**A ATUAÇÃO DOS ABSOLUTAMENTE E RELATIVAMENTE INCAPAZES COMO PARTES NO DIREITO PROCESSUAL. 1**

Helma Janny Barros Guimarães2

 Valdenio Caminha3

**RESUMO**

Trata o presente *paper* de uma análise no que diz respeito ao comportamento dos absolutamente e relativamente incapazes no processo. Alguns conceitos foram abordados visando uma melhor compreensão do que são as partes no processo, e em que momento serão elas absolutamente ou relativamente incapazes. Além disso, será abordado também em que momentos poderão estes sujeitos ser legítimos para demandar uma ação. Por conseguinte, é relevante também tecer algumas observações acerca da representação e assistência judicial. Além disso, serão realizados comentários a respeito de casos nos quais há a necessidade de representação judicial, nas esferas civil, penal e trabalhista.

Palavras-chave: Partes no processo. Incapazes. Representação. Assistência. Civil. Penal. Trabalhista.

**1 INTRODUÇÃO**

As partes da relação processual são os sujeitos da relação jurídica substancial. Para que se entenda como ocorre o funcionamento da dinâmica processual, é necessário que se localize no processo quem são as partes, tanto do polo ativo, quanto do polo passivo.

A respeito disso, e trazendo uma observação funcional acerca das partes no processo, nos ensina Grinover (2001) que cabe à parte o exercício de provocar a função jurisdicional.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

1.Paper apresentado à disciplina de Teoria Geral do Processo, da Universidade de Ensino Superior Dom Bosco.

2.Aluna do 3º período do curso de Direito, da UNDB.

3.Professor, orientador.

Ou seja, é a parte que inicia toda a dinâmica processual, utilizando-se do seu direito de ação. A parte é conceituada como aquele sujeito que “que se situa num dos polos da relação jurídica processual.” (ALVIM, 1996, p.12).

Para Fredier Didier Jr. o conceito de parte se aproxima das consequências que esta

poderá vir a sofrer com a prestação jurisdicional final, diferenciando parte processual da parte material, assim se manifestando:

Parte processual é quem está na relação jurídica processual, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão final. Esse é o conceito que deve ser utilizado. A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado) e a parte auxiliar, coadjuvante, que é o assistente. (DIDIER, 2007, p.61).

Além disso, há também aquelas pessoas que não são partes do processo, mas que podem participar dele de forma indireta. São os chamados terceiros. Em relação a isso afirma Dinamarco (2002, p. 186), que caracteriza o terceiro em seu caráter puro, fazendo referência à sua qualidade de não parte:

Terceiro é rigorosamente toda pessoa que não seja parte no processo. Todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros (Liebman). Eles não são titulares das situações jurídicas ativas e passivas que na relação processual interligam os sujeitos parciais e o juiz e, enquanto terceiros, não são admitidos a realizar os atos do processo. Considerado um certo processo que se tenha em mente, são terceiros em relação a ele todos os seres humanos e todas as pessoas jurídicas existentes no planeta, menos aqueles que estejam nele como partes.

Depois de observarem os conceitos de parte e terceiros no processo, outro aspecto a ser abordado é em relação às partes também, só que em uma situação peculiar: quando elas são incapazes de ser parte no processo, absolutamente ou relativamente, por não preencher certos requisitos. Com relação a isso trata o art. 7º do CPC, que afirma que só podem atuar diretamente como parte, aqueles que estejam em pleno exercício de seus direitos, quais sejam as pessoas plenamente capazes.

Justamente em razão da incapacidade absoluta ou relativa de algumas pessoas, o CPC prevê que se houver interesse destas perante o Judiciário, elas serão “representadas ou assistidas por seus pais, tutores ou curadores” (CPC, art.8).

Serão estas especificidades analisadas neste artigo, com intuito de trazer uma melhor compreensão de partes total ou relativamente incapazes no processo civil, penal e trabalhista.

**2 PARTE RELATIVAMENTE INCAPAZ E PARTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ NO PROCESSO**

Para que se entenda o que se configuram as partes relativamente incapazes e absolutamente incapazes no processo, é necessário comentar que estes conceitos estão intimamente relacionados ao conceito de capacidade civil, também chamada de capacidade de fato ou de exercício, trazida pelo Código Civil (arts. 3º e 4º), a saber:

Art. 3 o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4 o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

São estas hipóteses presentes no direito material civil, que definem também as hipóteses de incapacidade no direito processual civil, penal e trabalhista. A capacidade processual é conhecida como a “capacidade de estar em juízo” ou ainda a “legitimatio ad processum”, e que de acordo com Humberto Teodoro (1996, p.78): “consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio”.

Trata-se a capacidade, portanto, de um dos pressupostos de existência da relação jurídica processual, conforme entende Arruda Alvim (2001, p.521):

Para a validade da relação jurídica processual, de molde a que o juiz possa útil e validamente entrar no mérito do processo, exige a lei que tenha o autor capacidade. (...)

A capacidade de ser parte é pressuposto pré-processual, pois antecede ao próprio processo. É a capacidade de ter direitos e obrigações.

O que ocorre, é que em algumas situações, a pessoa embora seja detentora de certos direitos não é capaz de exercê-los em juízo, ou seja, ela pode até ter a capacidade jurídica ou capacidade processual, se for pessoa formal, entretanto não possui capacidade de exercício de direito. É a capacidade da parte que valida o andamento do processo, pois se subentende que ela está apta a realizar os atos necessários para dar continuidade à ação.

De acordo com Medina (2011, p. 45), “capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência e representação, pessoalmente, ou por outras pessoas apontadas pela lei”. Isso significa que não tendo capacidade processual o indivíduo necessitará obrigatoriamente de um tipo de ajuda, chamada de representação ou assistência.

A capacidade processual, em qualquer de suas modalidades, constitui-se em pressuposto processual de validade do processo. A sua ausência, contudo, não conduz necessariamente à extinção do processo, pois, de acordo com o disposto no artigo 13 do Código de Processo Civil, deve ser dada à parte a possibilidade de regularizar a sua situação processual. A saber :

Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II - ao réu, reputar-se-á revel;

III - ao terceiro, será excluído do processo.

Ou seja, ainda que verificada alguma modalidade de incapacidade, o juiz suspende o processo, a fim de que seja regularizada a situação, e sanado o erro, o processo continua.

**3 REPRESENTAÇÃO JUDICIAL**

Conforme mencionado anteriormente, no caso da parte não estar apta para realizar os atos processuais inerentes a ela, ou seja, ser considerada uma parte absolutamente ou relativamente incapaz, esta deverá receber uma espécie de auxílio, que chamamos de representação ou assistência.

De acordo com Washington de Barros Monteiro (1996), há três categorias de representantes. No que diz respeito aos pais, tutores e curadores (que representarão os incapazes), estes estão na categoria de representantes legais, e é a respeito destes que se vai comentar neste artigo. Dessa forma, os filhos incapazes são representados pelos pais, os órfãos pelos tutores e os curatelados pelos curadores.

Os absolutamente incapazes são representados, enquanto os relativamente incapazes são apenas assistidos. A diferença está em que, no primeiro caso, os incapazes são substituídos pelos seus respectivos representantes, que, em nome daqueles, realizam o ato jurídico; no segundo caso, os incapazes intervêm pessoalmente no ato, apenas acompanhados ou assistidos pelos representantes legais, que, com a sua presença, lhes suprem o consentimento. (MONTEIRO, 2003, p. 212).

Há diferenças no que tange aos conceitos de representação e assistência. Representação significa estar em juízo no lugar do autor ou do réu, não na qualidade de parte, mas sim de representante delas. Já a assistência significa estar em juízo ao lado do autor ou do réu, por conta da incapacidade relativa de uma das partes.

Analisar a representação remonta a outros dois institutos que se faz necessário conhecer: a tutela e a curatela. A tutela segundo Pontes Miranda (1983) diz respeito ao poder que é conferido pela lei, ou segundo princípios seus, à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do pátrio poder. Já no que diz respeito à curatela, afirma o autor supracitado que se trata de um cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de pessoas menores ou maiores, que por si não podem fazer, devido, por exemplo, a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não terem nascido.

De acordo com Venosa (2003), o tutor é considerado a pessoa que representa ou assiste menores de idade. O curador é aquela pessoa que assiste o maior de 18 anos. O art. 9º do CPC fala de um curador especial para três situações especiais, quais sejam: 1º) ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; 2º) ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa; 3º) nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

A relação da tutela com o direito processual, é que neste, os incapazes podem ser representados pelos pais, por tutores ( no caso de serem órfãos), ou ainda por curadores.

É necessário ainda observar um detalhe: os absolutamente incapazes podem ser parte no processo, entretanto não podem praticar os atos processuais, sendo assim não tem capacidade para estar em juízo, e, por isso devem ser REPRESENTADOS. Com os relativamente incapazes ocorre o mesmo, porém devem ser ASSISTIDOS.

**4 LEGITIMIDADE DOS INCAPAZES NO PROCESSO**

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria elaborada pelo jurista Enrico Tulio Liebeman (1999) no que diz respeito às condições da ação. Em suma, a teoria versa que para que seja possível a apreciação do mérito de uma demanda a ação deve preencher três requisitos: legitimidade da parte, interesse em agir e possibilidade jurídica do pedido.

Em relação ao primeiro requisito, é considerada legítima a parte que detém relação jurídica direta com o demandado quanto ao objeto da lide. No que diz respeito à legitimidade dos incapazes, apesar de serem representados ou assistidos judicialmente, seus representantes não podem de modo algum postular no nome deles, pois lhes falta uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade, e isso tornará impossível a análise do mérito da demanda.

Nos moldes do art. 3º do CPC, para que o juiz aprecie o conflito de interesses, aqueles que estão litigando devem ser os titulares da pretensão deduzida em juízo. É uma questão de titularidade. Assim, podemos dizer que são partes legítimas aquelas que têm, pela natureza da questão a ser dirimida, o direito de pedir, quanto ao autor (legitimidade ativa), e direito ou dever de atender ao pedido, quando réu (legitimidade passiva). Destarte, a ação deve ser, em regra, proposta e resistida por quem tem legitimidade.

O que significa que, “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art.6º, CPC). Trata-se de uma condição personalíssima e chama-se de legitimado ordinário. Entretanto há uma exceção quanto aos legitimados para atuar em juízo, é a chamada legitimação extraordinária, e não se pode confundi-la com representação.

Na legitimação extraordinária alguém é autorizado expressamente por lei para pleitear em nome próprio direito alheio. Diferente do que ocorre na representação, que é quando o tutor ou curador representa os interesses do incapaz em juízo, pois neste caso ele está pleiteando direito alheio em nome alheio.

Confundem-se bastante estes dois institutos, pois se pensa que a representação é uma exceção à legitimidade do incapaz, porém não é, pois a ação é movida em nome do incapaz, e ele apenas é auxiliado por um representante, por não possuir ainda sua capacidade plena.

Ou seja, se há uma ação, por exemplo, envolvendo alimentos e o menor é o sujeito de direitos, é em nome dele que se inicia a ação, pois este é o legítimo detentor destes direitos, no entanto em razão de sua incapacidade, absoluta ou relativa, necessita de representação, apenas para que se dê continuidade à dinâmica processual.

**5 CASOS DE REPRESENTAÇÃO: PROCESSO CIVIL, PENAL E TRABALHISTA**

O direito processual se subdivide em três ramos, segundo CARNELUTTI (1991), em direito processual civil, penal e trabalhista. Estas três espécies remontam a um mesmo direito processual, nos aspectos gerais, no entanto trazem algumas particularidades. Suas especificidades são notórias também no caso de incapazes no processo.

Os casos de incapacidades como partes no âmbito do processo civil estão ligado às definições de incapaz absoluto ou relativo do código civil (Arts. 3º e 4º) e também a algumas restrições na capacidade de atuar em juízo. Desse modo como o direito civil trata primordialmente de causas relacionadas aos bens materiais, por meio de representação ou assistência, o judiciário fornece proteção aos incapazes, a fim de proporcionar segurança, seja nas relações a sua pessoa, seja em relação ao seu patrimônio. Se estes incapazes colocarem em prática o direito de ação, ou ainda forem chamados a estar em juízo, os representantes atuarão em nome deles, ou com eles.

O art. 8º do CPC afirma que : “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”, deste modo se percebe que o CPC oferece total amparo a estes casos. De acordo com Washington de Barros (2003), trata-se de um sistema de proteção de incapazes, para que estes possam ser ouvidos como partes dentro da dinâmica processual. Quando o indivíduo é absolutamente incapaz a proteção é incondicionada (representação) e quando é relativamente incapaz é permitida a anulação dos atos se ele não estiver assistido por seus representantes legais. Há sim, uma proteção, entretanto exige-se boa conduta. O relativamente incapaz não pode mentir causar dano a terceiro, etc.

Em relação ao direito processual penal, para que se verifique a culpabilidade é necessário haja a presença de alguns elementos, dentre eles, a capacidade. O art. 29, do Código penal afirma que: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” Deste modo os que estiverem nesta faixa etária são considerados incapazes mediante o processo penal.

Na falta de um representante para o réu, afirma Mirabete que o CPP, em mais de uma passagem, menciona a figura do curador. Tem-se, assim, o curador a ser nomeado em favor do réu que, através do exame de insanidade mental, teve reconhecida sua inimputabilidade (art. 151); ou aquele aludido no art. 33, nomeado ao ofendido enfermo, desprovido de representação legal ou quando houver conflito entre seus interesses e o de seus representantes legais; e ainda o curador nomeado ao réu menor de 21 anos, que já tenha, por óbvio, atingido a maioridade penal ao tempo da prática do crime.

Ainda em relação ao tema menciona o autor supracitado:

(...) Essa exigência prende-se à circunstância de serem eles relativamente incapazes na esfera civil, pessoas de menor discernimento e experiência que os absolutamente capazes. Presume a lei que o indiciado, nessa idade, necessita de aconselhamento de pessoa que possa, também, resguardar seus direitos, ou, ao menos, informá-lo convenientemente deles. (...)(MIRABETE, 2001, p.113)

Dessa forma se percebe que a definição de réu incapaz (absolutamente ou relativamente) no direito processual penal foi adquirida do direito civil. No entanto em algumas situações peculiares do direito processual penal, são evidentes algumas diferenças em relação ao diploma civil. A saber:

É certo que, por vezes, tal harmonia entre ambos os diplomas parece quebrar-se. Tome-se como exemplo o disposto no art. 34 do CPP, que confere o direito ao exercício da queixa tanto ao menor entre 18 e 21 anos, como a seu representante legal. Ou ainda a exigência jurisprudencial que ressalta a necessidade do curador mesmo sendo o réu casado e, portanto, emancipado para fins civis (3). E mesmo o teor do art. 1º do Código Civil de Clóvis que deixava claro que o diploma legal servia para regular os direitos e obrigações de ordem privada, disposição, aliás, que não foi reproduzida pelo estatuto novel. ( RT 349/532)

É válido lembrar que atualmente a menoridade cessa aos 18 anos. Mas as semelhanças e diferenças supracitadas em relação às partes no direito processual penal em relação ao direito civil ainda perduram. Em relação à ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), tem como titular privativo o ofendido maior de 18 anos e, caso menor, seu representante legal, disciplina aplicada, pelas mesmas razões, à ação penal privada de que cuida o art. 30 do CPP. E à hipótese do assistente de acusação (art. 268).

Já no direito processual trabalhista, por exemplo, em relação ao contrato de trabalho, as regras de incapacidade do Código Civil valem para o contrato de trabalho, porém com algumas peculiaridades.

No Direito Civil, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos; são relativamente incapazes os menores entre 16 e 18 anos; e possuem capacidade plena os que atingiram 18 anos. No Direito do Trabalho, com a Emenda Constitucional n. 20, o artigo 402 da Consolidação das Leis do Trabalho proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo para os maiores de 14 anos na condição de aprendiz.

Hoje é, portanto, absolutamente incapaz para o trabalho o menor de 16 anos, porém para menores, entre os 14 até os 16 anos, somente é permitido o trabalho de aprendiz.

São relativamente incapazes os menores entre 16 e 18 anos, pois poderão ser estes menores empregados, no entanto necessitam de autorização do responsável legal. A capacidade plena, nas relações trabalhistas, é atingida aos 18 anos. Consoante o artigo 439 da Consolidação das Leis do Trabalho: “É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários”.

Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

Deste modo, conforme ensina Alice Monteiro de Barros (2006), o menor entre 16 e 18 anos dependerá de autorização de seus responsáveis legais para efetuar contratos de trabalho ou sua rescisão. No direito do trabalho, os absolutamente incapazes são representados em todos os atos do contrato de trabalho, e os relativamente incapazes devem ser assistidos, mas somente nos atos de contratação e rescisão, pois os demais atos realizados no curso do contrato podem ser praticados pelo menor relativamente incapaz, sem assistência. A ele é facultada a prática de alguns atos jurídicos trabalhistas sem perda da sua eficácia.

**6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A definição do que são as partes no processo sofre muitas divergências doutrinárias. No entanto se faz necessária uma análise para que se possa chegar a algumas conclusões. Dentre elas remonta-se a definição de Chiovenda (1962) que afirma que parte é aquele que pede em seu próprio nome, ou em cujo nome pode ser pedida, a atuação de uma vontade de lei.

Diante das várias denominações muitos doutrinadores decidiram aderir os termos autor e réu para denominar as partes do processo, das quais não se inclui o juiz, que deve sempre estar equidistante delas.

Depois de ter uma maior noção acerca do que são as partes, foi percebido que ser parte e poder atuar como esta, é a regra, e não poder ser ou atuar em juízo é a exceção. A esta exceção se dá o nome de incapacidade. Quando a pessoa é incapaz, ela não está apta para estar em juízo desacompanhada, embora ela seja o detentor legítimo do direito em questão, por certas razões, como discernimento incompleto, menoridade ou problemas mentais, ela necessita de uma ajuda especial, que se denomina representação ou assistência.

Foi necessário também comentar a cerca da legitimidade processual dos incapazes, tema que é bastante discutido, pois em algumas situações há uma confusão entre legitimidade e capacidade, que precisa ser dissolvida. Por isso, foram tecidos comentários acerca da legitimidade ordinária e extraordinária, bem como a diferença entre legitimidade extraordinária e representação.

Ainda se fez importante destacar algumas semelhanças e diferenças que existem nas três subdivisões do direito processual: o direito processual civil, penal e trabalhista. Nestes, alguns conceitos do direito civil foram simplesmente incorporados para que se conceituassem as hipóteses de incapacidades relativas e absolutas, e também algumas características foram criadas.

**REFERÊNCIAS**

ALVIM, Arruda. **Manual dedireitoprocessualcivil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 521.

ALVIM, Thereza. **Odireitoprocessual deestaremjuízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 12.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, 2ª ed. São Paulo, LTr: 2006.

BRASIL. **Código de processo civil** (1973). Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher, organização. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1962.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoriageraldo processo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 57-58.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7.ed. Salvador: Podium, 2007. 561 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2002. 285p.

LIEBMAN, Enrico Tullio**. Código de Processo Civil Comentado**. Estudos de Direito de Processo. 4. ed. v. 21. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 113.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. v. 1, Saraiva, 2003 p. 212-14.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983.

THEODORO Jr, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil. v.**  I, 18. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Parte Geral).** v.1 .3 ed. São Paulo: Atlas. 2003.