tese existe a circunstância de o texto legal referir-se expressamente à *defesa dos interesses* dos membros ou associados. Se o legislador usasse a expressão *direitos*, poder-se-ia entender que a proteção seria apenas de *direitos subjetivos*. Mas, como a palavra empregada é *interesses*, não vemos razão para dar-lhe interpretação restritiva, como se se referisse apenas a direitos subjetivos."<sup>1</sup>

Assim, a despeito do nome, o mandado de segurança coletivo aplica-se, também, às pretensões difusas, através da legitimação extraordinária da associação legalmente constituída, em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos respectivos interesses institucionais. Denota-se aqui, o objetivo de se evitar a impetração do *mandamus* por entidades constituídas aleatória e transitoriamente.

Quanto a este entendimento, aplica-se a crítica elaborada no capítulo 3 desta tese, ou seja, a exigência de que as associações estejam constituídas há pelo menos um ano pode implicar um óbice ao acesso à justiça e conseqüentemente ensejar prejuízos aos que estão envolvidos nessa esfera difusa de interesse.

Vale lembrar que quanto ao processo, devem ser observados os mesmos procedimentos e exigências estabelecidos para o mandado de segurança individual, conforme o art. 50, LXIX, da Constituição Federal e o disposto na Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

---

1. BARBI, Celso Agrícola. "Mandado de segurança na Constituição de 1988". in *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 635, nov. 1988. p. 22.



3) **Mandado de Injunção**: constante no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal:

"conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;"

Estudiosos dessa nova figura constitucional, STRENGER e DINIZ,<sup>1</sup> admitem que o mandado de injunção poderá ser utilizado, desde logo, por todo aquele que demonstrar um nexó causal entre a omissão legislativa e a inviabilidade de exercício dos direitos previstos na Magna Carta, sem nenhum tipo de exceção.

Para CRETELA JUNIOR,<sup>2</sup> o mandado de injunção consiste numa ação civil de rito sumário, que permitirá ao portador de um direito subjetivo público ou privado, assegurado na Constituição Federal, exigir, junto ao Poder Judiciário, a efetivação dessas garantias, as quais está impedido de exercitá-las ante a carência de norma regulamentadora.

Segundo esta mesma linha de pensamento, acrescenta GOMES:

"Como ação de origem constitucional, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária. O

---

1. Cf. STRENGER, Irineu. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 15 e DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 37 a 40.

2. CRETELA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 v. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 724.

dispositivo que o criou é auto-suficiente e auto-aplicável, mesmo porque seria contraditório exigir-se regulamentação para um mecanismo destinado, ele próprio, a fazer cumprir normas constitucionais pendentes de regulamentação. Tendo o constituinte optado por texto em que se eliminou a referência ao rito processual adotável para a apreciação pelos tribunais do remédio, incumbirá a tais órgãos, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, construí-los em seus regimentos, sem cuidar de restringir seu alcance ou impor obstáculos ao seu exercício".<sup>1</sup>

No entanto, não tem sido essa a orientação assumida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que este órgão posiciona-se no sentido de que sua competência se restringe em confirmar a existência de omissão de regra que assegure o exercício de um direito e fazer saber ao Poder Legislativo a referida omissão.<sup>2</sup>

Parece oportuno entender como auto-aplicável esse importante instituto inserido na atual Constituição Federal, pois negar essa sua aplicabilidade importaria opor-se à própria Lei Maior que em seu art. 5º, § 1º, prescreve: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

---

1. GOMES, Randolpho. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1989. p. 25.

2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Natureza do mandado de injunção. Mandado de injunção nº 168-5. Humaitá SA e Presidente da República e Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 21 de março de 1990. **Diário da Justiça**. Brasília: (76): 3.047, 20 abr. 1990, o qual firmou a seguinte jurisprudência:

"O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado".

SLAIB FILHO,<sup>1</sup> lembra, oportunamente, o art. 16, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual designou como direito da criança e do adolescente o de participar na vida política, "na forma da lei". Ora, no caso de essa matéria não vir a ser regulamentada, caberá o uso desse *writ*, de forma a viabilizar o exercício de tal direito de cidadania.

Tal instituto constitucional não conseguiu convencer a cúpula conservadora e temerosa de transformações do Poder Judiciário, a qual, no dizer de FARIA:

"matou praticamente na raiz a figura do **mandado de injunção**, uma inovação que poderia ter agilizado a renovação de nosso direito, a concretização de direitos sociais negados por falta de regulamentação e a legitimação de uma ordem constitucional cujas graves falhas no capítulo da ordem tributária e político-administrativa têm servido de pretexto para a defesa da supressão de suas inovações no capítulo dos direitos fundamentais".<sup>2</sup>

4) **Ação Popular:** A ação popular tem sua origem no direito romano, no qual qualquer pessoa do povo (*populus*) podia fazer uso da mesma para defender interesses da coletividade.

O sistema jurídico brasileiro previu, pela primeira vez, essa figura na Constituição de 1934, abolida na de 1937 e

---

1. SLAIBI FILHO, N. - Op. cit. p. 245.

2. FARIA, José Eduardo. "As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais" in CARVALHO, Amílton de. *Revista de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, n. 2, 1993. p. 46.

restaurada na de 1946. É de se observar que em nenhuma delas apareceu a expressão "ação popular". Isso se deu somente em 1965, com a edição da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, ainda em vigor.

Apesar do fato de terem transcorrido dezenove anos da data de sua efetiva instituição a nível constitucional (1946) até a sua regulamentação (1965), a mesma pôde ser utilizada, pois entendia-se que o dispositivo era auto-aplicável.

A Carta Política de 1967 prescrevia que a ação popular só era cabível em se tratando da proteção do patrimônio público.

Este quadro foi ampliado com a Constituição de 1988, que passou a admitir a sua propositura em quatro hipóteses: lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Prevalecendo, contudo, suas duas características básicas: primeiro, de que a sua titularidade cabe a qualquer cidadão e, segundo, de que este age na defesa do interesse público (em seu sentido lato) e não de uma pretensão individual. Por essa razão tem sido admitido como um direito de natureza política, uma vez que implica o controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Lei Maior quis proteger.

**5) Ação Civil Pública:** A ação civil pública, consagrada na Lei n. 7.347/85, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 210 e 224, cuja importância e oportunidade já foram analisados nos capítulos deste trabalho, prescinde,

portanto, de nova análise neste momento.

6) **Ações de procedimento comum:** sejam elas ordinárias ou sumaríssimas, que poderão, em alguma hipótese, serem utilizadas.

7) **Ações Especiais:** Quanto a essas ações, deve-se ter em vista não somente as previstas no Código de Processo Civil, como a ação de consignação em pagamento - arts. 890 a 900, a ação de depósito - arts. 901 a 906, mas as existentes na legislação extravagante, como é a ação mandamental do art. 212, § 2º, da Lei n. 8.069/90.

A ação mandamental tem por objeto os atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que esteja no exercício de atribuição do Poder Público.

Caberá a referida ação se o ato que emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos (de qualquer nível federativo) ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas, for ilegal ou abusivo.

Isso significa que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). E, ainda, os atos praticados por particulares que ajam por

delegação do poder público.<sup>1</sup>

A propósito, no âmbito judicial, a necessidade de uma melhor compreensão dessa matéria, fez surgir a Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe mandado de segurança ou medida judicial".

Como foi possível constatar, do rol das ações apresentadas, a Constituição Federal optou por uma política de liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam*, objetivando a tutela dos interesses transindividuais e, portanto, difusos.

---

1. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 444.



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de instrumento n. 8.443, de Xaxim.  
Relator: Des. Rubem Córdova.

PASTA 1013  
DJ Nº 8.996  
DE 26/05/84 PAG. 08

Agravo de instrumento interposto contra liminar concedida ab initio nos autos de ação civil pública aforada por Representante do Ministério Público contra o Estado de Santa Catarina, objetivando compelir o Estado a efetuar a reforma de Escola Pública, sita na cidade e município de Xaxim, cujo prédio em que está instalada e funcionando se encontrava em estado de calamidade pública; no prazo de 60 dias, os consertos urgentes e, no de 180 dias, a obra nova, construção de mais salas de aula e laboratório, e uma quadra de esportes coberta; sob pena de multa diária de Cr\$50.000.000,00 (milhões), até a cessação da ilegalidade; e por esta via recursal pede a reforma da aludida liminar concedida para o fim do requerido apresentar, no prazo de 90 dias, projeto de atendimento, com prazos, das necessidades apontadas, sob pena de multa diária de Cr\$10.000,00, a partir do 6º dia, em favor do fundo indicado.

Processado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância, mantida a decisão pelo juízo de retratação.

Nesta Instância, a d. Procuradoria, sob o argumento de que presente o interesse coletivo, prescrito no art. 1º, IV, da Lei que disciplina a ação civil pública, opinou pelo desprovimento do agravo.

A Câmara decidiu acolher o pedido de reforma para declarar a extinção da ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Estado, por carência de ação, em face de impossibilidade jurídica do pedido, com base no art. 267, VI c/c o parágrafo 3º, do mesmo artigo, do CPC; uma vez que a pretensão deduzida na petição inicial não encontra admissibilidade no ordenamento jurídico vigente, na medida em que não podem o Juiz tanto quanto o próprio Tribunal avocar para si a deliberação de atos da Administração Pública, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

de exercício dos outros Poderes, Executivo e Legislativo, do Estado; tendo-se, ainda em consideração que a Administração nada pode fazer que não se contenha em seus recursos, e há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo, cujas atribuições igualmente restaram atropeladas; não se olvidando também que, ressalvados os casos especificados na legislação as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 27, XXI, da CF); e, sobretudo, que as hipóteses de ação civil pública no direito positivo brasileiro são enumeradas taxativamente pela lei, inobstante o alargamento do campo de abrangência pela Constituição Federal, para servir à proteção não só do patrimônio público e social mas também a todos os interesses difusos e coletivos, que no entanto não é o caso dos autos, ante a peculiaridade de que se reveste.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 8.443, da comarca de Xaxim, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravado o Representante do Ministério Público:





ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento contra liminar concedida nos autos de ação civil pública aforada por Representante do Ministério Público, na comarca de Xaxim, na pessoa do Dr. Promotor de Justiça, contra o Estado de Santa Catarina, pelos fatos e fundamentos jurídicos expostos na petição recursal; especificamente, sob a alegação de que a Escola Básica "Professor Custódio de Campos", estabelecida na cidade e município de Xaxim, deste Estado, se encontrava em precário estado de conservação ou de calamidade pública, e, por isso, providências administrativas ou governamentais se faziam necessárias, no sentido de sua recuperação imediata, fazendo-se então a reforma do prédio escolar, consertos de instalações internas, obras novas, além de outras necessidades ali apontadas, inclusive deficiências que comprometem a qualidade do ensino, que foram constatadas no local por ocasião de diligências realizadas, conforme comprovam os documentos inclusos; razão da propositura da ação civil pública contra o Estado, visando o cumprimento da lei, ou seja, de normas e princípios constitucionais, da Carta Magna e da Consti-



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

4

tuição Estadual, e de dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser a educação dever do Estado, ante a omissão governamental, em face de tal estado de coisas; para que seja compelido à satisfação incontinenti de tais necessidades arroladas na exordial, no prazo preestabelecido, sob pena de multa diária de Cr\$50.000.000,00 até a cessação da ilegalidade; pede afinal o agravante, Estado de Santa Catarina, a reforma do decisum, ante a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, com base no art. 267, VI, do CPC.

Ao ser recebida a petição inicial e documentos inclusos, concedeu-se, em termos, a liminar requerida, para o fim de compelir o Estado a apresentar, no prazo de 90 (noventa) dias, projeto de atendimento, com prazos, das necessidades apontadas, sob pena de multa diária de Cr\$10.000,00, a partir do 6<sup>o</sup> dia, em favor do fundo mencionado.

De cuja decisão o Estado recorreu, por esta via recursal, em que pede a reforma do decisum, pelo que se referiu atrás; por afrontar o princípio da tripartição dos poderes a peça inicial ajuizada pela representação ministerial; por se tratar de decisão divorciada de todo o ordenamento jurídico, que caracteriza impossibilidade jurídica e inexecutibilidade; passando o Judiciário a fazer



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

5

as vezes dos Poderes Executivo e Legislativo, pelas razões consignadas na petição do recurso interposto.

Processado o recurso, mantida a decisão pelo juízo de retratação, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

Nesta Instância, a d. Procuradoria opinou pelo desprovimento do recurso.

De fato, assiste razão ao agravante, ou seja, ao Estado de Santa Catarina; eis que, no caso sub judice, pelo que dos autos consta, impõe-se a extinção do processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido, que não encontra admissibilidade no ordenamento jurídico ou melhor na legislação em vigor; eis que as providências cobradas do Estado dependem de ato administrativo condicionado à conveniência e oportunidade; e ainda, em face da impossibilidade de substituição pelo Poder Judiciário de tal ato administrativo, da exclusiva competência e atribuição peculiar dos Poderes Executivo e Legislativo do Estado, face as normas constitucionais vigentes; pois, não podem o Juiz tanto quanto o próprio Tribunal avocar para si poderes que não têm, como, por exemplo, a deliberação de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade, que são da competência e atribuição exclusivas do Poder Executivo;



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

331

030

AI n. 8.443

6

sob pena de afronta ao princípio jurídico-constitucional que prescreve que os Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, são independentes e harmônicos entre si; e que há de ser observado e cumprido por todos que exerçam a autoridade do Estado, em qualquer de seus poderes; mesmo porque a pretensão em tela não encontra respaldo legal na legislação específica das ações civis públicas; razões pelas quais, ante a impossibilidade jurídica do pedido, impunha-se a decretação não da liminar, tão-só da carência de ação, com fundamento no art. 267, VI, do CPC; dando-se, assim, desse modo, provimento ao recurso para decretar a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, na forma requerida pelo agravante.

In casu, trata-se de matéria ou de tema absolutamente reservado à Administração Pública; daí por que lhe cabe, e não ao Poder Judiciário, a apreciação da conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício do Poder Executivo; para que não se caracterize intromissão ou indébita intromissão do Poder Judiciário em assunto que não lhe diz respeito, reservado à atuação dos outros dois Poderes do Estado.

A presente ação civil pública foi aforada por digno Representante do Ministério Público contra o Estado, em virtude de omissão governamental, no trato da



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

7

coisa pública; por ter sido a Administração Pública omissa com relação ao estado de calamidade pública em que se encontra o prédio em que se acha instalada e funcionando a Escola Básica "Professor Custódio de Campos", sito na cidade e município de Xaxim, deste Estado de Santa Catarina, que à época se encontrava em precário estado de conservação ou de habitabilidade, ao fim a que se destina, dependente de reformas, obras novas, e de aquisições de material didático, que poderia até comprometer a qualidade do ensino; olvidando, dessa maneira, que a educação é dever do Estado; razão da propositura da ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina, para que o Poder Executivo fosse obrigado a efetuar os reparos apontados e a suprir as necessidades arroladas; o que foi deferido liminarmente, na forma retro referida, ensejando então a interposição do presente recurso visando a reforma da decisão recorrida.

Mas, como se consignou atrás, tal decisão não pode subsistir, pelo que ficou dito e exposto, caracterizando-se a impossibilidade jurídica pela falta de "coincidência, na afirmação contida no pedido, dos caracteres que são necessários e suficientes para que o órgão jurisdicional deva realizar sua tarefa, que consiste em exercer suas funções na direção e forma previstas pela or-



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

333

333

AI n. 8.443

8

dem jurídica", na lapidar definição da primeira das condições da ação dada por Mandrioli, e aplaudida pelo Des. José Frederico Marques, em suas "Instituições ... (pág. 40 do v. 2<sup>o</sup>, 4<sup>a</sup> ed.). "Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, a previsão ou ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa" (STJ-RT 652/183).

Concretamente, a impossibilidade jurídica se dá quando não há previsão, no ordenamento jurídico, no plano abstrato, de providência como a que se pede no caso dos autos.

Pois, todos sabemos, que nada pode fazer a Administração Pública, que não se contenha dentro de seus recursos, e, ainda, há que fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, e, ainda assim, em certos casos não poderá fazê-lo sem a participação do Poder Legislativo; bem como, em determinados casos não poderá afastar a necessidade de licitação pública.

Aplicável à espécie, v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em apreciando caso similar, houve por bem de, em dando provimento ao recurso interposto de decisão de Primeiro Grau, reformar a sentença de Primeiro Grau proferida em ação civil pública movida



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

334

337

AI n. 8.443

9

pelo Ministério Público contra Prefeitura do Estado de São Paulo, em que a ré foi condenada a atender, no prazo de seis meses, pena de multa diária de Cr\$396.320,00, a determinação judicial; transcrevendo-se integralmente na forma que se segue:

"Princípio assente em política, projetando-se para a ordem jurídico-constitucional da maioria dos países democráticos, entre eles a de nosso País, a independência e harmonia dos Poderes é pedra basilar da própria ordem social, e sobre tal mandamento político e constitucional não de desvelar-se todos os que constituam o tecido da Nação, muito especialmente os que exerçam a autoridade do Estado, em quaisquer de seus Poderes.

"A básica regra da independência e harmonia entre os Poderes, presentemente inserta no art. 2º de nossa CF, tem sido objeto, precisamente em virtude de sua magnitude político-jurídica, de freqüentes estudos e apreciações, inclusive em decisões judiciais, e assim é exaustivamente conhecida.

"Ficam para o caso sub examine as considerações seguintes, que têm o mérito de conformarem-se, sem dúvida, com o entendimento amplamente prevalente entre os doutos quando estudam os atributos das Administrações Públicas, elevadas ao poder pelo plebiscito do povo, e daí



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

10

sobre a apreciação que lhes cabe, e não aos tribunais, da conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício de tal poder, dentro do campo próprio.

"Com o advento, deveras memorável, da ação civil pública, ainda novidade em nosso ordenamento jurídico, de largos e excelentes alcances, verifica-se, todavia, por vezes - e o caso presente é perfeito exemplo disso, que se confundem os que provocam sua aplicação, levando a indébitas intromissões em temas absolutamente reservados à Administração Pública.

"Aqui, o Ministério Público oficiante perante o Juiz da comarca de Marília, entendeu que o lançamento dos esgotos domésticos da pequena comunidade de Oriente, lá situada, no córrego denominado Jatobá, que por sua vez vai para o Rio do Peixe, implicava prejuízo ao equilíbrio ecológico, eis que sem tratamento seus dejetos. E em conseqüência pôs em Juízo a ação civil pública, para que a Prefeitura local fosse obrigada à construção de sistemas de tratamento de esgotos, ou de contenção de seus detritos e tratamento, antes de serem lançados às águas fluviais. Deu-lhe razão a sentença, condenada a ré em atender no prazo de seis meses, pena de multa diária de Cr\$396.320,00, imposta do decisório datado de maio/91, e sujeita à atualização monetária.





ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

336

338

AI n. 8.443

11

"O julgado não se sustenta porque a pretensão do autor não era providência admissível pelo direito objetivo, caracterizando-se a impossibilidade jurídica pela falta de 'coincidência, na afirmação contida no pedido, dos caracteres que são necessários e suficientes para que o órgão jurisdicional deva realizar sua tarefa, que consiste em exercer suas funções na direção e forma previstas pela ordem jurídica ', na lapidar definição da primeira das condições da ação dada por Mandrioli, e aplaudida pelo Des. José Frederico Marques, em suas Instituições... (pág. 40, do v. 2<sup>o</sup>, 4<sup>a</sup> ed.), eis que a pretensão do autor não encontrava admissibilidade no direito objetivo, na medida em que não podem os Juízes e Tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los.

"Salta à evidência que, por sérias e bem intencionadas que sejam as posições de não administradores e não há dúvida alguma que sérios e bem intencionados foram a propositura e o julgamento da presente demanda em Primeiro Grau, de ver dotada a pequena Oriente de melhores condições de saneamento básico, tal circunstância nem de longe arreda a objeção de que, dentro de seus critérios



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

337

040

AI n. 8.443

12

próprios, podia e devia a Administração Municipal cosar prevalências, usando seus recursos financeiros, em assim entendendo, para outros campos, sabido que são várias as urgências a que devem atender as prefeituras.

"Logo, a presente ação civil pública, o que fez foi discriminar entre as urgências da comunidade, escolhendo uma como maior que outras tantas, e ordenando que fosse atendida, o que não tem cabida ao prisma da ordem político-social, como também ante a CF, desde seu art. 2º, nem é da letra ou do sentido da legislação específica das ações civis públicas.

"Nada pode fazer a Administração, que não se contenha em seus recursos, e ademais, há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, aí ingerindo também outro Poder, o Legislativo, cujas atribuições igualmente restaram atropeladas. Some-se a necessidade de licitação para as obras determinadas, dado seu montante econômico evidente, e demais circunstâncias legais.

"Caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido, dá-se provimento ao recurso, para decretar a carência de ação.

"Indevida a verba honorária advocatícia (argumento do art. 17 da Lei n. 7.347, conforme Apelação



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 8.443

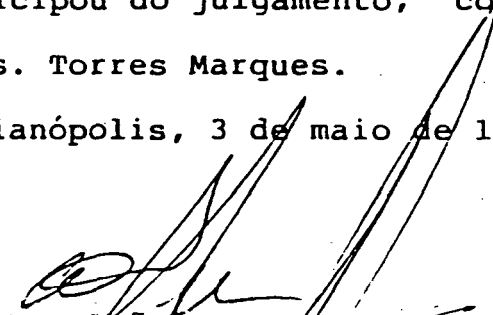
13

cível n. 157.725-1 julgada por esta Câmara)" (RT 685/84-85).

Por tais razões de decidir, a Câmara, por uniformidade de votos, após os debates e votação, decidiu prover o recurso para declarar a carência da ação, por impossibilidade jurídica, e declarar a extinção do processo, na forma requerida, com fundamento no art. 267, VI, c/c o parágrafo 3º, do citado artigo, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 3 de maio de 1994.



Napoleão Amarante

PRESIDENTE COM VOTO



Rubem Córdova

RELATOR



PROCURADOR DE JUSTIÇA

Adil José Cota



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

021

Agravo de instrumento n. 7.569, de Imaruí.  
Relator: Wilson Guarany.

PASTA 882  
DJ Nº 8.270  
DE 01.04.83 PAG. 06

Agravo de instrumento. Interposição contra despacho de Magistrado a quo que, nos autos da ação civil pública, concedeu liminar, a fim de que o Estado de Santa Catarina dê cumprimento à Lei Estadual n. 6.762, de 20.5.86. Presença do fumus boni juris e periculum in mora. Despacho agravado mantido. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 7.569, da comarca de Imaruí, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravado o Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.  
Custas legais.

O Representante do Ministério Público, em exercício na comarca de Imaruí, propôs naquele juízo Ação Civil Pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, afetos à infância e à juventude, com preceito cominatório de obrigação de fazer, contra o Estado de Santa Catarina, sob a justificativa de que a Lei Estadual n. 6.762/86 diz que é obrigatória nos hospitais e maternidades estaduais, e também nos particulares, subvencionados pelo Estado, a realização do denominado "teste do pezinho" para o diagnóstico precoce de fenilcetonúria (FNC) e de hipotereoidismo congênito (HC), em todas as crianças nascidas em suas dependências; que, passados sete anos, o réu não executou esta lei e, por isso, no Hospital de Caridade e Maternidade São João Batista, de Imaruí-SC, e na Fundação Médica Social Rural de São Martinho-SC, o "teste do pezinho" não é realizado, contrariando a Lei Estadual n. 6.762/86 e o art. 10, inciso III, da Lei Federal n.

ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

032

AI n. 7.569

2

8.069/90, e o que é pior, com a não realização do exame o médico ou o dirigente do estabelecimento hospitalar está sujeito a responsabilidade criminal, conforme o art. 229, da Lei n. 8.069/90.

A final, foi requerida a concessão de liminar, ordenando-se que o réu cumpra, no prazo máximo de quinze (15) dias, a Lei Estadual n. 6.762/86, dando condições a esses nosocômios para que possam realizar tal teste, cominando-lhe ainda muitas diárias de um milhão de cruzeiros, até a concessão da ilegalidade, revertendo-se os valores arrecadados a este título em benefício de que trata o art. 214, da Lei n. 8.069/90, observando-se o que dispõe o par. 2º do mesmo artigo.

O Magistrado a quo, com apoio no art. 12, da Lei 7.347/86, concedeu a liminar e, após, determinou que o réu fosse citado (fls. 18/19).

O Estado de Santa Catarina, inconformado, interpôs agravo de instrumento, arguindo a incompetência do foro, pois o pedido e a liminar concedida foram no sentido de determinar a realização do teste em todas as crianças nascidas nos hospitais e maternidades estaduais, bem como subvencionadas pelo Estado, nos municípios de Imaruí e São Martinho; que o art. 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para casos desta natureza, previne a competência do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão; que o próprio Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina estabelece o foro da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública), quando o Estado for réu; que, ante a incompetência, a liminar é nula; que o Estado não tem condições, no momento, de estender a todas as cidades o referido "teste do pezinho", pois não houve dotação orçamentária.

O agravado se manifestou.

Mantida a decisão, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 34/37).

É o relatório.

Dispõe a Lei Estadual n. 6.762, de 20.5.86:

"Art. 1º - É obrigatória nos hospitais e maternidades estaduais, a realização de provas para o diagnóstico precoce de fenilcetonúria (FNC) e de hipotireoidismo congênito (HC), em toas as crianças nascidas em suas dependências.

"Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se também aos hospitais e maternidades particulares, subvencionados pelo Estado."



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

003

AI n. 7.569

3

Na forma da Lei Federal n. 8.069/90, em seu art. 209, as ações desta natureza devem ser propostas no foro local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão.

Na ação proposta pelo representante do Ministério Público, o pedido foi no sentido que fosse ordenado ao Estado que, num prazo máximo de 15 (quinze) dias, cumprisse a Lei Estadual n. 6.762/86, dando condições para que o Hospital de Caridade e Maternidade de São João Batista (Imaruí-SC) e a Fundação Médica Social Rural de São Martinho-SC, possam realizar o "teste do pezinho".

Verifica-se, assim, que o pedido, para o cumprimento desse teste, restringiu-se a duas entidades hospitalares sediadas na comarca de Imaruí-SC.

A decisão impugnada concedeu a liminar postulada (fls. 18/19). Conseqüentemente, a determinação não foi extensiva a todo o Estado de Santa Catarina, como arguiu o agravante.

O inconformismo, quanto a incompetência do foro, não merece prosperar.

Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança - Ação Popular - Ação Civil Pública - Mandado de Injunção - Habeas Corpus, 13ª ed. atualizada, Ed. RT, pág. 127, prelecionando a respeito da Ação Civil Pública, assim se manifesta:

"A Ação civil pública e as respectivas medidas cautelares deverão ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano (arts. 2º e 4º). E justifica-se a fixação do foro na comarca em que se der o ato ou fato lesivo ao meio ambiente ou ao consumidor pela facilidade de obtenção da prova testemunhal e a realização de perícia que forem necessárias à comprovação do dano. Se, porém, a União, suas autarquias e empresas públicas forem interessadas na condição de autoras, rés, assistente ou oponentes, a causa correrá perante os Juizes Federais e o foro será o do Distrito Federal ou o da Capital do Estado, como determina a Constituição da República (art. 109, I). Sendo o Estado, suas autarquias ou entidades paraestatais interessadas na causa, mesmo que a lei estadual lhes dê vara ou juízo privativo na Capital, ainda assim prevalece o foro do local do dano, pois a legislação estadual de organização judiciária não se sobrepõe à norma processual federal que indicou o foro para a ação civil pública.

"Quanto ao processo dessa ação é o ordinário, comum, do Código de Processo Civil, com a peculiaridade de admitir medida liminar suspensiva da atividade do réu, quando pedida na inicial, desde que ocorram o fumus



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AI n. 7.569

4

boni iuris e o periculum in mora. Dessa liminar cabe agravo interposto pelo réu (art. 12)."

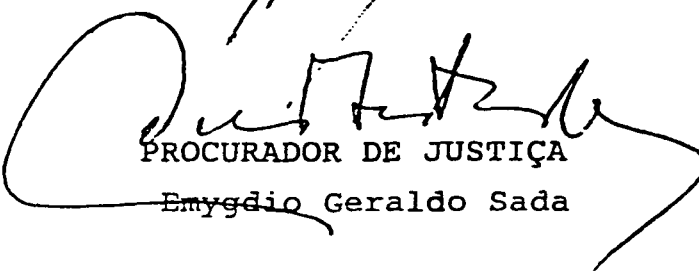
É de se salientar que a Ação Civil Pública foi proposta em 1992 (fls. 20) e a Lei que instituiu o "Teste do Pezinho" (Lei n. 6.762) é de 1986.

O fumus boni iuris e o periculum in mora estão presentes, razão porque agiu corretamente o Magistrado em conceder a liminar.

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cid Pedroso e Eder Graf.  
Florianópolis, 8 de junho de 1993.

  
Wilson Guarany  
PRESIDENTE E RELATOR

  
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Emygdio Geraldo Sada