

DOCTRINA

ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALIZADAS: PARA ALÉM DO *NUMERUS CLAUSUS*

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito Civil (USP); Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família; Professor na UFPE (Mestrado e Doutorado) e na UFAL.

SUMÁRIO

1. Das entidades familiares; 2. Da demarcação jurídico-constitucional do tema; 3. Das normas constitucionais de inclusão; 4. Do melhor interesse das pessoas humanas que integram as entidades familiares; 5. Do fundamento comum no princípio jurídico da afetividade; 6. Dos critérios de interpretação constitucional aplicáveis; 7. Da inadequação da Súmula nº 380-STF; 8. Da violação do princípio da dignidade humana, como consequência da exclusão; 9. Da inclusão de entidades familiares implícitas ou equiparadas, no STJ; 10. Da união homossexual como entidade familiar. Conclusão:

Hominum causa omne ius constitutum sit - Cícero

1. Das entidades familiares

O pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações da Constituição brasileira, relativamente ao direito de família, encontra-se ainda cercada de perplexidades quanto a dois pontos centrais: a) há hierarquização axiológica entre elas?; b) constituem elas *numerus clausus*?

Proponho-me a enfrentar preferencialmente a segunda questão, gizando-a ao plano da Constituição brasileira, ou seja, extraindo sentido das normas nela positivadas, utilizando critérios reconhecidos de interpretação constitucional. Várias áreas do conhecimento, que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na

perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.

No campo da demografia e da estatística, por exemplo, as unidades de vivência dos brasileiros são objeto de pesquisa anual e regular do IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD). Os dados do PNAD têm revelado um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais, como procurei demonstrar em trabalho pioneiro, logo após o advento da Constituição de 1988¹. São unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras²:

a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;

b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;

c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);

d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);

e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);

f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);

¹ Paulo Luiz Netto Lôbo, A Repersonalização das Relações de Família, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 53-81.

² A tipicidade é aberta, exemplificativa, enriquecida com a experiência da vida. Orlando Gomes (*O Novo Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 66) refere-se às famílias derivadas “da mãe com os filhos de sucessivos pais, ausentes ou invisíveis, comuns nas camadas mais baixas da população”; às que reúnem crianças sem pais, criadas e educadas por “genitores convencionais”; às comunidades extensas e unificadas; ao grupo composto de velhas amigas aposentadas que, refulgando o pensionato, unem-se para proverem juntas suas necessidades.

g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefe, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;

h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;

i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;

j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;

l) comunidade afetiva formada com "filhos de criação", segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

Interessa saber se as hipóteses enunciadas nas alíneas "g", "h", "i", "j" e "l" estão ou não tuteladas pela Constituição brasileira. É o que se pretende investigar, a seguir, sendo certo que as hipóteses "a" até "f" estão nela previstas, nos três tipos de entidades familiares que explicitou, a saber, o casamento, a união estável e a comunidade monoparental.

Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber:

a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;

b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

O direito também atribui a certos grupos sociais a qualidade de entidades familiares para determinados fins legais, a exemplo da Lei n.º 8.009, de 29.03.90, sobre a impenhorabilidade do bem de família; da Lei n.º 8.425, de 18.10.91, sobre locação de imóveis urbanos, relativamente à proteção da família, que inclui todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário; dos artigos 183 e 191 da Constituição, sobre a usucapião especial, em benefício do grupo familiar que possua o imóvel urbano e rural como moradia.

A questão proposta encontra-se estreitamente correlacionada com aquela enunciada acima, quanto à possível hierarquização axiológica das entidades familiares, tendo primazia a família constituída pelo casamento. Parcela ponderável da doutrina assim entendeu, não apenas por razões de tradição jurídica, mas em virtude das expressões contidas no § 3º do artigo 226 da Constituição quando tratou do reconhecimento da união estável.

2. Da demarcação jurídico-constitucional do tema

A interpretação dominante do art. 226 da Constituição, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Esse entendimento é encontrado tanto entre os “antigos” civilistas quanto entre os “novos” civilistas, ainda que estes deplorem a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais³, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles.

Os que entendem que a Constituição não admite outros tipos além dos previstos controvertem acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas:

I – Há primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receberem tutela jurídica limitada;

II – Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade.

O principal argumento da tese I, da desigualdade, reside no enunciado final do § 3º do art. 226, relativo à união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A interpretação literal e

³ Maria Berenice Dias e Ivone M. C. Coelho de Souza (Famílias Modernas: (Inter)seções do Afeto e da Lei, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 8, jan/mar 2001, p. 68) entenderam que a Constituição, “por absoluto preconceito de caráter ético, deixou de regular certas espécies de relacionamento”. Como será demonstrado, a Constituição brasileira tutela as entidades familiares de qualquer tipo.

estrita enxerga regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade se cuidasse. Todavia, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, para extrair o significado, não é a operação hermenêutica mais indicada. Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere.

Com efeito, a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.

A tese II, da igualdade dos tipos de entidades, consulta melhor o conjunto das disposições constitucionais. Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada.

C. Massimo Bianca, tendo em conta o sistema jurídico italiano, ressalta o princípio da liberdade, pois a “necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na *liberdade* e na solidariedade do núcleo familiar”. A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”⁴.

⁴ Cf. *Diritto Civile*, v.2, Milano, Giuffrè, 1989, p. 15.

A tese II, inobstante seu avanço em relação à tese I, ainda é insuficiente. A questão que se impõe diz respeito à inclusão ou exclusão dos demais tipos de entidades familiares. Já perfilhei a tese II. As meditações e as investigações ulteriores da dimensão e do alcance das normas e princípios contidas no art. 226 da Constituição, em face dos critérios de interpretação constitucional – notadamente do princípio da concretização constitucional, levaram-me ao convencimento da superação do *numerus clausus*, como demonstrarei.

A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação.

3. Das normas constitucionais de inclusão

Estabelece a Constituição três preceitos, de cuja interpretação chega-se à inclusão das entidades familiares não referidas explicitamente. São eles, chamando-se atenção para os termos em destaque:

a) “Art. 226 A **família**, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (*caput*)

b) “§ 4º **Entende-se, também, como entidade familiar** a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

c) “§ 8º O Estado assegurará a assistência à **família na pessoa de cada um que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. “A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial”⁵. O *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido. “Também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

⁵ Cf. Gustavo Tepedino, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, Vicente Barreto (coord.), Rio, Renovar, 1997, p. 56. No sentido coincidente do texto, diz o autor, *ibidem*, que hoje “não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana”.

4. Do melhor interesse das pessoas humanas que integram as entidades familiares

Os diversos preceitos do art. 227 referem-se à família, em geral, sem tipificá-la, ressaltando o interesse das pessoas que a integram, no mesmo sentido empregado pelo § 8º do art. 226. Para concretizar os interesses de cada pessoa humana, especialmente dos mais débeis (criança e idoso) é imputada à família o dever de assegurar-los (arts. 227, *caput*, e 230). Ao contrário da longa tradição ocidental e das constituições brasileiras anteriores, de proteção preferencial à família, como base do próprio Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, a Constituição de 1988 mudou o foco para as pessoas humanas que a integram, razão porque comparece como sujeito de deveres mais que de direitos.

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

5. Do fundamento comum no princípio jurídico da afetividade

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências,

cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente:

a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);

b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);

c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º);

d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. *A fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares.

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.

A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se extingue.

6. Dos critérios de interpretação constitucional aplicáveis

Além dos argumentos já referidos, que apontam para a configuração de cláusula de inclusão das entidades familiares implícitas, mediante interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais, outros critérios podem reforçar essa linha de entendimento, de acordo com a doutrina especializada. Antes, cumpre lembrar a advertência de Friedrich Müller⁶, forte em H. G. Gadamer, sobre o peso da pré-compreensão – que precede e condiciona a interpretação – constituída pelos conteúdos, modos de comportamento, preconceitos, possibilidades de expressão e barreiras lingüísticas e a inserção do intérprete num contexto de tradição, o que, certamente, tem contribuído para o predomínio do entendimento da continuidade da cláusula de exclusão das demais entidades familiares.

Carlos Maximiliano⁷ aponta-nos três critérios hermenêuticos compatíveis à hipótese em exame, da interpretação ampla:

- a) Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito;
- b) Quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente;
- c) Interpretam-se amplamente as normas feitas para “abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames”.

Aplicando esses critérios às normas constitucionais mencionadas sobre as entidades familiares, tem-se: a) as entidades explícitas e implícitas enquadram-se no conceito amplo de família, do *caput* do art. 226, por paridade de motivos; b) a referência à família tem sentido de princípio ou origem, devendo aplicar-se a todos os tipos que dela derivam lógica e necessariamente; c) o conceito de família, sem restrições, do art. 226, aboliu as discriminações e injustiças que as normas de exclusão continham nas anteriores Constituições brasileiras.

⁶ *Direito, Linguagem, Violência – Elementos de uma Teoria Constitucional I*, Trad. Peter Naumann, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, p.41.

⁷ Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 204.

Gomes Canotilho⁸ refere o “princípio da máxima efetividade” ou “princípio da interpretação efetiva”, que pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Ou seja, na dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia à norma constitucional. Aplicando ao tema: se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do art. 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia aos princípios de “especial proteção do Estado” (*caput*) e de realização da dignidade pessoal “de cada um dos que a integram” (§ 8º).

Konrad Hesse⁹ diz que a interpretação constitucional é concretização. Precisamente “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Consequentemente, o intérprete encontra-se obrigado à inclusão em seu âmbito normativo dos elementos de concretização que permitam a solução do problema.

A discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Constituição. Se ela não discrimina, o intérprete ou o legislador infraconstitucional não o podem fazer.

7. Da inadequação da Súmula nº 380-STF

Há forte tendência da jurisprudência dos tribunais brasileiros em buscar fundamento de decisão, que reputam justa, para solução de conflitos decorrentes de entidades familiares não explicitadas na Constituição, na Súmula nº 380 do STF, cujo conhecido enunciado estabelece:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

⁸ Cf. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 162.

⁹ *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40.

Sabe-se que a Súmula 380 foi uma engenhosa formulação construída pela doutrina e pela jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, consolidada no início da década de sessenta, para tangenciar a vedação de tutela legal das famílias constituídas sem casamento, de modo a encontrar-se alguma proteção patrimonial a, freqüentemente, mulheres abandonadas por seus companheiros, após anos de convivência afetiva. Como não era possível encontrar fundamento no direito de família, em virtude da vedação constitucional, socorreu-se do direito obrigacional, segundo o modelo das sociedades mercantis ou civis de constituição incompleta, ou seja, das “sociedades de fato”. Essa construção é típica do que determinada escola jurídica italiana denominou “uso alternativo do direito”. Os efeitos da Súmula limitam-se exclusivamente ao plano econômico ou patrimonial.

Todavia, o que era um avanço, ante a regra de exclusão das entidades familiares, fora do casamento, converteu-se em atraso quando a Súmula continuou a ser utilizada após a Constituição de 1988. Note-se que até mesmo para uma das entidades familiares por ela explicitadas, a união estável, continuou sendo aplicada a Súmula, como se não fosse família e devesse ser considerada uma relação patrimonial, até o advento da Lei nº 8.971/94. Houve necessidade de a Lei nº 9.278/96 dizer o óbvio, a saber, as questões relativas à união estável deveriam ser decididas nas varas de família, pois tratavam-se de relações de família.

O equívoco da aplicação da Súmula nº 380 à união estável expandiu-se às demais entidades familiares, em decisões consideradas ousadas e avançadas. Com efeito, o fundamento na orientação contida na Súmula, ainda quando ela não seja claramente indicada, contém um insuperável defeito de origem, pois considera as relações afetivas como relações exclusivamente patrimoniais, não regidas pelo direito de família. Afinal, que “sociedade de fato” mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?

Assim, a Súmula nº 380 perdeu sua função histórica de realização alternativa de justiça, pois o impedimento que visava a superar (exclusão das famílias fora do casamento) deixou de existir.

8. Da violação do princípio da dignidade humana, como consequência da exclusão

Por que buscar-se solução estranha ao direito de família, que degrada e amesquinha a dignidade humana? Lembre-se que, segundo conhecida e sempre lembrada lição de Immanuel Kant¹⁰, dignidade é tudo aquilo que não tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, a saber, o que é inestimável, indisponível, que não pode ser objeto de troca. Diz ele:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito de família e não do direito das obrigações, tanto os direitos pessoais, quanto os direitos patrimoniais e quanto os direitos tutelares. Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo, para a solução da partilha dos bens adquiridos durante a constância da união afetiva, pois o direito de família atual adota o modelo, vigorante nos tipos de casamento e união estável - que deve ser utilizado para os demais tipos - da igual divisão deles, exceto os recebidos por herança ou adoção ou os considerados particulares.

Em diversas passagens do capítulo dedicado à família, a Constituição demonstra sua atenção primordial com a dignidade das pessoas que a integram, implicitamente, como acima já destaquei, ou explicitamente (§ 7º do art. 226, art. 227, 230). Sujeitos dos deveres são o Estado, a família e a sociedade, que devem propiciar os meios de realização da dignidade pessoal, impondo-se-lhes o reconhecimento da natureza de família a todas as entidades com fins afetivos. A exclusão de qualquer delas, sob impulso de valores outros, viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Para a Constituição (art. 226, § 8º) a proteção à família dá-se “nas pessoas de cada um dos

¹⁰ Cf. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986, p. 77.

que a integram”, tendo estes direitos oponíveis a ela e a todos (*erga omnes*). Se as pessoas vivem em comunidades afetivas não explicitadas no art. 226, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, sua dignidade humana apenas estará garantida com o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações.

9. Da inclusão de entidades familiares implícitas, no STJ

Na apreciação dos casos concretos, com a força dos conflitos humanos que não podem ser desmerecidos por convicções ou teses jurídicas inadequadas, o Superior Tribunal de Justiça tem sucessivamente afirmado o conceito ampliado e inclusivo de entidade familiar, notadamente no que concerne à aplicação de determinadas leis que tutelam interesses pessoais decorrentes de relações familiares. Na consideração do que se compreende como “entidade familiar” prevista na Lei nº 8.009/1990, sobre impenhorabilidade do bem de família, o Tribunal, para atender aos fins sociais da lei, chegou a incluir os solitários (*singles*), até mesmo os solteiros, entre as entidades familiares¹¹. Nessas decisões tem prevalecido a tutela das pessoas, cuja moradia é imprescindível para realização da dignidade humana, sobre qualquer consideração restritiva de entidade familiar.

O Tribunal, na aplicação da lei, tem procurado conformá-la às normas constitucionais, como se observa no seguinte julgado (R. Especial 205.170-SP, DJ de 07.02.2000):

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA-EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha,

¹¹ No Brasil, os *singles* já atingiam o impressionante percentual de 8,6% de todos os domicílios, em 1999, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios, do IBGE.

segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2. Recurso especial conhecido e provido.

Dir-se-á que a inclusão da pessoa solitária no conceito de entidade familiar é relativa, ou seja, para os fins da lei de impenhorabilidade do bem de família, no que concordo, na medida em que tenho o princípio da afetividade como fundamental para essa qualificação; afetividade somente pode ser concebida em relação com outro. A situação do que vive só é de entidade familiar equiparada, para os fins legais, o que não transforma sua natureza. O maior número de decisões do STJ volta-se à situação de solitários que são remanescentes de famílias, especialmente os viúvos, separados e divorciados. Seja como for (entidade familiar completa ou equiparada), interessa ressaltar o fundamento constitucional do julgado, ou seja, o § 4º do art. 226, que, ao tratar da comunidade monoparental, enuncia: “Entende-se, **também**, como entidade familiar ...”. Como acima demonstrado, o significado de **também** é inclusivo, e não exclusivo, sendo certa a fundamentação do Tribunal, ainda que para incluir entidade familiar equiparada.

Outro tipo de entidade familiar, apreciada pelo STJ, tutelada pelo art. 226 da Constituição, é a comunidade constituída por parentes, especialmente irmãos. Veja-se o seguinte julgado (R. Especial 159.851-SP, DJ de 22.06.98):

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles.

Sem embargo do fim proposto da impenhorabilidade, a decisão cuida de entidade familiar que se insere totalmente no conceito de família do art. 226, pois dotada dos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Não há, nesse caso,

“sociedade de fato” mercantil ou civil, e não se poderá considerar como tal a comunidade familiar de irmãos solteiros.

O STJ também enfrentou a controvertida situação da família decorrente de união concubinária, em caso de seguro de vida realizado em favor de concubina, por homem casado (R. Especial nº 100.888-BA, DJ de 12.03.2001). O caso está bem retratado nos seguintes trechos da ementa:

HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR, DE COEXISTÊNCIA DURADOURA DO DE CUJUS COM DUAS FAMÍLIAS E PROLE CONCOMITANTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO. (...)

II - Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1177 e 248,IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito.

III – Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária.

A decisão, por outros fundamentos, chega à conclusão que seria idêntica à que tivesse utilizado a interpretação constitucional sustentada nesta exposição, sem os equívocos que podem ser assim identificados: a) a decisão entende que se trata de entidades familiares simultâneas (refere a “duas famílias”), não podendo ter havido a fundamentação infraconstitucional referida (Código Civil), como “regra protetora da família”, o que supõe a exclusão de uma das duas; b) se são duas famílias, não pode uma ser legítima e outra “concubinária”, pois ambas estariam sob proteção constitucional, sobretudo pelo fato de haver afetividade, estabilidade (“coexistência duradoura”) e ostensibilidade (“prole”); c) as normas infraconstitucionais, que vedam o adultério – com tendência ao desaparecimento, conforme a evolução do direito – devem ser

interpretadas em conformidade com as normas constitucionais, ou seja, não excluem essas uniões como entidades familiares e têm finalidade distinta, no plano civil (causa de separação judicial) e criminal (em forte desuso).

10. Da união homossexual como entidade familiar

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade¹². A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher).

A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, não vejo necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (§ 3º do art. 226). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.

O argumento da impossibilidade de filiação não se sustenta, pelas seguintes razões: a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; c) a adoção permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA), não impede que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros.

¹² As legislações infraconstitucionais estrangeiras que têm regulado as uniões homossexuais referem a "relação duradoura de afeição mútua", como enuncia a Lei de União Civil do Estado de Vermont, Estados Unidos, de abril de 2000. Cf. Walter Wadlington e Raymond C. O'Brien (Org.), *Family Law Satutes, International Conventionsand Uniform Laws*. New York, Foundation Press, 2000.

Os tribunais brasileiros demonstram maior receptividade para atribuição de efeitos às uniões homossexuais, ainda que sob a indevida qualificação de “sociedade de fato”. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou caso decorrente da relação homossexual de dois homens, que viveram juntos durante trinta anos. Um deles, que adotou uma menina, deixou patrimônio que foi disputado entre a filha e o outro companheiro. O Tribunal reconheceu, com razão, a existência da entidade familiar, e segundo o modelo do direito de família, decidindo pela meação entre a filha e o companheiro sobrevivente. A justiça federal do Rio Grande do Sul tem decidido no sentido de determinar ao INSS a concessão aos parceiros homossexuais dos mesmos benefícios previdenciários devidos aos cônjuges e companheiros de união estável¹³.

Além da invocação das normas da Constituição que tutelam especificamente as relações familiares, preferidas nesta exposição, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Tais normas assegurariam “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente à pessoa humana”¹⁴.

Conclusão

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo

¹³ As referências às decisões estão contidas em artigo de Roldão Arruda, publicado no endereço eletrônico estadao.com.br, seção Geral, de 9 de abril de 2001.

¹⁴ Cf. Luiz Edson Fachin, Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo, RT 732/48. No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, A União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, jan/mar 2000, p. 89-112.

direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.

Violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil.

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de *locus* de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.

Não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Não há, pois, na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.

CORPO DE JURADOS VOLUNTÁRIOS: A EXPERIÊNCIA DO 3º TRIBUNAL DO JÚRI DE MACEIÓ

Paulo Roberto Magalhães Nunes

Juiz de Direito, Presidente do 3º Tribunal do Júri de Maceió

Antiógenes Marques de Lira

Promotor de Justiça do 3º Tribunal do Júri de Maceió (*)

SUMÁRIO

1. Uma instituição polêmica e democrática.
2. O princípio do livre convencimento dos jurados.
3. A formação do corpo de jurados.
4. A campanha de jurados voluntários.
5. Conclusão. Anexo.

Trata o trabalho da divulgação de uma experiência realizada em Maceió pelo 3º Tribunal do Júri na formação do Corpo de Jurados, fugindo da norma processual que determina a convocação dos membros do júri mediante ofícios expedido pelo Juiz para entidades, para uma nova abordagem exortando os cidadãos a se inscreverem como jurados, ampliando a participação e a divulgação do Tribunal do Júri e sua relevância social.

1. Uma instituição polêmica e democrática

O Tribunal do Júri talvez seja a instituição jurídica a provocar os mais calorosos debates, tanto dentro da classe dos operadores do direito, como na sociedade em geral. Essa discussão acende-se especialmente quando ocorrem julgamentos rumorosos, envolvendo pessoas importantes ou fatos que chocam a sociedade. Quando isso acontece, todos são aparentemente tomados por um profundo sentimento de busca pela “JUSTIÇA DOS OPRIMIDOS”. Nesse momento, invariavelmente, e quase sempre intimamente, cada um

(*) Fórum Des. Jairon Maia Fernandes
Av. Pres. Roosevelt, s/n.º - Barro Duro
57045-150 Maceió – AL
Fones: (082) 218.0048; (fac-símile): 325.5970

toma o seu *verdicto*, seja em favor de uma das partes (réu/vítima), ou seja quanto a própria instituição do júri, sua existência, sua constituição e eficácia na realização da “justiça”, isto é, na punição daqueles que a sociedade entende como culpados, mesmo que não conheçam as provas colhidas nos autos, mas apenas tenham conhecimento daquilo publicado pela imprensa.

Já em 1891, quando se discutia a primeira constituição da república, o dep. João Vieira se opunha a manutenção do júri criticando a proposta nos seguintes termos:

“...na actualidade o jury não tem explicação; mantel-o, isto é, arrolar indistinctamente individuos que todos os annos façam as vezes de juiz é o mesmo que todos os annos arrolar individuos para servirem de alfaiates, sapateiros, etc., Sem que elles nunca tenham exercido esses officios.”¹

Antes dele, informa João Barbalho, “o senador hespanhol Silvela, quando em 1883 se discutia a instituição do jury e Garofalo, presidente do tribunal de Napolis, o chrismaram de *guarda nacional do direito*”², afirmando ter sido a guarda nacional abolida por ser um “não-senso”, porém *inofensiva*, enquanto o júri, também um “não-senso”, era, ao contrário, “*extremamente perigoso*”. Néelson Hungria (reputado o maior penalista brasileiro) chegou a afirmar que o tribunal do júri era um “osso de megatério a pedir museu”.

Por outro lado, há os que o defendem: “citando Casamayor, Lins e Silva diz que o júri é a imagem mais fiel, é o símbolo da solidariedade humana. A indulgência não é defeito, é virtude, e a consciência caminha, de preferência, no sentido do perdão, como a história caminha no sentido da atenuação da pena”³. Outros afirmam sê-lo um “direito individual” e uma das formas do povo exercer parcela do poder estatal, tal como o fazem ao eleger seus representantes⁴.

¹ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira: comentários*. Apresentação Sen. Mauro Benevides; introdução de Walter Costa Porto. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 336.

² Obra citada, p. 336.

³ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 3. ed. rev., mod. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 75.

⁴ BARBALHO, João. *Ibidem*.

Em suma, ao que parece, as principais críticas ao Tribunal do Júri são basicamente duas: a) *o princípio do livre convencimento dos jurados*⁵ e b) *a formação do corpo de jurados*.

2. O princípio do livre convencimento dos jurados.

Pela primeira, significa afirmar que os jurados julgam por íntima convicção; baseiam-se em sua experiência, na moral que os cerca e são suscetíveis às influências momentâneas ou passadas. Roscoe Pound⁶ assim se refere sobre as características-padrão dos julgamentos:

“Todos eles envolvem um certo julgamento moral sobre a conduta. (1) Ela deve ser *justa*, ou *consciente*, ou *razoável*, ou *prudente*, ou *diligente*. (2) Eles não apelam a um conhecimento jurídico preciso e precisamente aplicado, mas a um senso comum sobre coisas comuns ou uma intuição educada sobre coisas da experiência de cada um. (3) Eles não são formulados em termos absolutos, ou delimitados com exatidão, nem pela legislação, nem pela jurisprudência, mas são relativos a épocas e lugares e circunstâncias, devendo ser aplicados em referência aos fatos do caso em questão. (4) Eles reconhecem que, dentro de limites fixados pelo direito, cada caso é, em uma certa medida, único.”

“[...] Nesse caso cabe uma indagação: o juiz singular, no julgamento de processo que não é da competência do júri, consegue ser neutro, abstraindo-se de sua ideologia de classe, sua formação acadêmica e de suas derivações axiológicas?”⁷ E mais, quantas e quantas vezes já não vimos argumentos aparentemente calcados na lei, mas maculados por alguma premissa falsa, às vezes inocente, outras maledicente. E quem de nós consegue ser *absolutamente*

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo V, p. 270.

⁶ ARAÚJO, Nádia de. *O tribunal do júri nos Estados Unidos - sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*. Nádia de Araújo e Ricardo R. Almeida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 4, n. 15, jul./set., 1996, p. 210, nota 31.

⁷ STRECK. *Ibidem*.

neutro em nossos julgamentos e manifestações diárias? Em verdade, o juiz, o jurado ou qualquer um, é o que é; somos um conjunto formado por conceitos e preconceitos, quer religiosos, morais, sexuais, filosóficos, futebolísticos, gastronômicos, etc. Todas as nossas decisões são calcadas sobre essas premissas arquivadas em nosso ser.

A respeito das influências que sofrem os jurados nos julgamentos e buscando compreender o processo de suas decisões, a pesquisadora social Semira Adler Vaisenchner e a promotora de justiça Ângela Simões de Farias promoveram uma pesquisa junto ao corpo de jurados da comarca do Recife/PE⁸ e constataram a *reincidência* como sendo a principal influência na condenação, chegando até a se admitir que todos teriam o direito de errar uma vez e de ter uma nova oportunidade; enquanto a *primariedade*, os *bons antecedentes* e a *decadência do sistema penitenciário* são os maiores argumentos para a absolvição. Ao final do trabalho, trazem a seguinte conclusão:

“Portanto, conforme foi constatado, o júri popular sofre pressões de autoridades e/ou de indivíduos influentes no meio social no sentido de direcionar o seu voto de consciência. As questões de ordem ética passam ao largo, como que esquecidas. Quanto a esse aspecto, os integrantes do conselho de sentença confirmam não levar em conta os pedidos como fator de influência em seu julgamento (grifei), considerando-os como uma interferência indevida em sua função. Aliás, por ser esse conselho um colegiado fica até mais protegido da abordagem do que o juiz monocrático, apesar de esse tipo de interferência ser possível ocorrer junto a qualquer órgão de decisão.”⁹

3. A formação do corpo de jurados

O outro aspecto a sustentar as críticas ao tribunal do júri é a composição do CORPO DE JURADOS, que acredito ser esse o seu “calcanhar-de-Aquiles”; primeiro, porque “os jurados historicamente têm pertencido às camadas dominantes”¹⁰ e segundo, porque o jurado

⁸ VAISENCHNER, Semira Adler. **Júri popular: algumas possibilidades de condenação e absolvição.** Semira Adler Vaisenchner e Angela Simões de Farias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. a. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 18.

⁹ Idem, p. 21.

¹⁰ STRECK. Op. cit., p. 81.

é normalmente um cidadão contrariado com a função que a lei lhe impõe, ele não quer ser juiz¹¹; muito embora, “o grande esteio do júri popular é, formalmente, o recrutamento dos “juizes de fato” do seio da sociedade”¹².

A forma de recrutamento prevista no código de processo penal é arcaica; servia em épocas e locais de pequena população, onde todos se conheciam e conheciam diretamente o juiz local. Contudo, hoje, nos grandes centros, isso não mais acontece; havendo, por conseguinte, flagrante necessidade de se encontrar outros mecanismos de recrutamento e de abrir as portas do Tribunal do Júri a todos os que dele queiram participar¹³, legítima e interessadamente.

“Nos Estados Unidos, a participação do cidadão nas atividades dos tribunais é qualitativa e quantitativa bastante elevada. O júri assume todos os caracteres que seus apologistas tradicionalmente lhe atribuem. O júri exerce plenamente sua função educativa, formadora de cidadãos respeitadores da lei. Cada um sabe que, mais dia, menos dias, será convocado para o serviço do júri, o que certamente não constituirá embaraço, pois o tribunal e sua mística são profundamente acolhidos pela cultura popular. O estereótipo do advogado do júri é um sempre presente ícone de massa, um herói da América”¹⁴.

Com o objetivo de aproximar e esclarecer a população sobre o Tribunal do Júri, sua função, formação e competência, seu significado e importância no combate a impunidade foi que, a partir de novembro de 1997, o 3º Tribunal do Júri da Comarca de Maceió/AL iniciou um Projeto para a formação de um novo Corpo de Jurados fazendo uma

¹¹ GUERRA, João Batista Cordeiro. *A arte de acusar*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, p. 10.

¹² VAISENCHER. Op. cit.

¹³ “Conhecemos cidadãos Jurados que já celebraram *Bodas de Prata* com a instituição do Júri, e, ao revés, inúmeras pessoas ansiosas por serem convocadas, meio desiludidas, porém, em sua idéia de que somente com um daqueles ‘*pistolões*’ poderiam ver seu sonho fazer-se realidade.” (TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 4. ed. rev. ampl. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 98/9.

¹⁴ Apud Nádia de Araújo, op. cit., p. 209.

severa depuração dos membros e buscando eliminar todos os antigos, alguns com mais de 5 anos, e inserir novos. Foram feitas no final daquele ano cinco reuniões no total, com todos os componentes do corpo de jurados para o ano de 1998 nas quais palestras foram proferidas esclarecendo os diversos aspectos da Instituição.

Em 1998, procurou-se ampliar a divulgação da Instituição. Desta feita, foi lançada a *I Campanha de Jurados Voluntários do 3º Tribunal do Júri de Maceió*, com ótima resposta. Tal campanha permitiu a ampliação do quadro e efetivamente uma verdadeira democratização do nosso Tribunal do Júri. A divulgação e o convite a todos os cidadãos para exercerem essa parcela da cidadania permitiu em 1999, até agora (Novembro)¹⁵, realizar todos os julgamentos, fato inédito pois, antes dessa revisão, os jurados costumavam não atender as convocações causando atraso na conclusão dos processos independente das sanções que lhes eram impostas (as multas).

Ademais, com a presença de pessoas realmente interessadas em fazer justiça, tivemos decisões muito justas e serenas, salvo, uma ou duas, maculadas pela interferência de pessoas espúrias. Em verdade, jurados antigos que foram desligados desde 1997 e que viviam, feito almas penadas, nos corredores do Fórum, e por tais comportamentos, hoje se acham respondendo a processo criminal na vara privativa dos crimes contra a administração pública.

Frisamos que não adianta apenas gritar por justiça: é preciso promovê-la e, para tanto, é fundamental a participação popular como comprovou-se na prática. A participação do cidadão é importantíssima, indispensável até, para que se possa deixar de *pedir justiça* e passemos a *fazer justiça*, saindo eficientemente das palavras e partindo para a ação.

4. A campanha de jurados voluntários 2000

Após a experiência em 1998 para a formação do Corpo de Jurados para o corrente ano, e ao longo desse período, verificando a eficiência com que os trabalhos foram desenvolvidos, desencadeou-se a *II Campanha de Jurados Voluntários do 3º Tribunal do Júri de Maceió – 2000*.

¹⁵ Veja quadro estatístico no Anexo.

Foram distribuídos formulários na comarca (algo em torno de 20.000). O candidato após preencher o seu formulário, o entregava em qualquer agência do correio (porte pago) ou diretamente no Tribunal do Júri. A aceitação foi imediata, hoje se acham voluntariamente inscritas 331 pessoas de todos os níveis sociais e culturais. Inscreveram-se desde o profissional universitário ao vigilante de 1º grau, passando pelo pastor, mecânico, doméstica,..., inclusive membros da Polícia Militar e da Guarda Municipal¹⁶. A aceitação foi tanta, que vários formulários foram enviados de outras comarcas, os quais foram enviados aos juízos competentes.

Dois fatos curiosos: o primeiro foi o bilhete enviado por uma senhora, junto com o formulário, de uma comarca vizinha onde se lia: "Tenho 62 anos mas estou em plena forma física e mental. Gostaria de ser útil, fazer alguma coisa útil para a sociedade." O outro foi o silêncio das entidades que militam contra a violência aos ofícios enviados pedindo a divulgação da Campanha e a exortação para inscrição de seus membros, ao que se sabe nenhum, nem mesmo da diretoria.

Com tal iniciativa, os dois óbices levantados caem por terra: primeiro, foi aberto para a sociedade a possibilidade de se inscreverem como jurados, isso permitiu uma maior representação social e uma pulverização cultural; em segundo lugar, não temos pessoas contrariadas ou de mau humor nos trabalhos. Todos, em tese, comparecem com o melhor espírito e os julgamentos são mais eficientes. Aliado a isso, passou-se a ter uma maior participação nos debates: atualmente, é raro o julgamento onde o Conselho de Sentença não efetua perguntas pedindo maiores esclarecimentos sobre as teses apresentadas.

5. Conclusão

A mudança na sistemática de formação do Corpo de Jurados de obrigatória, feita pessoalmente pelo Juiz-presidente, para uma "Campanha de Jurados Voluntários" é extremamente produtiva e eficiente. Todos têm a ganhar: os julgamentos não deixam de ser realizados por falta de quorum; o interesse em serem justos e a responsabilidade é muito forte e sentida na maior participação nos debates, eliminando jurados insatisfeitos ou apressados em se verem

¹⁶ Veja a estatística – Anexo.

livres da incumbência; o poder de cooptação é reduzido, na razão direta da vontade de exercer parcela da cidadania; além disso, a renovação anual evita que os componentes fiquem viciados ou adquiram hábitos nefandos e a produtividade é sensivelmente melhor.

A implantação desse sistema pode ser feita imediatamente, pois, o controle do Juiz é total, não se vislumbrando qualquer ilegalidade.

Por fim, a Instituição do Júri sai fortalecida, a sua sistemática e importância é mais eficientemente difundida no meio social e cada pessoa que passa pelo Conselho de Sentença é mais um cidadão consciente do seu dever de cumprir a lei e respeitar o direito do outro.

Anexo

As estatísticas do 3º Tribunal do Júri de Maceió/Al.

	1995	1996	1997	1998	1999	TOTAL
Audiências:	266	115	188	207	167	943
Decisões interlocutórias:	36	34	57	92	69	288
Júris realizados:	xx ¹⁷	12 ¹⁸	29	20	59 ¹⁹	105
Condenações:	xx	4	11	13	35	61
Absolvições:	xx	8	20	8	24	59
Júris reunidos n/realizados:	xx	11 ²⁰	11	13	5 ²¹	28
Índice de Condenação:	xx	34%	38%	65%	59%	

Para analisar esses dados é necessário ter em mente os seguintes pontos:

1º) O Tribunal do Júri em Maceió funciona 10 (dez) meses por ano e até 1999, realizava apenas 5 (cinco) júris por mês, porque só havia um Salão de Júri no Fórum Muniz Falcão, no Centro de Maceió, o qual tinha que ser dividido com os outros dois Tribunais²², enquanto que a quarta semana de cada mês ficava vaga para o caso de alguma eventualidade (Julgamento transferido, por exemplo);

¹⁷ Dados não disponíveis em face de que os júris eram realizados por outra vara.

¹⁸ De Agosto a Dezembro.

¹⁹ Até Novembro de 1999.

²⁰ De Agosto a Dezembro.

²¹ Transferidos em razão da ausência de advogados, mas realizados na mesma sessão ou não.

²² O 3º Tribunal do Júri foi criado pela Lei Estadual n.º 5.903, de 21 de fevereiro de 1997. Antes desta lei, o 3º Tribunal do Júri utilizava o Corpo de Jurados de 1º Tribunal do Júri.

2º) Nesse período enfrentaram-se greves no serviço público, inclusive no Poder Judiciário e muitos julgamentos não se realizaram por falta de quorum;

3º) Até 1997 o Corpo de Jurados era pequeno (38 pessoas) e só em 1998 houve uma significativa renovação no quadro e sua ampliação foi para mais de trezentos (300) componentes;

4º) Todo o corpo de funcionários do 3º Tribunal do Júri resume-se a 3 (três) pessoas: escrivã, escrevente e oficial de justiça. São essas três pessoas que têm que dar conta de 380 (trezentos e oitenta) processos tramitando em média, sendo que nenhum processo se encontra atrasado ou com prazo excedido;

5º) Nas absolvições estão incluídos os julgamentos em que o Ministério Público pediu a absolvição do réu.

Como se pode ver, a questão sobre a contumaz absolvição dos culpados no Tribunal do Júri depende da eficiente e efetiva renovação do Corpo de Jurados e o comprometimento desses com o pleno exercício da cidadania. A alegação da Justiça não funcionar ou de ser lenta também não se aplica a esse Tribunal, embora tenhamos consciência de que ela não seja como desejamos, mas, com um pouco de esforço e ajuda se consegue fazer um trabalho minimamente razoável.

SUBSTITUTIVOS PENAIS UMA EVOLUÇÃO IDEOLÓGICA NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Elaine Cristina Pimentel Costa

Advogada da Central de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas do Estado de Alagoas – CEAPA/AL e Professora de Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito de Maceió – FADIMA.

SUMÁRIO

1. Sobre a Privação da Liberdade. 2. Dos Substitutivos Penais. 3. Da Atividade Multidisciplinar na Aplicação dos Substitutivos Penais. 4. Conclusão.

1. Sobre a Privação da Liberdade

Ao retirar do homem comum o poder de vingar-se do autor de um delito, o Estado aboliu a chamada vingança privada e estabeleceu a vingança institucionalizada, através da aplicação de penas.

O sistema punitivo brasileiro, em particular, não acatou e pena de morte, bem como as de caráter perpétuo, estruturando-se, então, sobre a ideologia de que a pena privativa de liberdade é o meio hábil para atingir três finalidades básicas: *retribuir* o mal causado pelo infrator, *ressocializá-lo* para torna-lo apto a retornar ao convívio social, de modo a *prevenir* nova incidência na criminalidade.

Não são raras as manifestações que se insurgem contra a *retributividade* da pena, a exemplo do pensamento de Maria Lúcia Karan, adiante disposto:

“A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta, em princípio, por sua incapacidade de esclarecer a razão pela qual se deveria compensar um mal com outro mal de igual proporção, quando, mesmo se aceitando as teses contratualistas originárias que lhe serviram de fundamento, ou as posições neo-contratualistas mais recentes, apareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pelo delito,

especialmente porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente afetadas.”¹

Não há dúvidas de que a pena privativa de liberdade atinge plenamente o seu caráter *retributivo*, uma vez o Estado dispõe de meios para compensar o mal causado com outro mal, de proporções semelhantes ao delito: retira o infrator do meio em que vive e recolhe-o ao cárcere.

Por outro lado, a *ressocialização*, objetivo que não se pode olvidar, já não teve o mesmo êxito. A experiência demonstra que a realidade do cárcere vai de encontro aos ideais de ressocialização, mormente por trazer em si uma contradição irrefutável: como ressocializar o indivíduo retirando-o do convívio social?

Com efeito, numa concepção superficial de ressocialização, está implícita a idéia de um complexo trabalho de reestruturação psicossocial do infrator, bem como da própria sociedade, que o receberá de volta quando do término da pena, supostamente livre de sua reincidência.

Contrariamente a tudo isso, a privação da liberdade revelou-se verdadeiro “cavalo de Tróia”, na medida em que, ao invés de possibilitar a ressocialização, contribui para uma exclusão muito mais forte do condenado, através da estigmatização. Louk Hulsman descreve, com propriedade, alguns dos efeitos da privação da liberdade:

“Perdendo a liberdade, aquele que vivia de salário e tinha um emprego, imediatamente perde este emprego. Ao mesmo tempo, perde a possibilidade de manter sua casa e assumir os encargos de família.

[...] A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas seqüelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis que faz a prisão um mal social específico: ela é um **sofrimento estéril**.

¹ KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam Editora, 1993, p.176.

Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo. Desprovido de sentido. **Tal sofrimento é um nonsense.**

As ciências humanas nos dão uma idéia da extensão desse mal. A partir delas, se constata que ninguém extrai qualquer benefício do encarceramento: nem o preso, nem sua família, nem a "sociedade". As regras de vida na prisão fazem prevalecer relações de passividade-agressividade e de dependência-dominância, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes."²

A descrição feita por Hulsman bem demonstra o poder que tem o cárcere de desfigurar o homem por completo, ferindo frontalmente a própria dignidade humana. Além do rompimento com o meio social em que vive, sofre ele, com o passar do tempo, as influências dos vícios de um sistema penitenciário, que, ao contrário do que dispõe a legislação pertinente, unifica o tratamento dispensado aos encarcerados, independentemente da categoria e gravidade do delito praticado ou do histórico do infrator.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, é o diploma legal responsável pelo regramento da execução humanizada da pena, especialmente da pena privativa de liberdade. No entanto, a realidade do sistema prisional comprova que, ainda que seus preceitos fossem rigorosamente observados, não haveria como se garantir a ressocialização do infrator.

Mesmo os estabelecimentos prisionais que tentam desenvolver uma política de humanização do cárcere, aliada aos trabalhos voluntários de Organizações Não-Governamentais - ONGs e de grupos religiosos, não conseguem alcançar resultados significativos em termos de percentual de ressocialização, uma vez que todo e qualquer trabalho realizado se mostra impotente diante dos efeitos da privação da liberdade sobre o ser humano.

² HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. 2 ed. Niterói: Luam Editora, 1997, p. 61-62.

Este retrato devastador da realidade carcerária culmina com a descrença de que possa o Estado cumprir com a proposta de ressocializar o infrator, salvaguardando a sociedade. A própria legitimidade do *jus puniendi* estatal chega a ser posta em questão.

Por isso, não são raras as correntes doutrinárias que se contrapõem à institucionalização da pena, a exemplo dos abolicionistas, liderados por Louk Hulsman, que assim explica suas impressões acerca do Estado:

“Na realidade, cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal – e as diferentes práticas das instituições e dos homens que a fazem funcionar. Tais instituições não têm nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encarceradas em mentalidades voltadas para si mesmo.”³

De fato, este é um fenômeno que não pode ser negado. A inconstância das diversas administrações não permite a sedimentação de uma política carcerária, com investimentos direcionados à humanização das instalações físicas dos estabelecimentos prisionais, bem como ao desenvolvimento de atividades dirigidas ao combate da ociosidade, situação tão comum em todos os Estados do Brasil.

Mesmo considerando todos esses fatores, é de se observar que os ideais do abolicionismo ainda se estruturam a passos lentos e encontram poucos adeptos para solidificar-se como corrente dominante, visto que não justificou como tratar o problema da criminalidade sem a intervenção estatal. Afinal, a sociedade atual não está preparada para o retorno da vingança privada, que, caso voltasse a vigorar, representaria verdadeiro caos social.

³ Op.cit, p. 59.

A falência da pena privativa de liberdade é algo incontestável em todo o mundo e, assim sendo, há quase um consenso no sentido de que tal pena deve ser aplicada apenas como *extrema ratio*, ou seja, àqueles autores de delitos de maior gravidade.

A tal respeito, esclarece Maurício Kuehne:

“(...) se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do meio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mais, a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social.”⁴

Com efeito, não é vantagem para a sociedade punir com a privação da liberdade os autores de delitos de menor potencial ofensivo. Seguindo essa linha de raciocínio, o legislador brasileiro passa a inserir no sistema jurídico diversos *substitutivos* à pena privativa de liberdade, visando tornar concreta a ressocialização através da pena e contribuindo, inclusive, para desafogar a Justiça Criminal e a Administração Pública, que se ocupam com a execução dispendiosa e ineficiente da pena privativa de liberdade.

2. Dos Substitutivos Penais

Considerando que o sistema penal brasileiro tratou de hierarquizar as infrações penais em infrações de bagatela ou insignificantes, infrações de menor potencial ofensivo, infrações de médio potencial ofensivo, infrações graves e infrações hediondas, fez-se premente dispensar tratamento diferenciado também à aplicação e execução das penalidades respectivas.

⁴ KUEHNE, Maurício. *1 ano e 6 meses da lei 9.714/98. Substitutivos penais (Penas Alternativas). Anotações sumárias*. Curitiba: JM Editora, 2000, p. 64.

Nesse sentido, grande inovação trouxe a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, competente para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, que compreendem as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Tal lei introduziu medidas despenalizadoras, a exemplo da *conciliação*, através da composição dos danos civis, que põe termo à pretensão punitiva, posto que implica em renúncia tácita ao direito de queixa ou representação; da *transação*, que consiste em proposta feita pelo Ministério Público ao infrator, antes do oferecimento da denúncia – nos casos de ação penal pública, condicionada ou incondicionada – de imediata aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos. Feita e aceita a proposta, é homologada pelo juiz e, uma vez cumprida a pena, estará extinta a punibilidade.

A lei n.º 9.099/95 introduziu no sistema, também, a chamada *suspensão condicional do processo*, verdadeira exceção ao clássico *princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*⁵. Através da suspensão condicional do processo, ao acusado é dada a possibilidade de passar por um período de prova, independentemente da realização da instrução criminal, visando, assim, evitar os transtornos e estigmatização de um processo.

Com tudo isso, é nítida a intenção do legislador de desburocratizar a Justiça Criminal, elegendo como preocupação central a busca pela solução de conflitos, através da conciliação no âmbito penal, e valorizando, também, a figura da vítima, outrora esquecida no processo penal.

Outro fato que bem demonstra a evolução ideológica do sistema penal brasileiro é a edição da Lei n.º 9.714, de 25 de novembro de 1998, que ampliou o rol das penas restritivas de direitos, dispostas no Código Penal Brasileiro a partir da reforma penal de

⁵ Conforme explica Fernando Capez (cf. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000), segundo o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não pode o Ministério Público, diante da indisponibilidade do objeto da relação jurídica material, recusar-se a propor a ação penal, por critérios de política ou utilidade social, sempre que presentes os requisitos mínimos exigidos em lei.

1984. Anteriormente, as penas restritivas de direito apresentavam-se em três espécies: interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade; hoje, são também penas restritivas de direito a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

De acordo com o disposto na Lei n.º 9.714/98, as penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autonomamente ou em substituição à pena privativa de liberdade, aplicada em *quantum* não superior a 04 (quatro) anos, caso o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Para os crimes culposos, há possibilidade de substituição, qualquer que seja a pena aplicada. É vedada, todavia, a substituição em casos de réu reincidente em crime doloso.

Importante observar que as penas restritivas de direitos são, em verdade, *substitutivas* e não *alternativas*, como erroneamente tratadas. Com efeito, penas alternativas são somente aquelas provenientes de transação penal – nos termos da Lei n.º 9.099/95 – e que consistem em alternativas à pena proveniente de sentença penal condenatória, após o trâmite de ação penal. Todas as demais penas e medidas previstas na legislação vigente nada mais são do que *substitutivos penais*, que visam, de fato, *substituir* ora a pena privativa de liberdade, ora o próprio processo, nos casos de suspensão condicional do processo, de acordo com a Lei n.º 9.099/95.

3. Da Atividade Multidisciplinar na Aplicação das Penas Restritivas de Direitos

Além dos requisitos objetivos acima dispostos, a Lei n.º 9.714/98 aponta um requisito de cunho eminentemente subjetivo, para a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos: a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado, bem como do motivo e das circunstâncias como indicativos de que a substituição se mostra suficiente.

Ora, certamente não compete ao magistrado, na qualidade de profissional do Direito, analisar a personalidade do infrator, para fins de concluir pela suficiência ou não da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Tal análise só será dotada de credibilidade se levada a efeito através da atividade de profissionais capacitados, especialmente psicólogos e assistentes sociais.

Por outro lado, é de se observar que duas das espécies de penas restritivas de direitos – prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade – consistem em benefícios, pecuniários ou laborais, prestados pelo condenado em favor da comunidade.

A prestação pecuniária, nos termos da lei, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a *entidade pública ou privada com destinação social*, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. A prestação de serviços à comunidade, por sua vez, deverá ser direcionada a *entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais*.

Isso significa que também se faz necessária a análise de tais entidades, de suas carências e demandas, de modo que seja possível, no momento da execução da pena, a adequação das aptidões do condenado com a respectiva entidade.

Portanto, a fluência harmônica da aplicação e execução das penas restritivas de direitos exige o trabalho em conjunto de uma equipe multidisciplinar, capacitada para auxiliar o magistrado nos aspectos subjetivos da substituição penal. Assim, com a cuidadosa aplicação dos substitutivos penais, serão mais facilmente alcançados os objetivos para os quais foram criados.

Alguns Estados brasileiros já contam com Centrais de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas – CEAPAs, que objetivam auxiliar o Juízo das Execuções Penais, através do desenvolvimento de atividades psicossociais direcionadas à execução dos substitutivos penais.

As CEAPAs são criação do Ministério da Justiça (Secretaria Nacional de Justiça) que, através da Central Nacional de Penas Alternativas – CENAPA, firma convênios com os Estados, viabilizando a sua implantação e manutenção.

Em Alagoas, a CEAPA, criada em maio de 2001, nasceu da iniciativa da Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado, em parceria com o Tribunal de Justiça, e é composta por uma equipe multidisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais, advogados, agentes de acompanhamento e estagiários, que trabalham em conjunto com a Vara de Execuções Penais.

Em pouco mais de 2 (dois) meses de trabalho, a CEAPA/AL já firmou cerca de 15. (quinze) Termos de Compromisso com entidades da Capital, para fins de recebimento de condenados aos quais foram aplicados substitutivos penais e, inclusive, parceria com um hospital público especializado no tratamento de dependentes químicos – alcoólatras, dentre outros – para encaminhamento dos condenados que desejem se submeter ao tratamento adequado. Com efeito, a receptividade das entidades beneficiadas tem sido verdadeiro agente incentivador das atividades da CEAPA/AL, ainda pouco conhecida pela sociedade alagoana.

O objetivo do Ministério da Justiça, com a criação das CEAPAs, é incorporá-las, futuramente, ao Poder Judiciário, através da criação de Varas de Execução de Penas e Medidas Alternativas – VEPAs, a exemplo das existentes nos Estados de Pernambuco, Ceará e Paraná. Assim, estará sedimentada a política da multidisciplinariedade na aplicação e execução dos substitutivos penais, fator que contribuirá significativamente para a concretização dos ideais de ressocialização propostos pelo sistema punitivo brasileiro.

4. Conclusão

Atualmente, os sistemas punitivos em todo o mundo sofrem mudanças perceptíveis. Não se trata da criação abrupta de uma nova forma de punir, mas sim da evolução contínua dos antigos conceitos, empiricamente refutados.

É natural que a experiência demonstre êxitos e fracassos em matéria de punição através do Estado, cuja legitimidade exige que os institutos criados – a exemplo da pena privativa de liberdade – venham a atingir as finalidades propostas.

Não há como contestar o fracasso da privação da liberdade. Por outro lado, é patente o êxito da aplicação de substitutivos penais, que atingem, num só momento, várias finalidades: reparar o dano causado, valorizando a vítima, e punir o infrator, revertendo sua conduta ilícita em benefícios direcionados à comunidade. Tudo isso sem retirá-lo do meio social em que vive e possibilitando, assim, maiores chances de ressocialização.

De fato, a evolução na forma de tratar o infrator atinge diretamente a própria sociedade civil, através das entidades

beneficiadas, que os recebem independentemente de estigmas, como provavelmente fariam caso fossem de egressos do cárcere.

Ademais, o fato de reverter-se o mal causado em favor da comunidade, com o devido acompanhamento e fiscalização dos órgãos públicos competentes, afasta a errônea impressão de impunidade que eventualmente venha a surgir pela não privação da liberdade do infrator.

É de se observar que, através da adoção adequada dos substitutivos penais, não há a pretensão de diminuir a superlotação dos presídios, mas sim de impedir que considerável parcela dos infratores, cujos delitos sejam passíveis de aplicação de substitutivos penais, venha a padecer dos males inerentes ao cárcere.

Por tudo isso, não é incorreto afirmar que a atenção do legislador aos substitutivos penais representa verdadeira evolução ideológica do sistema punitivo brasileiro, que a cada dia se aproxima dos ideais de dignidade da pessoa humana.

ILÍCITOS CIVIS: UMA TENTATIVA DE CLASSIFICAÇÃO

Felipe Peixoto Braga Netto

Advogado da União, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

SUMÁRIO

1. Introdução: estágio atual do problema e limites propostos.
2. O ilícito na teoria geral do direito. 3. Lícito e ilícito: demarcações e distinções. 4. Ilícitos civis: classificação reinante. 5. A nossa proposta. 6. À guisa de conclusão.

1. Introdução: estágio atual do problema e limites propostos

Este artigo tem dois objetivos distintos, mas intimamente relacionados: primeiro, ao escolher, como tema de dissertação de mestrado, os atos ilícitos no direito civil, estimulava-nos, além da possibilidade de estudo mais aprofundado da matéria, o desafio de pôr o tema em discussão, levantando e debatendo hipóteses, de modo a superar o esquecimento indevido da questão. Em segundo lugar, e de certo modo como conseqüente necessário, estava a questão: os ilícitos civis comportam, de fato, uma classificação? E, se afirmativa a resposta, ela já se encontra feita? Foram essas indagações que nos moveram, e que buscamos responder ao longo desse artigo.

O ilícito espraia-se por todo o Direito, seja este tido em sua dimensão de objeto, sobre o qual os estudiosos, em meta-linguagem, emitem proposições, seja o Direito estudado em sua dimensão ciência, como cogitação sobre o fenômeno que se apresenta através de princípios e normas¹.

Sua relevância é tamanha que as grandes teorias que intentam explicar o Direito, a exemplo da de Kelsen, engendram todo um sistema a partir do ilícito, conceituando-o como o pressuposto para a aplicação da sanção².

¹ Cf. Lourival Vilanova, *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 129.

² Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 121-128.

No entanto, o direito civil, estranhamente, não participou dessa justa atenção conferida aos ilícitos. Na seara civil, eles sempre foram indevidamente relegados a uma participação secundária, sem jamais terem sido palco de cogitação teórica de vulto, por razões, segundo cremos, nascidas de abordagens parciais do tema.

É muito comum, ao se falar em ilícito civil, a pronta e imediata associação com a responsabilidade civil, como se fossem sinônimos, ou como se todo ilícito civil desse causa, necessariamente, à responsabilidade civil³. Este artigo, em grande parte, tenta superar essa indevida associação.

Talvez não seja desarrazoado atribuir essa superposição de conceitos à postura assumida pelo Código Civil, que, conceituando ato ilícito, atribuiu-lhe o dever de indenizar como resultado necessário, o que foi endossado pela grande maioria dos civilistas clássicos.

No entanto, a doutrina poderia, investigando o ordenamento, concluir que não obstante a letra do Código, ilícitos existiam que não participavam daquela definição legal (Art. 159: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*"). Não foi esse, contudo, o procedimento adotado. Houve certa mudez doutrinária, possivelmente nascida da convicção de que a opção do legislador estaria acertada. Aliás, a posição doutrinária quanto aos ilícitos civis foi, desde o advento do Código Civil, extremamente restritiva, sempre se entendendo que a matéria iniciava-se e findava-se com a análise do ilícito cujo efeito é a responsabilidade civil (art. 159, acima citado).

³ Cf. Orlando Gomes: "*A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar. O estudo de sua extensão e fundamento constitui objeto da teoria da responsabilidade civil, um dos mais importantes capítulos do direito civil, agregado, porém, à parte especial do direito das obrigações, justo porque essa responsabilidade se concretiza numa obrigação pecuniária, da qual é fonte, precisamente, o ato ilícito*", *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 417. Cf. ainda Messineo, *Derecho Civil y Comercial*, Trad. S. Sentis Melendo, Buenos Ayres: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, t. II, p. 337.

Bem sintomática dessa crença foi a postura de Clóvis Beviláqua. O ilustre jurista, quando das discussões para a feitura do nosso Código Civil de 1919, pugnava contra a inclusão legislativa dos ilícitos num título único, ao argumento que lhes faltava "*a necessária amplitude conceitual*".⁴ Tal posição - que restou vencida quando da redação do Código - reflete bem a mentalidade dos juristas a respeito da matéria, que não foi sequer encarada como um problema que merecesse cogitação teórica.

Fácil é ver, destarte, que no direito civil o ilícito nunca foi tema de grande prestígio. Não existem livros, artigos ou monografias que se ocupem do assunto. Há muito sobre a responsabilidade civil, sobre as modalidades de responsabilidade, e, nesses estudos, se o ilícito é abordado, é apenas de modo rápido e incidental, como o antecedente culposo e danoso da responsabilidade.

O mais grave é que quando o ilícito civil chama a atenção é quase sempre por razões que, tecnicamente, não se justificam. Explicamos. Essa opção do Código, que acabou sendo, por inércia, a opção doutrinária, acarretou uma séria de conseqüências perniciosas para o estudo dos ilícitos civis.

Como a ilicitude, na definição do Código, é sempre culposa, danosa e geradora do dever de indenizar, surgiram os dogmas, que, fazendo honra ao conceito de dogma, insistem em continuar existindo menos por razões lógicas e mais pela dificuldade em suplantar o que vem sendo há tempos repetido.

Assim, na matéria, atribui-se ao *gênero* (os ilícitos civis) o que define uma *espécie* (ilícito indenizante, art. 159 CC⁵). As características *dessa espécie* são projetadas como características de

⁴ Clóvis Beviláqua, *O Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

⁵ Em verdade, trata-se de norma jurídica de fundamental importância, mercê de sua generalidade, abarcante de um sem-número de situações. A utilidade de uma disposição desse teor é tamanha que praticamente todos os ordenamentos possuem dispositivo com conteúdo semelhante, a exemplo do Código Civil Alemão (art. 823, B.G.B.), Código Civil Italiano (arts. 2.043 e 2.046), Código Civil Português (art. 2.398), Suíça - Código Federal das Obrigações - (art. 41), Espanha (art. 1.092), Áustria (art. 1.295).

todos ilícitos civis⁶, e nisso há um profundo engano. Se essa fosse, de fato, a única espécie de ilícito civil existente, haveria razão para a confusão com a responsabilidade civil. Mas não é, existem outras, previstas no próprio Código Civil, o que desmente o propósito simplificador de muitos.

Basicamente, intentaremos demonstrar, neste estudo, que o Código Civil *errou*, ao definir ato ilícito, porquanto *existem espécies, ainda não categorizadas, que inegavelmente são ilícitas*. E que a doutrina, um tanto irrefletidamente, vem secundando os equívocos do legislador. Para além disso, e de resto mais importante, vamos propor uma classificação, segundo três critérios básicos, dos ilícitos no direito civil.

Portanto, nosso propósito é oferecer um modelo teórico explicativo dos ilícitos civis, catalogando e definindo as espécies que o sistema apresenta, de molde a possibilitar uma visão sistemática e abrangente da matéria, o que nos parece ainda não ter sido feito.

2. O ilícito na teoria geral do direito

Não nos parece possível tratar qualquer problema jurídico, mormente em sede de classificação de fatos jurídicos, se não partimos da teoria geral do direito, que é a ciência do direito pensada em bases genéricas e amplas. Destarte, porque é uma teoria *geral*, uma conclusão aí obtida pode ser translada a qualquer campo jurídico, justamente por ser geral.

A teoria geral do direito, importantíssima em qualquer cogitação doutrinária, sobreleva em relevância aqui, porquanto nosso tema se apoia na classificação dos fatos jurídicos, capítulo da teoria geral do direito que sempre mereceu invulgar atenção.

Com efeito, a respeito da classificação dos fatos jurídicos, as obras são fartas e de vulto. Muitos dos grandes juristas a ela dedicaram esforços, e o resultado é um considerável sistema, embora nem sempre acorde nos resultados. Contudo, talvez ninguém ouse objetar que, nesse campo – como em vários outros – não ouve

⁶ Cf. Orlando Gomes: “*Ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem*”. Ob. cit., p. 415.

contribuição maior, nem mais profunda, que a de Pontes de Miranda. O jurista alagoano, com o notável rigor de lógico e de matemático que era, elaborou complexa e exauriente taxionomia dos fatos jurídicos, tendo por ponto de partida as discussões dos pandectistas alemães.

Para esse sistema, em linhas muito gerais, a norma, para incidir, precisa apenas da previsão, abstrata e hipotética, de um ou de um grupo de fatos, os quais, se e quando ocorridos, desencadeiam as conseqüências previstas na mesma norma, ou pelo ordenamento como um todo⁷.

Entre a incidência da norma, ao acontecer o fato previsto, e os efeitos que a norma irá desencadear, está, segundo Pontes, o fato jurídico, que é o conceito fundamental e mais importante do mundo jurídico⁸.

Para Pontes, portanto, existir, no mundo do direito, é ser fato jurídico, e ser fato jurídico é pressuposto necessário para a ocorrência de qualquer efeito jurídico⁹. Contudo, entre os fatos jurídicos, quanta variedade. Cada qual, porque provindo de incidência de norma com conteúdo distinto, tem, dentro do mundo jurídico, configuração diversa, e é a partir daí que se constrói a classificação.

Esse sistema teórico, como se vê, tem como fundamento básico a distinção entre o mundo fático e o mundo jurídico, e tem como ponte de passagem a incidência. Somente a incidência leva fatos de um mundo ao outro, e portanto somente podem ser classificados, como jurídicos, os fatos que já foram levados ao mundo do direito, pela mão da incidência juridicizante¹⁰.

Deste modo, a classificação dos ilícitos civis movimenta-se dentro de um campo teórico já configurado: primeiro, está-se categorizando fatos (por fatos entenda-se qualquer fato ou ato; em sentido amplo, pois) que já sofreram a incidência juridicizante, e que portanto estão no mundo jurídico. Depois se está afirmando que não

⁷ Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 5.

⁸ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. V. p. 10/1 e *passim*.

⁹ Pontes de Miranda, *Ob. cit.* t. I, p. 17.

¹⁰ Pontes de Miranda, *Ob. cit.* t. I, p. 28.

existe ilícito fora do mundo jurídico, porque classificar ilícitos é classificar fatos jurídicos.

3. Lícito e ilícito: demarcações e distinções

A distinção entre lícito e ilícito é, no dizer de Von Tuhr, a divisão fundamental dos atos jurídicos do direito privado¹¹.

Mas, fundamentalmente, o que os distinguiria? Haveria espaço para, como querem alguns, definir o lícito como jurídico e o ilícito como antijurídico? Ou são eles, estruturalmente falando, iguais?

Segundo nossa concepção, forte em Pontes de Miranda, o que define o ato ilícito é a contrariedade a direito. Existindo contrariedade a direito, haverá condição de possibilidade do ato ilícito.

Mas o que é, então, a contrariedade a direito? Contrariedade a direito, que em direito civil não precisa resultar de previsão expressa¹², é a atitude do ordenamento jurídico que não considera aquele ato conforme aos seus valores normativos ou principiológicos.

Se o ato é proibido, ou se sua prática, pela disfunção funcional que acarreta, leva a resultados incompatíveis com o que o sistema considera lícito, estaremos diante de um ato contrário a direito, que não é senão um julgamento a respeito do choque entre o ato e os valores objetivamente dispostos.

Portanto, é a contrariedade a direito que, de maneira peculiar, define a ilicitude, seja civil, penal, administrativa ou qualquer outra, sendo esse o sentido da afirmativa corrente de que não há distinção

¹¹ *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Trad. Tito Rava. Buenos Ayres: Depalma, 1946, t. II, 1º, p. 118.

¹² A questão não comporta aprofundamento nos estreitos limites deste artigo, mas a contrariedade a direito não precisa, na seara civil, de previsão expressa do sistema. Sempre que um princípio – como o que consagra, e.g., o direito à intimidade – for violado, haverá contrariedade a direito, existindo ou não previsão específica a respeito. Disso resulta que não só são ilícitas as espécies sobre as quais o direito positivo dispõe: “São ilícitas tais condutas: (...)”. Essas são apenas uma parte dos ilícitos civis existentes.

ontológica entre as várias modalidades de ilícitos nos ramos jurídicos¹³.

Porém, estruturalmente, é impossível estabelecer linha divisória entre o lícito e o ilícito, porque ambos ostentam a mesma configuração. Existem, destarte, diferenças semânticas, jamais sintáticas. A contrariedade a direito é apenas a valoração – já pertinente ao conteúdo da norma, portanto – com conteúdo axiológico negativo.

Aliás, o fenômeno jurídico, no que se refere aos seus *conceitos fundamentais*¹⁴, no sentido que Felix Somlo confere ao termo, é formado por estruturas idênticas. Assim, todo ordenamento, pelo menos no mundo ocidental, exhibe, ainda que sob outras denominações semânticas, os mesmos elementos, como a norma, incidência, fato jurídico, relação jurídica e as demais categorias de eficácia.

Por isso é que Lourival Vilanova diz que o direito possui homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica. As estruturas são iguais. Os conteúdos, não. Isso é, de certa forma, truísmo, porém de necessária consignação, uma vez que no que concerne aos ilícitos há uma lamentável difusão de falsos conceitos, o que justifica a repetição de conceitos de certa forma básicos.

Não há, dessa forma, distinção estrutural entre lícito e ilícito no direito civil¹⁵. Ambos são fatos jurídicos¹⁶, provindos da incidência de uma norma sobre seu suporte fáctico suficiente. Parece-nos impertinente, pois, as distinções “*topológicas*”, que afirmam, a

¹³ Cf. José de Castro Meira, *O ilícito civil e o ilícito penal*, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: 70:159-174, abril/junho, 1981, p. 169.

¹⁴ Felix Somló, *Juristische grundlehre*, 1927, p. 8-10, *Apud*. Lourival Vilanova, *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.

¹⁵ O Código Civil, descurando da clássica recomendação no sentido de evitar definições em lei, definiu ato jurídico, e definiu mal, pois no conceito legal somente é ato jurídico o ato *lícito* (CC, art. 81), restando para os ilícitos a incômoda pecha de *ajurídicos*, ou *antijurídicos*, o que deixa sem explicação os efeitos que eles produzem.

¹⁶ Cf. José de Castro Meira, *Ob. cit.*, p. 168.

priori, que uns estão e outros não, em determinado ponto, que no caso é o mundo jurídico¹⁷.

4. Ilícitos civis: classificação reinante.

Classificar os ilícitos é inseri-los, de certo modo, em classificação mais vasta, dos fatos jurídicos, em geral. Quanto a esta, a melhor – por mais exata, precisa e abrangente – está em Pontes de Miranda. Os ilícitos, insertos nesse plano maior, recebem, em Pontes, trato fecundo e rigoroso, porém não simples, nem com a sistematicidade que poder-se-ia esperar.

Pontes de Miranda ofertou, também aqui, riquíssimo material teórico, a espera de pesquisas, estudos e discussões. Foi em sua obra que colhemos muitas das sugestões teóricas que ora desenvolvemos, além dos conceitos fundamentais para a compreensão do fenômeno jurídico.

No entanto – e pensando de maneira específica e monográfica – não há obra que cuide do tema, pelo menos não sob o enfoque aqui dado. Força é ver que a ilicitude tornou-se mero apêndice da responsabilidade civil, e é basicamente nessa condição que ela é tratada. Como não houve estudos doutrinários que reivindicassem o lugar que lhe é próprio, como classe de fundamental importância de fatos jurídicos, e como quem escrevia a respeito só enxergava a questão sob o prisma da responsabilidade, difundiu-se a falta noção de que todo ilícito civil tem como efeito a obrigação de indenizar.

A única obra que fere o tema é a do prof. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico*, onde a questão recebe tratamento precisa e clara, limitada embora ao plano geral da obra, que é o do fato jurídico em geral.

¹⁷ Os civilistas clássicos relutam tenazmente em aceitar o ilícito como *ato jurídico*. Assim, Vicente Ráo, para quem “*só de modo impróprio pode, portanto, o delito (civil ou criminal) ser qualificado como ato jurídico, porque não consiste em ato de exercício da autonomia privada, dispositiva e preceptiva da vontade, destinado a criar, praticar, alterar, ou extinguir direitos, de conformidade com o ordenamento jurídico*”. (*Ato Jurídico*. São Paulo, 1995, p. 30). Também nesse sentido, v. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*. Forense, Rio de Janeiro, t. I.

Destarte, fácil é concluir, face à ausência de pesquisas, que não houve trabalho de catalogação e sistematização das espécies, dado que, muito coerentemente, não se pode classificar o que não existe, e para os mais dos estudiosos não existe outra espécie que não aquela geradora do dever de indenizar que o art. 159 alberga.

No entanto, é possível visualizar, no trato dos ilícitos civis, duas tendências, que em linhas gerais podem ser traduzidas do seguinte modo:

- a) uma considera ilícito apenas o ato que perfizer o suporte fático do art. 159 do Código Civil. É a posição dominante;
- b) outra considera ilícitos, a par dos antes mencionados, aqueles resultantes de infrações contratuais.

Nisso, de modo geral, resume-se a questão. Não há menção a outras espécies, o que faz crer que não existam outras espécies. A classificação – em verdade, praticamente *não há* classificação nos livros que cuidam do tema – exaure-se na menção aos ilícitos contratuais (para a parte da doutrina que os aceita), e, para que os crêem na espécie única, resta discorrer sobre o suporte fático do ilícito do art. 159.

É esse, grosso modo, o panorama doutrinário sobre a matéria.

Outro aspecto relevante que merece menção diz do próprio conceito de direito civil, que se já teve limites claramente definidos, atualmente passa por uma mudança de paradigmas que pode levar a confusões. É que o direito civil, tradicional fornecedor dos conceitos, categorias e institutos para os demais ramos do direito, vem passando por profundas mudanças, revendo suas premissas teóricas e perlustrando outros rumos¹⁸.

À vista disso cabe esclarecer, consoante conceito do prof. Paulo Lôbo (ob. cit., p. 94), que se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular o direito é privado, independentemente do grau de intervenção estatal.

¹⁸ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Constitucionalização do Direito Civil, Direitos e Deveres*. Maceió: Imprensa Universitária, n. 3: 91-108, jul.dez. 1998, p. 92.

Portanto, a ação dirigista do legislador, ao subtrair do Código Civil determinadas matérias, como aconteceu com o Código do Consumidor, não retira a natureza originária da relação jurídica privada, podendo advir um ilícito civil da violação dos direitos do consumidor, basta que se trate de matéria originariamente de direito civil.

5. A nossa proposta

É sensível, em muitos autores, uma crescente relativização do papel das classificações, entendendo-se que não há classificações *certas*, ou classificações *erradas*, mas apenas classificações mais ou menos *úteis*¹⁹. Na verdade, o que se procura dizer, ao se relativizar a importância das classificações, é que sobre um mesmo objeto material podem ser construídos, pela inteligência humana, distintos e variados objetos formais²⁰. Ou seja: sobre um mesmo dado – seja ele social, matemático, físico – o pesquisador pode, por conveniência científica, recortar somente aquela parcela da realidade que lhe interessa estudar. Isso obviamente nada tem de novo. É o método da ciência há muitos séculos.

Destarte, não nos parece de todo procedente a relativização. É certo que, sobre um mesmo objeto material, múltiplas e distintas abordagens podem ser feitas, e cada qual pode resultar em uma classificação diferente. Porém, desde que se adotem certas premissas, desde que se demarque o campo de investigação, desde que se estabeleça um *critério de classificação*, aí as classificações já não podem ser apenas úteis ou inúteis, mas sim certas ou erradas.

Portanto, a classificação que estamos propondo tem a pretensão de traduzir, com assomos de verdade, o que acontece nessa seara do mundo jurídico. Pode, certamente, estar eivada de falhas, erros e omissões. Mas é um modelo teórico que se propõe a explicar

¹⁹ Agustín Gordillo, **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. *Apud*. Roque Antônio Carrazza, **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 275.

²⁰ Cf. Lourival Vilanova, *Norma Jurídica. – proposição jurídica (significação semiótica)*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, (XV) 61: 12-33, p. 13.

uma parcela da realidade jurídica, e pressupõe a existência de fatos jurídicos como categoria ontológica²¹, e não como categoria funcional²² ou lingüística²³.

Se afirmamos, até aqui, que o ilícito civil é uma classe com várias espécies, compondo um gênero rico e matizado, cabe arrolar as hipóteses, de molde a propiciar uma visão integral do que se fala. Assim, analiticamente, exporemos a *nossa* classificação dos ilícitos civis.

Vale dizer que as três propostas de classificação que esboçamos (a partir do suporte fático abstrato, dos efeitos produzidos e da relação jurídica violada) porque fundadas em critérios de análise distintos, não são excludentes, isto é, nada impede – antes tudo sugere – que um mesmo fato jurídico seja categorizado simultaneamente nos três planos.

a) classificação a partir do suporte fático abstrato

Pontes de Miranda, ao classificar os fatos jurídicos, adotou um critério, e a ele sempre permaneceu fiel, que foi o de categorizar os fatos jurídicos a partir do suporte fático abstrato. Para o jurista, portanto, o que interessava, e para onde deveria olhar o pesquisador, era a hipótese abstrata delineada no chamado antecedente ou hipótese da norma jurídica²⁴.

²¹ Categoria ontológica está aqui em oposição às investigações retóricas, desde que se admita a distinção, como faz João Maurício Adeodato, in *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária, 1996, 83/109, p. 85. A retórica postula que a linguagem não tem outro fundamento além de si própria. É o chamado princípio da auto-referência do discurso.

²² Cf. Domenico Rubino: "*Il fatto giuridico, in genere, configura non una categoria ontologica, ma una categoria funzionale: esso, cioè, in tanto esiste come tale, in quanto produce effetti giuridici*". (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminare*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 86).

²³ Os retóricos, que tudo sobpõem à linguagem, acreditam que não há elementos externos a ela. Destarte, o fato jurídico somente existiria quando traduzido para uma linguagem competente, estando condicionado ao filtro da linguagem. V. nota 16.

²⁴ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 115.

Destarte, não são os fatos do mundo fenomênico, tal como concretizados, nem os efeitos que a norma ajunta à previsão, que servem para caracterizar a classe do fato jurídico, mas sim aquele fato ou conjunto de fatos, idealmente recortados pela norma, que conferem a tônica ao fato jurídico, interferindo não somente em seu nascimento, mas também no seu modo de ser.

Seguindo essa orientação metodológica, traçamos, inicialmente, a classificação dos atos ilícitos civis a partir da configuração abstrata do suporte fático, erigindo um critério distintivo muito claro, que é a existência, ou não, de *culpa*, como elemento integrante do suporte fático do ato.

Assim, teremos:

a) *ato ilícito stricto sensu* - é todo ato ilícito cujo suporte fático somente se concretiza se houver culpa. Assim, se *A* danifica, intencionalmente, o bem de *B*, perfaz a hipótese de um *ato ilícito stricto sensu*, ou *ato ilícito em sentido estrito*.

b) *ato-fato ilícito* - é todo ato ilícito que, para existir como tal (isto é, para o suporte fático se concretizar, e entrar no mundo jurídico como ilícito) não necessita de culpa. Desse modo, se *A* viola direito de personalidade de *B*, sem culpa, teremos um *ato-fato ilícito*.

Destarte, havendo culpa, teremos um ato ilícito *stricto sensu*, expressão cunhada por Pontes de Miranda, e secundada por Marcos Bernardes de Mello. A expressão "*ato ilícito em sentido estrito*" foi utilizada por Pontes certamente para apartar essa espécie de ilícito - que para boa parte da doutrina é a *única* espécie de ilícito civil - dos demais atos ilícitos, que existem, mas não são necessariamente culposos.

Assim, se há culpa, no suporte fático abstrato, estaremos diante de um *ato ilícito stricto sensu*, ou *ato ilícito em sentido estrito*.

Se o suporte fático se concretiza mesmo que não haja culpa, se ela não participa daquele conjunto de elementos necessários à existência do ato como ilícito, então teremos um *ato-fato ilícito*, que é o ilícito que se define como aquele que prescinde da culpa para existir.

Essa divisão, que faz da culpa o critério básico, resolve a eterna e falsa questão a respeito da necessidade da culpa para definir

o ilícito civil. A respeito da pergunta: todo ilícito civil é culposo? podemos responder: não, embora existam alguns que somente com culpa entrem no mundo jurídico.

Pode-se objetar: mas por que a culpa? É que a culpa, nos ilícitos civis, assume tamanha importância que é correntemente invocada como elemento caracterizador do gênero. Daí as afirmações, tão constantes em nossa doutrina, que todo ilícito civil é culposo. À vista dessa enorme e até certo ponto injustificada atenção dada à culpa, é que uma classificação não poderia deixar de, a partir dela, tentar uma sistematização da matéria.

Portanto, classificando os ilícitos civis tendo como norte seu suporte fático abstrato pode-se dizer que eles podem ser: a) *atos ilícitos em sentido estrito*, se há culpa na previsão no antecedente abstrato da norma jurídica; ou b) *atos-fatos ilícitos*, se o ato é ilícito mesmo sem culpa.

Cabe consignar que a expressão ato-fato ilícito não está, em Pontes de Miranda, no sentido aqui utilizado. Para Pontes, ato-fato ilícito tem sentido mais restrito, mesmo porque ele aceita a existência dos chamados *fatos jurídicos stricto sensu ilícitos*, que seriam os fatos da natureza, contrários a direito, que juridicizados seriam ilícitos. Como não participamos dessa crença que considera existirem ilícitos que surgem apenas de fatos naturais, classificamos entre os atos-fatos ilícitos todos os ilícitos civis não culposos.

Esse foi, para nós, o primeiro critério de abordagens dos ilícitos civis, analisando a norma por assim dizer estaticamente. Com ele bipartimos os ilícitos a partir da culpa, discernindo duas espécies, e possibilitando a correção de rumos no que toca à tão difundida noção de ilícito civil como gênero que somente se define como culposo.

Essa é, realmente, uma abordagem importantíssima, que não pode ser olvidada pelo pesquisador. Porém, segundo cremos, não é exaustiva. Melhor dizendo, ela, sozinha, não satisfaz, porque deixa sem categorização determinados fatos da vida jurídica, que merecem, justamente por serem jurídicos, uma cadeira no espetáculo da classificação.

b) Classificação a partir dos efeitos produzidos

Uma classificação dos fatos jurídicos a partir dos efeitos que ele produzem, embora adotada, sofre severas críticas por parte da doutrina, chegando-se a dizer que tal critério mais parece “*obra de alquimista*”²⁵.

Os senões apontados são basicamente três: a) impossibilidade lógica de se classificar o *ser* pelos seus efeitos; b) gama incomensurável de efeitos produzidos; e c) há situações em que o fato jurídico produz mais de um efeito, o que dificultaria sua inclusão em uma das categorias.

No entanto, mesmo quem repudia uma classificação fundada na eficácia acaba por adotá-la, ainda que inconscientemente, talvez pela impossibilidade de trabalhar sem ela. Assim, Marcos Bernardes de Mello, embora critique a eficácia como paradigma de categorização, ao classificar os ilícitos invalidantes, aduz que “*a diferença entre ele (ilícito invalidante) e os demais atos ilícitos reside, exclusivamente, na natureza dos efeitos produzidos*”.²⁶ Ora, se é o efeito o que o distingue, como não aceitar a eficácia como critério de divisão?

Mais pertinente nos parece adotar, com toda clareza, uma classificação fundada exclusivamente na eficácia, onde ela conste como item determinante. Assim evitaremos que a eficácia se insinue para outras áreas, com prejuízo para a coerência dos conceitos.

Por isso, pela necessidade de exaurir os ilícitos civis encontráveis, julgamos imprescindível categorizá-los também tendo por norte a eficácia, pois somente assim teremos uma visão completa e integral do problema.

Dessa sorte, ou se adota uma classificação com base na eficácia *também*, ou restarão sem explicação algumas espécies ilícitas, indevidamente incluídas em classificações com apoio em outros critérios, os quais acabam sendo ilegitimamente influenciados pela eficácia.

²⁵ Marcos Bernardes de Mello, ob. cit., p. 112.

²⁶ Ob. cit., p. 200.

Melhor é, portanto, aceitar que uma classificação com base na eficácia é necessária, desde que não seja a única. Classifique-se, pois, também com esteio na eficácia, desde que não se abandone os demais critérios de distinção, igualmente importantes. O fundamental é bem separá-los, para que não se borrem as linhas de classificação.

Nossa proposta é separar a eficácia, com a seguinte pergunta: qual o efeito que esse ilícito produz? E, com base nisso, traçar um quadro com as modalidades possíveis de eficácia que podem dimanar de um ilícito civil, de jeito a fornecer um material teórico que esgote os esquemas de eficácia existentes.

Assim, eficazmente falando, os atos ilícitos no direito civil podem ser classificados em:

- a) *Ilícito indenizante*: é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante.
- b) *Ilícito caducificante*: é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou tal eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante.
- c) *Ilícito invalidante*: é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.
- d) *Ilícito autorizante*: é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor.

Ao que nos consta, nunca foi feita, no direito civil, uma classificação dos atos ilícitos a partir da eficácia. Mas, conforme dissemos, somente se honestamente adotarmos a eficácia como paradigma de classificação é que nos será possível uma exata e precisa separação das espécies, evitando que perniciosamente se mesquem outros critérios.

A eficácia é fator fundamental para os ilícitos, porquanto é por intermédio dela que o ordenamento reage contra o ato que investiu contra os valores objetivados no sistema. Não merece, portanto, menoscabo. E mesmo que assim não fosse o rigor científico não condiz com o silêncio a respeito de certas espécies, que até hoje permaneceram envoltas em profundo sono, intocadas pela doutrina²⁷.

c) Classificação a partir da relação jurídica violada

Por último, mas não menos importante, está a classificação fulcrada na relação jurídica violada. A relação jurídica é efeito do fato jurídico. É por intermédio dela que o direito logra relacionar pessoas, imputando-lhes um vínculo que não é religioso, moral ou afetivo, mas estritamente jurídico. É um conceito fundamental à toda sistemática jurídica, sendo dentro do arcabouço da relação jurídica que estão contidas todas as categorias de eficácia, tais como o direito, o dever, a pretensão, a obrigação, a ação, e exceção, e as respectivas situações passivas.

Pois bem, a relação jurídica, sempre segundo a concepção ponteana, pode ser relativa ou absoluta, sendo relativa aquela entre sujeitos identificados ou identificáveis, como na relação jurídica de crédito entre *A* e *B*, e absoluta aquela em que não há um sujeito passivo identificado, como nos direitos de personalidade e propriedade, nos quais o sujeito passivo é o *alter*.

Assim, o ilícito pode ser absoluto ou relativo, a depender da relação jurídica violada. É uma classificação, nesse particular, bímembre, porquanto "*não existe nenhum direito que não seja absoluto ou relativo. Não há terceira classe de direitos*"²⁸.

²⁷ O ilícito autorizante, ao que nos conste, nunca foi identificado como tal, não figurando em qualquer classificação, nem merecendo definição por parte dos estudiosos. No entanto, é espécie ilícita cuja existência é irrecusável. Assim, se o donatário, mercê de sua ingratidão, fizer com que o doador revogue a doação, estaremos diante de um efeito de um ilícito civil, que foi, no caso, a ingratidão (art. 1.183, CC). O doador poderá ou não revogar a doação, daí a eficácia se resumir a uma autorização, que consiste na possibilidade que o ordenamento jurídico confere a alguém de praticar um ato em decorrência de um ilícito.

²⁸ Múcio Continentino, *Direitos Reaes-Direitos Pessoaes/Direitos Absolutos-Direitos Relativos*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1935, p. 88.

O que importa, vale destacar, é qual relação foi violada. Isto porque pode existir relação relativa entre *A* e *B* e ser praticado ilícito absoluto. Destarte, se *A* é locatário de *B*, e este atenta contra a honra daquele, o ilícito foi absoluto, violador do direito de personalidade, conquanto houvesse relação jurídica de locação entre ambos, que não foi no caso a atingida.

Destarte, a distinção entre ilícito relativo e ilícito absoluto diz respeito aos *limites subjetivos de eficácia*. Por isso mesmo, e porque a linguagem da ciência dever ser unívoca, é que as expressões *absoluta-relativa*, ao se cuidar de invalidades, devem ser evitadas, melhor sendo reservá-las ao plano da eficácia, aos limites subjetivos de eficácia²⁹.

Assim, e resumindo o que ficou dito, temos:

a) *ilícito relativo* - aquele que viola relação jurídica relativa, podendo ser classificado em:

1) *ilícito relativo contratual* - são os ilícitos que surgem de violações de contratos.

2) *ilícito relativo extracontratual* - são os ilícitos que surgem de relações jurídicas relativas não contratuais, tais como as violações dos deveres do pátrio poder, a violação dos deveres na gestão de negócios.

b) *ilícito absoluto* - é o ilícito que viola relação jurídica absoluta. Assim, as violações dos direitos de personalidade ou de propriedade, porque absolutos, geram ilícitos absolutos.

6. À guisa de conclusão

O ilícito civil, tradicionalmente, vem sendo estudado como espécie teoricamente pobre, sem relevo doutrinário. À vista disso, rareiam pesquisas a seu respeito, sendo sempre identificado com a responsabilidade civil, nunca tendo gozado de *status* próprio, ao revés da responsabilidade, que, conquanto seja apenas efeito de uma

²⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 4, p. 31/3 e 59-61.

espécie de ilícito³⁰, alcançou notável projeção doutrinária, abundando os estudos a seu respeito³¹.

A classificação dos fatos jurídicos, forjada na teoria geral do direito, e de invulgar valia para qualquer estudo de bases mais sólidas, estranhamente não foi perscrutada, quando da abordagem dos ilícitos civis. Isso deu azo à abordagens fragmentárias, tímidas e superficiais, que se recusavam a ver o todo, o gênero ilícito, preferindo-se sempre a repetição do conceito legal (art. 159, CC) de ato ilícito, inadequado à realidade do próprio Código Civil³².

Ademais, e talvez em parte pela deficiência dos fundamentos de teoria geral do direito, tratou-se o ilícito como entidade à parte, sem idoneidade para entrar no mundo jurídico. Raciocinava-se do seguinte modo: sendo ato jurídico aquilo que a vontade faz jurídico, o dever que nasce à revelia da vontade não pode, em absoluto, ser jurídico. Para além do voluntarismo que tal concepção encerra, de há muito afastado dos estudos mais perspicazes, tal modo de pensar

³⁰ Ilícito civil e responsabilidade civil estão em relação de causa e efeito. Existem ilícitos civis que, como eficácia, geram o dever de indenizar. São os ilícitos indenizantes. Porém existem outros ilícitos, cujos efeitos não se confundem com a eficácia indenizatória, como o ilícito caducificante, que atinge o responsável, fazendo-o decair de um direito; o ilícito invalidante, que, porque inválido, é ilícito, e não tem como efeito o dever de indenizar, mas sim as conseqüências próprias da nulidade e da anulabilidade. Outrossim, há dever de indenizar sem que haja ilícito, admitindo o direito brasileiro o dano provindo de ato não contrário a direito. Portanto, nada autoriza a confusão entre os conceitos (ilícito civil e responsabilidade civil), sendo realidades conceptualmente distintas.

³¹ Sobre o tema, sabe-se, a bibliografia é farta e ampla. Citaremos apenas, pela excelência, o trabalho de Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, onde se encontra uma preciosa – porque rara, em doutrina – análise da ilicitude, embora não possamos referendar as conclusões do cientista luso acerca do caráter culposos dos ilícitos civis, bem como da pretensa necessidade de consciência à sua prática.

³² Pontes de Miranda, já em 1928, no seu livro *Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro*, ao esboçar a classificação dos fatos jurídicos adotada pelo Código Civil, bipartia os ilícitos em delitos e outros ilícitos, que não fossem delitos. Não obstante o conceito legal de ato ilícito (art. 159, CC), o próprio Código, em sua estrutura interna, admite outros ilícitos além daqueles que geram dever de indenizar.

confunde *antijuridicidade*, que é a negação da possibilidade de juridicidade, com *contrariedade a direito*, que é o juízo de desvalor que o ordenamento faz a respeito de um fato, o que o torna ilícito, se a incidência vier a acontecer.

Os estudos modernos de direito civil devem considerar os ilícitos civis como um gênero, formado de várias espécies, cujos conteúdos são distintos, com efeitos e pressupostos variados. Abandonando a abordagem tópica da questão, que parecia se resumir à análise dos requisitos de *uma* espécie ilícita (art. 159, CC), e passando a estudar o tema a partir do ordenamento, integralmente considerado, novas e fecundas descobertas podem ser feitas, basta que se racione abandonando antigos pressupostos.

Assim, e com base no que ficou dito, entendemos que o critério tradicional, que enxerga os ilícitos civis como uma classe única, danosa e geradora do dever de indenizar³³ deve ser revisto, pois estamos diante de um gênero, composto de variadas espécies, as quais não são necessariamente culposas, nem necessariamente danosas, e possuem eficácias outras, além da indenizante, delas podendo dimanar efeitos invalidantes, autorizantes e caducificantes.

Assim, as características da ilicitude civilística não podem mais ser as ordinariamente apontadas, devendo a doutrina mudar os paradigmas de análise, para que a ciência, como sistema de enunciados descritivos com valor de verdade ou falsidade, possa explicar, com idoneidade, o que acontece nessa importante seara do mundo jurídico.

³³ V. definição de Cretella Júnior: "*Ilícito civil é todo fato antijurídico, danoso, imputável a seu autor, cometido com intenção de prejudicar*". Apud. Edmir Netto de Araújo, *O ilícito Administrativo e o seu processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 25.

A LEGITIMAÇÃO DO AUTOR DA AÇÃO POPULAR

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O cidadão: conteúdo semântico. 3. Direitos ou interesses coletivos e difusos? 4. A carência de ação. 4.1. *Legitimatío ad causam*. 4.2. Interesse de agir. 4.3. Possibilidade jurídica do pedido. 5. O autor da ação popular. 5.1. Legitimação ordinária. 5.1.1. Implicações de ordem prática. 5.2. *Tertium genus* de legitimação do autor popular. 5.2.1. Implicações de ordem prática. 5.3. Substituição processual. 5.3.1. Implicações de ordem prática. 6. Conclusão.

1. Introdução

A ação popular é um importante instrumento de controle da administração pública, contra atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, à moralidade administrativa, assim como ao meio ambiente, cujo exercício, porém, tem suscitado controvérsias no que concerne ao interesse processual do legitimado ativo. Com efeito, são divergências relevantes, haja vista que a inadequação da *actio popularis* pode ensejar a extinção do processo, sem exame de mérito, *ex officio*, pelo magistrado.

As condições da ação popular são específicas, inconfundíveis com aquelas presentes nas ações de direito material privado. Aliás, a doutrina majoritária entende que a demanda popular é forma de atuação da cidadania, que fortalece o Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, da Carta da República vigente.

Sob outro prisma, o objetivo visado pelo autor popular há de ser levado em consideração, para que a ação popular se evidencie idônea, em consonância com a sua finalidade gizada na Constituição Federal de 1988. Aqui, conhecer a qualidade com que age o autor popular, mostra-se fundamental. A doutrina não tem sido pacífica, pois, parte dela aduz que o autor popular é legitimado ordinário, outra

parte entende ser legitimação extraordinária e outra supõe haver um *tertium genus* de legitimação.

Dessarte, o certo é que, no decorrer desse ensaio, após estudo mais pormenorizado do legitimado ativo para ação popular, poderá ser confirmada a espécie de legitimação mais consentânea com tal *actio* de natureza eminentemente coletiva, haja vista que é a partir do consenso acerca da legitimação do autor popular, que a demanda popular tomar-se-á mais efetiva, pois, ao menos, será evitada sua propositura equivocada ou sua extinção sem exame do mérito, com fundamento na carência de ação.

2. O Cidadão: conteúdo semântico

A análise do sentido das palavras é de suma importância para a exata compreensão dos institutos jurídicos. Deveras, com a correta interpretação da norma jurídica, pode-se identificar aspectos processuais que defluem daquela, através da atividade teleológica e sistemática do sujeito cognoscente.

O intérprete extrairá a norma jurídica do conjunto de signos lingüísticos que compõem o enunciado do inciso LXXIII, do artigo 5º, da *Lex Major* de 1988, em compasso com os significados dos termos que integram o dispositivo constitucional, como ensina GABRIEL IVO.¹

Nesse contexto, a parte legítima para ajuizar ação popular é o cidadão, que é um termo que tem conteúdo valorativo bastante denso, pois, denota direito político do legitimado ativo da ação popular constitucional, como forma de participação direta na democracia, consoante preconiza o parágrafo único, do artigo 1º, da CF.

J. SÉRGIO M. ALEGRE² tece comentários acerca do sentido negativo da palavra cidadão, no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, argumentando que o emprego da palavra cidadão não é idôneo para, só por si, incluir a ação popular no rol dos direitos políticos, insistindo que a Carta Magna reservou local próprio para

¹ IVO, Gabriel. *Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado Membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 96.

² ALEGRE, José Sérgio Monte. **Ação Popular não é Direito Político**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 189, Renovar, FGV, jul./set. 1992, p. 227.

estes. Também obtempera que “não é das melhores a redação do texto constitucional em vigor. E por não ser de boa qualidade, em nada facilita a tarefa de quem se dispõe a investigá-lo para surpreendê-lo na plenitude do seu significado do primeiro ao derradeiro artigo.”

Deveras, o legislador constituinte não elegeu o termo cidadão de maneira técnica, pois, em face do dever imposto pela norma constitucional à coletividade, de preservar o meio ambiente, é de se conferir legitimidade ao brasileiro ou estrangeiro residente no país para a propositura da ação popular, quando se vise anular ato lesivo ao meio ambiente.

Não obstante, talvez, devido à significativa emotividade expressa pelo termo cidadão, há discrepância no que tange ao seu conteúdo semântico. Assim, a doutrina brasileira majoritária, escorada em JOSÉ AFONSO DA SILVA, entende a cidadania como relacionada à capacidade eleitoral e à participação do eleitor na formação dos atos do governo, sendo, pois, manifestação da democracia, justificando-se, para a comprovação da legitimidade do autor popular, a apresentação de comprovante de regularidade para com a Justiça Eleitoral.³

Sem embargo do sentido do termo cidadania, aqui expandido, para a propositura da ação popular, não prescinde fazer alusão ao § 3º, do artigo 1º, da Lei n.º 4717, de 29 de junho de 1965, que dispõe expressamente: “a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documentos que a ele corresponda”. Como se vê, o entendimento de que tal dispositivo está em vigor, plenamente, sob a égide da atual Constituição Federal, conduziria à desnecessidade da argumentação trazida, aqui, à baila.

Com o advento da Carta Magna de 1988, o intérprete não pode olvidar das normas que tutelam o meio ambiente, em especial, o *caput*, do art. 225, que impôs a todos, indistintamente, o dever de defender o meio ambiente. Com espeque nesse dispositivo em compasso com uma interpretação sistemática do art. 5º, *caput* e inciso LXXIII combinado com o mencionado *caput*, do art. 225, todos da CF, só resta concluir, de forma irreprochável, que o § 3, do art. 1º, da Lei da Ação Popular está derrogado, haja vista que nem sempre será

³ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. São Paulo: RT, 1968, p. 346-347.

exigível o título de eleitor do sujeito ativo da ação popular – cf. HERALDO GARCIA VITTA.⁴

Mister se faz estudar as semelhanças e dessemelhanças entre cidadania e nacionalidade, dada à importância para a exata compreensão do agir do cidadão que propõe ação popular em defesa do patrimônio público *lato sensu*.

Em verdade, o termo cidadania, no direito brasileiro, nem sempre foi utilizado no sentido que lhe empresta a doutrina hodierna, como esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Ação Popular*, p. 46), citando a Constituição do Império e a de 1891.

A palavra cidadão tem, atualmente, sentido diferente do correspondente no direito italiano, assim como no português. Nestes, cidadania tem sentido mais amplo, correspondendo à nacionalidade do direito constitucional brasileiro.

Nos ordenamentos jurídicos português e italiano, o signo cidadania é, mesmo, a qualidade de cidadão. Por isso, nacionalidade – apesar de também empregada correntemente naqueles sistemas e de ter a ver com o fundo do Estado nacional – é de ser evitada, por ser menos técnica. Nacionalidade denota a ligação com uma nação e não com um Estado. Doutra banda, é uma palavra com maior abrangência do que cidadania, pois, nacionais podem ser pessoas físicas e jurídicas, enquanto o termo cidadão refere-se, tão somente, à pessoa física, tendo, dessarte, conteúdo valorativo mais preciso. Sem embargo, cidadania pode significar a capacidade eleitoral ativa – direito político – como noticia ADRIANO SOARES DA COSTA, citando JORGE MIRANDA, em pé de página.⁵

Como se depreende, a falta de cientificidade enseja controvérsias relevantes a respeito da legitimação do autor da ação popular, que necessitam ser dirimidas pelo operador do direito, para tornar efetiva a *actio* em defesa dos interesses difusos contemplados na Magna Carta de 1988.

⁴ VITTA, Heraldo Garcia. *O Meio Ambiente e a Ação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.41.

⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 30.

3. Direitos ou interesses coletivos e difusos?

O estudo da questão relativa a direitos e interesses importa, sobremaneira, ao estudo da ação popular, máxime quando se objetiva definir a espécie de legitimação com que atua o autor. Em verdade, a idéia de direito subjetivo desperta no sujeito cognoscente o sentido de relações de natureza privada, em que a pretensão posta em litígio é de natureza particular. Já a expressão interesse comporta várias significações.

Ensina LUÍS ROBERTO BARROSO ⁶ que os estudiosos que valorizam o rigor semântico das palavras, costumam distinguir direito de interesse. “Assim é que reservam o termo direito para as situações identificáveis como direitos subjetivos, que são individualizáveis, enquanto empregam o vocábulo interesse para as hipóteses em que o direito material não é titularizado por sujeitos determinados.”

De início, importa salientar que tal assertiva não tem o intuito de negar garantias asseguradas pela Carta Magna de 1988, pois, não significa restringir o direito de agir – *actio* – do autor popular, em defesa dos interesses difusos. Pelo contrário, o objetivo é precisar a noção das palavras, elidindo controvérsias e, de conseguinte, tornar o exercício da ação popular mais efetivo e finalístico. Certamente, identificando a natureza jurídica do objeto da *actio popularis*, vale dizer: os interesses difusos, evitar-se-á a propositura equivocada de uma demanda por outra.

Cabe citar, por oportuno, o teor da Súmula n.º 101, do Supremo Tribunal Federal, que enfatiza: “o mandado de segurança não substitui a ação popular”. Com efeito, o primeiro defende direitos individuais, líquidos e certos, a ação popular protege interesses difusos e coletivos. A importância do tema – direitos e interesses – salta aos olhos quando constata-se a extinção de ações populares sem exame de mérito, em virtude de seus autores pleitearem, em juízo, direitos individuais.

No sentido aqui exposto, TÊMIS LIMBERGER comenta que, no Código de Defesa do Consumidor, o legislador utilizou os termos

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos Comuns e Distintivos.** *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 1, n. 4, p. 234-235, jul. /set. 1993.

interesses e direitos como sinônimos, havendo, assim, falta de precisão conceitual. Sem embargo, a autora arremata dizendo que a intenção dos autores do anteprojeto – dentre eles KAZUO WATANABE – foi proteger juridicamente o maior número de situações.⁷ Apesar de louvável tal justificativa, o certo é que a ausência de técnica legislativa tem sido fonte de divergências jurisprudenciais, desaguando em insegurança jurídica. Por tal motivo, impõe-se a precisão conceitual no uso das palavras, que contribui para a efetividade da tutela jurisdicional.

Outrossim, FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS considera a noção de interesse legítimo “posta em permeio entre o direito subjetivo e os interesses individuais”, aduzindo que “há hipóteses em que a norma tutela um interesse que não pode ser identificado na pessoa exclusiva de um titular, como acontece no direito subjetivo”.⁸ Com efeito, “ao lado desses tipos de interesses despontam outros cujos titulares não podem ser identificados na pessoa de um indivíduo isoladamente – *uti singuli* – para os quais já não serve a noção clássica de direito subjetivo e que tão pouco recebem tutela indireta, porque constituem um interesse geral...”

O processo civil vigente no Brasil sêgue a estrutura clássica, que corresponde a um modelo concebido e levado a efeito para atender, especialmente, a conflitos entre interesses individuais, vale dizer: rotineira contraposição entre duas pessoas (v. J. C. BARBOSA MOREIRA⁹). Realmente, o sistema processual moderno se revela insuficiente, face aos interesses jurídicos não individualizados. Daí que quando se analisa ações de natureza coletiva, constata-se que não

⁷ LIMBERGER. Têmis. *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: Os Princípio Constitucionais da Legalidade e Moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p.40.

⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *A Nova Disciplina do Processo por Influência dos Interesses Metaindividuais (Direitos Coletivos e Difusos)*. *Revista AJUFE: Direitos Coletivos e Difusos*, ano 14, n. 48, p. 23, jan./fev. 1996.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos chamados “Interesses Difusos”*. *Revista de Processo*, ano 7, n. 28, p. 7, out./dez. 1982.

tutelam direitos pertencentes a determinadas pessoas, mas, sim, interesses (difusos e coletivos) que não são de ninguém em particular.

Note-se que a denominação “interesses difusos” abrange situações jurídicas que não são titularizadas por um só indivíduo, nem tampouco por um número certo de sujeitos, e cujo gozo dá-se conjuntamente por todos, sem que a cada indivíduo toque uma quota-parte determinada. Assim, são interesses difusos os que têm pluralidade de sujeitos e indivisibilidade do objeto. Exemplificando, “ninguém tem, individualmente, direito à Baía de Guanabara despoluída. Assim como ninguém tem direito à sua quota-parte, ao seu metro quadrado de Baía de Guanabara. Mas todos os habitantes do Rio titularizam, coletivamente, este interesse, e devem, de certo, ter razão para tutelá-lo” (L.R.BARROSO, *Ação Popular e Ação Civil Pública...*, p. 234).

O estudo dos interesses difusos suscita dúvidas, até porque se trata de tema relativamente recente. Portanto, a adequação das leis processuais vigentes mostra-se imprescindível a fim de solucionar controvérsias que decorrem da carência de legislação atualizada, máxime no que concerne à legitimação ativa das ações de natureza coletiva. BARBOSA MOREIRA refere-se à dificuldade de caracterizar dogmaticamente a *terceira figura*, com as denominações de interesses coletivos ou difusos, citando VILLONE, jurista italiano, que afirma que uma das poucas coisas claras concernentes ao conceito de interesse difuso é que se cuida de “personagem absolutamente misterioso” (J. C. BARBOSA MOREIRA, *A ação popular do Direito brasileiro ...*, p. 9).

Classicamente, são considerados interesses difusos o meio ambiente e o patrimônio público. Dessa forma, o interesse em não se lesar o patrimônio público é um interesse de todos, não identificável em um ou outro indivíduo em particular, mas, que pertence a toda coletividade, a um só tempo (TÉMIS LIMBERGER, *Atos...*, p. 41).

A proteção de interesses difusos e coletivos é a finalidade, *lato sensu*, da ação popular e, conforme tais interesses, que são defendidos pelo autor popular, é que será extraído o real interesse processual com que ele age. Este interesse (processual), evidentemente não se confunde com a finalidade mesma da *actio*. Nada obstante, a finalidade deve ser levada em conta a fim de constatar-se o interesse de agir como condição da ação, que será estudado adiante.

Como ensina BIELSA, na ação popular o interesse do autor não se qualifica, nem se mede. “É um cidadão (exceto casos especiais em que não se deve exigir essa qualidade) quem impugna um ato lesivo para o interesse geral, porque esse ato viola a lei, ou prejudica o patrimônio da entidade pública, ou implica uma imoralidade, ou restringe arbitrariamente a liberdade. O autor, então, ataca o ato para extingui-lo e tornar efetiva a responsabilidade dos transgressores e beneficiários espúrios do mesmo, sejam funcionários públicos, ou não.”¹⁰

Assim, adotando-se rigor científico, a ação popular visa defender interesses difusos e coletivos e não direitos, pois, estes tem carga axiológica privatista, significando, em verdade, direitos subjetivos ou interesses legítimos. A terminologia a ser empregada pelo jurista há de ser adequada ao fim que almeja o instituto jurídico, com o intuito de se evitar equívocos no que concerne, especialmente, à legitimidade do autor da ação popular. Aliás, como salientado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, mencionando julgado do TJMG (RF, 188/220), “a ação popular se instituiu essencialmente ao fim de por côbro a atos danosos de administradores inescrupulosos, quer consintam em ordenações positivas, seja representem culposa omissão” (*Ação Popular Constitucional*, p. 114).

Dessarte, a defesa que o autor da ação popular exerce é, em verdade, de interesses (e não de direitos) difusos e coletivos, gizados no inciso LXXIII, do artigo 5º, da Lei Maior de 1988. Sob outra vertente, é de se concluir que o *caput* do artigo 225, da Carta Magna, ao estabelecer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (grifamos), não tem redação precisa, no sentido técnico-jurídico, haja vista que a expressão direitos difusos é contraditória, na medida em que não há direito (subjetivo) difuso ou coletivo, mas interesses (gerais) protegidos pela ação popular.

Nessa esteira, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹¹ aduz que o texto constitucional apresenta algumas impropriedades. O sentido de patrimônio público tem abrangência suficiente para abarcar os demais bens jurídicos elencados na Carta. Assim, o patrimônio histórico e

¹⁰ BIELSA, Rafael. *A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 157, p. 36, 1955.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 666.

cultural, como também o meio ambiente e a moralidade administrativa integram a noção de patrimônio público, em sentido amplo.

4. A carência de ação do autor popular

4.1 *Legitimatío ad causam*

Ao analisar-se as condições da ação popular, calha fazer uma advertência, parafraseando as palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, de que tais condições não podem significar – nem significam – limitações indevidas à ação, enquanto garantia, mas a adequação de seu exercício pelo direito positivo, com o fito de tornar efetiva a tutela jurisdicional.¹² Em verdade, as condições da ação não são incompatíveis com a garantia da *actio*, gizada na Constituição, entretanto não devem ser exacerbadas, ao ponto de se vê anulado seu exercício, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Sendo a ação popular, além de um remédio processual constitucional, uma garantia constitucional fundamental, os impedimentos à sua utilização hão de ser mínimos, senão inexistentes. Dessarte, caso haja dúvida em seu cabimento, deve ser amplamente admissível.¹³

Não se pode olvidar que a Lei n.º 4.717/65, sob a égide da Constituição de 1988, não é a mesma que a vigente à época da Carta anterior. A cada Constituição Federal promulgada, surge um novo ordenamento jurídico, que recepciona as normas compatíveis com ele e revoga as que a ele não se adequam. Dessarte, a interpretação que exige do cidadão, enquanto autor da ação popular ambiental, capacidade eleitoral ativa, é equivocada, em face do *caput*, do art. 225, da CF.

No que tange às virtudes do autor da ação popular, vale dizer que o exercício de tal instituto requer uma importante qualidade: **ser um cidadão digno**. Deveras, é que o grau de interesse do autor

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 80.

¹³ SILVA, Guilherme A. C. da & TAVARES, André R. **Extensão da Ação Popular enquanto Direito Político de Berço Constitucional Elencado no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais dentro de um Sistema de Democracia Participativa**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 3, n. 11, p. 112, abr./jun. 1995.

popular deve ser aferido em conformidade com a sua atuação pública. Em outras palavras, o manejo da ação popular deve espelhar as qualidades morais do autor, ao seu conceito cívico e ao móvel que, por vezes é, também, indisfarçável, ao se perquirir o mérito da *actio*, embora demande análise de ordem subjetiva (cf. R. BIELSA, *A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração*, p. 47).

4.2 Interesse de agir

Outra condição da ação é o interesse de agir. A análise da ação a fim de constatar-se a presença de todas as suas condições é por demais benéfica e evita que contendas se formem sem os requisitos básicos e que tramitem em vão por vários anos, em descompasso com a economia processual (TÊMIS LIMBERGER, *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público*, p. 171).

No entanto, deve-se observar que na ação popular, o interesse de agir do autor é aferido de forma diversa da que é constatada em ações individuais. É justamente aqui que reside a sutileza distintiva entre ações de natureza coletiva e as demais ações, haja vista que naquelas o interesse de agir é abstrato, no sentido que o titular do direito de ação almeja utilidade *pro populo* e não tem necessidade de cunho individual.

O interesse de agir nas ações de índole privada é confirmado pelas presenças: (1) da utilidade do provimento jurisdicional para o demandante; (2) da necessidade que o titular do direito deve ter de ajuizar a ação visando a satisfação de seu interesse material; e, (3) da adequação da ação, ou seja, deve ser ela idônea a tutelar determinado direito subjetivo material (v. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹⁴).

Trazendo tal análise para o âmbito do interesse de agir do autor popular, nota-se que a utilidade da ação é voltada para um ente público, *verbi gratia* quando há um ato lesivo ao patrimônio da união, ou mesmo para a coletividade, como na hipótese de dano ambiental. Evidentemente que o autor pode, nesta última hipótese, auferir algum benefício; mas, tão-somente, de forma reflexa e não diretamente. A seu turno, a necessidade da propositura da *actio popularis* não deve atrelar-se a direito subjetivo (individual), porém, deve motivar-se pelo

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. v. 1. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000, p.106.

espírito cívico de proteção ao patrimônio público, histórico, cultural, ou mesmo ao meio ambiente.

Com espeque nesses fundamentos, pede-se a devida *venia* para dissentir de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO,¹⁵ que supõe que o interesse processual do autor popular é aferido com a simples prova da condição de cidadão eleitor. Com efeito, desprocede tal assertiva, posto que confunde *legitimatío ad causam* com interesse de agir. O equívoco desse entendimento fica evidenciado quando se imagina a propositura de ação popular ambiental, que dispensa a prova de capacidade eleitoral ativa para sua admissibilidade, por força do art. 225, *caput*, da Carta Magna.

Em verdade, o cidadão pode ser legitimado, mas não ter interesse processual. Basta imaginar a hipótese do cidadão que foi preterido em concurso público por fraude, propor ação popular noticiando tal imoralidade e pedindo a desconstituição do concurso. *In casu*, é forçoso concluir que o demandante concursando é carecedor de ação por falta de interesse processual, haja vista que propôs a *actio* em defesa de direito subjetivo, sem embargo da imoralidade denunciada. Deveras, não se pode fazer da ação popular um sucedâneo do mandado de segurança (cf. Súmula n.º 101, do STF).

O interesse de agir na demanda popular tem sentido genérico, distinto das demais ações. É a partir dessa observação, que se pode afirmar que o autor popular atua como substituto processual – ao menos analogicamente – em face de certos pontos coincidentes. Na verdade, o autor da ação popular exerce, em juízo, um direito processual próprio, para a proteção do direito objetivo posto, da moralidade administrativa (cf. M. SEABRA FAGUNDES¹⁶) ou mesmo do meio ambiente, agindo, dessarte, em prol de interesses difusos, tal como preconizado pelo inciso LXXIII, do art. 5º, da Carta da República de 1988.

Lastreado nessa argumentação, o Magistrado, ao analisar os pressupostos da vestibular da ação popular, deve indeferi-la *in limine*,

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1998, p. 112.

¹⁶ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 384-385.

caso vislumbre a falta de interesse de agir, por ser o demandante carecedor do direito de ação. Realmente, pode o pretor constatar que o autor popular age com o fito de satisfazer direito subjetivo ou mesmo que está o demandante atuando por interesses diversos dos tutelados pela demanda popular. De qualquer sorte, deve o processo ser extinto, sem exame do mérito, evitando-se delongas em ações que não têm como prosperar.

A adequação da demanda proposta é outro elemento que compõe o interesse processual do autor. Com efeito, o demandante deve propor a ação que tem o condão de solucionar a lide respectiva. Em sendo ajuizada uma contenda no lugar da outra, o autor carece de interesse de agir para prosseguir a *actio* proposta equivocadamente. É o caso, *exempli gratia*, do cidadão, que tem direito seu postergado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, que não propõe mandado de segurança no prazo legal e, por tal motivo, resolve ajuizar demanda coletiva no lugar daquele, face o lapso prazal desta ser de 05 (cinco) anos. Neste caso, a ação popular não seria adequada para amparar o direito subjetivo do demandante, sendo este, pois, carecedor do direito de ação, por falta de interesse de agir (em ação popular).

Deveras, permitir que se misturem direitos individuais com interesses difusos e coletivos, dá azo à prática de litigância de má-fé, onde o autor simula estar em defesa do interesse do povo, quando, na verdade, visa benefício individual.

O interesse de agir é categoria de interesse que não se confunde com o interesse substancial ou material. Em verdade, o autor de uma contenda (de caráter subjetivo, *verbi gratia* a ação de segurança) poderá ter interesse em ver tutelado o seu direito lesado, sem, contudo, ter interesse processual na tutela pleiteada na ação ajuizada, em virtude de que, entre a lesão do direito e o meio escolhido para defendê-lo, existe uma inadequação que impede que o feito se torne idôneo para alcançar a finalidade almejada pelo demandante (cf. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 107). É o típico caso de carência de ação do autor, devendo o feito ser extinto sem exame do mérito.

4. 2 Possibilidade jurídica do pedido

Quanto ao pedido, deve ser ele juridicamente possível, a fim de que o autor não seja considerado carecedor do direito de ação, por ausência de uma de suas condições. Daí que o Magistrado deve analisar criteriosamente a exordial, no tocante a seus requisitos básicos, sem ter a pretensão, obviamente, de restringir o exercício da *actio popularis* (v. TÊMIS LIMBERGER, *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público*, p. 173).

O extinto Tribunal Federal de Recursos entendia que o ato jurídico que já havia produzido seus efeitos não podia ser desfeito, pois, a ação popular não podia fazer as vezes da ação por responsabilidade civil, tal como consta do Agravo de Instrumento n.º 41.593-RJ, julgado pela 3ª Turma, que arrematou que configura inviabilidade da ação popular, por impossibilidade do objeto, quando os motivos fáticos obstam a invalidação de ato jurídico (cf. H. L. MEIRELLES¹⁷). Com efeito, não há como desconstituir lei de efeitos concretos que já fora revogada, pois, este motivo impede sua invalidação, via *actio popularis*.

Em verdade a impossibilidade jurídica do pedido desborda para o âmbito do interesse de agir, pois, quando se verifica aquela condição da ação, já se pode afirmar que o autor também não tem interesse processual para aquele fim. Entretanto, o legislador do CPC encartou dentre as condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, não entendendo que o interesse de agir abrange esta última condição, pois, se o pedido for impossível, o autor, irrefragavelmente, não terá interesse, sendo, portanto, carecedor do direito de ação. Nessa esteira, RODOLFO MANCUSO também se pronuncia, escorado na doutrina brasileira mais autorizada (cf. *Ação Popular*, p. 118-119).

Sob outra vertente, o *petitum* tem natureza dúplice, pois, a um só tempo, dirige-se contra o Estado-Juiz, para que este preste a tutela jurisdicional, assim como contra o demandado, para que este satisfaça a pretensão de direito material posto em causa (v. H. THEODORO JR.¹⁸).

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 21. ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 21. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 54.

Nesse diapasão, a condição da ação sob enfoque, deve estar presente no pedido imediato, sob pena de adentrar-se no próprio mérito da demanda. Seria, assim, entendida a possibilidade jurídica como a não vedação da instauração “da relação processual em torno da pretensão do autor” (H THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*, p. 54). Aliás, a verificação das condições da ação devem dar-se em *summaria cognitio*, a fim de adequar-se à norma gizada no art. 267, do CPC. Sem embargo, é de se reconhecer que, por menor que seja a análise do mérito da ação pelo Magistrado, se este extinguir o feito por impossibilidade jurídica do pedido, o mérito da causa foi examinado, ainda que superficialmente, *a contrario sensu* da legislação processual em vigor (nesse sentido: OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil, Vol. 1*, p. 103-104).

Em sede de ação popular, além do preenchimento das condições da ação, deve ficar evidenciada a presença de condições específicas relacionadas ao ato impugnado. É que a *actio popularis* “tem condições específicas, sem as quais ocorre a impossibilidade jurídica do pedido”, como nota HERALDO GARCIA VITTA (*O Meio Ambiente e a ação Popular*, p. 53). Essa afirmação atesta justamente a dificuldade de verificar-se a impossibilidade jurídica do pedido – imediato – sem analisar, ao menos superficialmente, o mérito da causa.

À vista das condições específicas a que alude o autor, a doutrina não é pacífica no que concerne a necessidade da ilegalidade e lesividade como pressupostos para legitimar a propositura de ação popular. Sem embargo das opiniões que entendem que o ato deve ser ilegal e lesivo ao mesmo tempo (cf. H. L. MEIRELLES, *Mandado de Segurança...*, p. 116), parece ser a melhor doutrina a que espousa ser suficiente a lesividade, pois esta contém em si a ilegalidade ou mesmo a inconstitucionalidade. Dessarte, o ato impugnado pela *actio*, para tornar o pedido possível, basta que seja lesivo – ao erário público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente. Observe-se que o Magistrado poderá por fim ao feito sem julgamento do mérito, se verificar, de plano, não ser o ato vergastado lesivo, de forma a ser o pedido juridicamente impossível, na seara da demanda popular.

5. O autor da ação popular

5.1 Legitimação ordinária

A corrente doutrinária que supõe que o sujeito ativo da ação popular tem legitimação ordinária, sustenta que ele age em nome próprio em tutela de direito próprio. Nessa senda, o interesse difuso que o autor popular defende, que é de toda a sociedade, pertence também a ele, que é parte da comunidade. Daí ser ordinária a legitimação e não extraordinária. Assim, “quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo, diz-se que há legitimação ordinária para causa.”¹⁹

Como se depreende, considerando-se o autor popular como legitimado ordinário, pouco interessaria o fim colimado por ele, vale dizer, não seria necessário perquirir a motivação com que age o sujeito ativo da *actio*: se atua por um interesse individual, sem nenhum compromisso com a coletividade, ou se realmente propõe a ação com o intuito de proteger interesse difuso e, só remotamente, auferiria algum proveito do resultado da ação. Aceitando-se essa doutrina, a Súmula n.º 101, do Excelso Pretório, ao prever que “o mandado de segurança não substitui a ação popular” estaria ultrapassada. Com efeito, a ação popular tornar-se-ia um sucedâneo do mandado de segurança.

Por seu turno, ALEXANDRE DE MORAES assevera que discorda da jurisprudência e doutrina majoritárias, que entendem que o cidadão, autor da ação popular, é substituto processual. Para esse constitucionalista, “a ação popular, enquanto instrumento da soberania popular (CF, artigos 1º e 14), pertence ao cidadão, que em face de expressa previsão constitucional teve sua legitimação ordinária ampliada, e, em nome próprio e na defesa de seu próprio direito – **participação na vida política e fiscalização da gerência do patrimônio público** –, poderá ingressar em juízo” (grifos do original).²⁰

Em defesa da tese da legitimação ordinária, não poucos autores de renome nacional manifestaram-se, a exemplo de RODOLFO

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*. 3. ed. rev. atual., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997, p. 259.

²⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 182.

DE CAMARGO MANCUSO que alega que “a ação popular está, de indústria, inserida no capítulo da CF concernente aos **direitos e garantias fundamentais**, e, se ela se apresenta coletiva em sua finalidade, o seu exercício é assegurado ao indivíduo, embora de maneira concorrente-disjuntiva com os demais cidadãos. Quando toma tal iniciativa, o autor popular está exercendo, enquanto cidadão no gozo de direitos políticos, a sua **quota-parte** no direito geral a uma administração proba e eficaz, pautada pelos princípios assegurados nos artigos 37, 170, 215 e outros da CF” (*Ação Popular*, p. 135) – grifos do original.

Também JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Ação Popular Constitucional*, p. 191-195), já entendia ser o autor popular legitimado ordinário, embora ter afirmado que ser incontestável que o autor popular, “eleitor e participante do sistema de organização do poder público, tem interesse pessoal em que a gestão do patrimônio da coletividade se embase nos princípios da legalidade e da probidade. Mas é manifesto que ele **não é interessado direto e imediato** relativamente ao bem protegido pelo exercício da ação popular” (grifamos).

A doutrina que defende a legitimação ordinária do autor popular não explica suficientemente seu ponto de vista, esbarrando-se em contradições. JOSÉ AFONSO DA SILVA, apesar de posicionar-se nessa senda, verbera que “o autor popular não defende um interesse próprio, em sentido processual, na demanda popular” (*Ação Popular Constitucional*, p. 192).

Com efeito, sustentar que o autor popular age em legitimação ordinária, ao mesmo tempo em que defende interesses difusos, divididos em quotas, pertencentes a todos – de tais quotas, uma quota-parte pertenceria ao autor da *actio* – é, no mínimo, uma assertiva contraditória, pois, negar-se-ia o princípio de que ninguém pode defender em nome próprio direito alheio, senão quando autorizado por lei.

Por vezes, os autores que se posicionam ao lado da doutrina da legitimação ordinária do autor popular se contradizem. Buscam enfatizar que se trata de um direito próprio, inerente à soberania ou ao direito próprio de ver a administração pública funcionando de maneira proba, entretanto, não explicam a que título o autor popular agiria quando defende interesses que não pertencem a ninguém em particular.

Doutra banda, a fundamentação de que a ação popular seria uma forma de exercício da soberania popular resta prejudicada, mormente quando tratar-se de ação popular ambiental, por força do art. 225, da CF, que dispensaria a condição de eleitor para ajuizar a demanda popular. Aliás, não se trata de direito político previsto no capítulo próprio da *Lex Major*, mas de instrumento para fazer valer a tutela jurisdicional coletiva, em prol de interesses difusos.

À guisa de exemplificação da contradição dessa doutrina, aqui noticiada, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *a contrario sensu* do que sustenta, aduz que “no processo da ação popular, porém, de um lado se lobrigam questões de ordem pública e, de outro, o interesse que está em lide é o interesse público, dado que o autor não está ali sustentando posição jurídica própria, mas agindo como *alter ego* da sociedade” (*Ação Popular*, p. 176).

5.1.1 Implicações de ordem prática

É mister compreender-se as implicações de ordem prática de se considerar o autor popular um legitimado ordinário. A discussão aqui esposada, não se resume a mera discussão acadêmica, nem se restringe apenas à técnica terminológica da legitimação, mas se reveste de importância no campo da instrumentalidade do processo, que deve atingir os seus escopos, no dizer de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 225).

É que a instrumentalidade do processo moderno deve ser entendida como “a aderência do instrumento processual às peculiaridades do direito material posto em causa – que é a função tantas vezes proclamada pelos processualistas e nem sempre observada”,²¹ porquanto a doutrina que sustenta a legitimação ordinária, do autor da ação popular, olvida que o direito material tutelável por esta demanda não pertence a ninguém em particular, posto que se cuida de interesses difusos e não de direitos subjetivos.

Como se depreende, a insuficiência dessa doutrina decorre, dentre outros motivos, de que o sistema processual civil brasileiro é lacunoso a respeito das ações de natureza coletiva. O Código de Processo Civil é adequado para questões de índole privatista. Quando

²¹ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. v. 2. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000, p. 190.

se trata de ações coletivas, a lacuna acerca da legitimação para agir propicia contradições doutrinárias e jurisprudenciais, que dificultam a tutela jurisdicional, em face das incertezas.

Em verdade, respeitadas as douras opiniões em contrário, não se pode aceitar a legitimação do autor popular como ordinária. A consequência prática desta legitimação seria a de tornar a ação popular um sucedâneo do mandado de segurança. Em outras palavras, o autor popular, verificando que decaiu o prazo para propositura do *writ of mandamus* para proteger direito individual seu, propõe ação popular alegando estar em defesa de interesse difuso. Note-se que o fim imediato que visaria o autor desta demanda não seria, *exempli gratia*, a moralidade pública, mas sim um direito individual, como na hipótese de concorrente preterido em licitação pública, que pretende anulá-la por alguma irregularidade.

Vem a calhar a advertência que faz HELY LOPES MEIRELLES que obtempera que “a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração à outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindita partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger” (*Mandado de Segurança...*, p. 115).

Diferente não é a posição de SEABRA FAGUNDES (*O Controle dos Atos Administrativos*, p. 390), que, justificando a necessidade de condenar o litigante de má-fé nas custas sucumbenciais, obtempera que a *actio popularis* tem, ao mesmo tempo, duas facetas, sendo a primeira a virtude de servir de instrumento de participação do cidadão para levar a efeito a moralidade administrativa. Em contrapartida, a segunda é a de tornar-se meio de efetivação de propósitos maliciosos, movidos por motivos escusos. Entender a posição do demandante popular como legitimação ordinária, equivaleria a reforçar tais desvios, que dificultariam a efetividade da justiça, em seu sentido substancial.

Como se deduz, considerando ser a legitimação do autor popular como ordinária, o fim colimado por ele no processo seria abstraído, em descompasso com a cognição exauriente peculiar a *actio popularis*, que consiste em o Magistrado conhecer amplamente a *causa petendi* da demanda.

Outrossim, tal posição daria ensejo a pretensões desprovidas de seriedade, no sentido do que é buscado pela ação popular, que protege interesses difusos. Aliás, como o próprio nome diz – *pro populo* – o autor popular é motivado pelo espírito cívico e não individual. Defender a legitimação do demandante como ordinária, implica em desvirtuar a finalidade do instituto ação popular.

Sem embargo, é irreprochável que a ação popular tem se prestado muito bem a inúmeras causas de interesse público, como observa LUÍS ROBERTO BARROSO. Todavia, “ela não deixa de ser, aqui e ali, manipulada como instrumento político no sentido menor do termo. Não é incomum que a ação popular seja desvirtuada para perseguir e espezinhar adversários políticos. Mas, naturalmente, não tem ela culpa desta má utilização” (*Ação Popular e Ação Civil Pública*, p. 237).

Lamenta-se que haja tal implicação de ordem prática. Se é certo que, num país como o Brasil, ações populares temerárias continuarão sendo propostas, independentemente da espécie de legitimação ativa considerada, não é menos verdade que, em se entendendo ser a legitimação do autor popular do tipo ordinária, o desvio apontado agravar-se-á.

Nos dizeres de BARROSO, “a verdade, todavia, é que nesta infelicitada República o interesse público só é realmente consultado e discutido quando, por trás dele, existe algum interesse particular muito poderoso” (*Ação Popular e Ação Civil Pública*, p. 237). Com efeito, deparando-se o julgador com ação popular desvirtuada, a solução razoável é a extinção do processo sem exame do mérito, com a condenação do autor popular nas custas processuais e honorários advocatícios, em face da comprovada má-fé, consoante o inciso LXXIII, do artigo 5º, da Carta da República.

5.1.2 *Tertium genus de legitimação do autor popular*

O modo de agir do autor popular, dentro da concepção de que se trata de uma terceira espécie de legitimação ativa, não estaria perfeitamente disciplinado na legislação processual vigente. Com efeito, parece assistir razão àqueles que denunciam a inadequação do sistema processual pátrio face aos interesses difusos e coletivos que carecem de proteção efetiva, através de ações coletivas, tal como a ação popular.

OVÍDIO BAPTISTA obtempera que a noção de direito subjetivo, significando mesmo o direito de cada indivíduo, ou seja, um poder de vontade individual – WINDSCHEID – ou, um interesse juridicamente tutelado – IHERING – teve efeitos mutiladores nas hipóteses de legitimação processual, mormente na dificuldade em se conceber e tratar adequadamente as ações coletivas ou públicas, em que se objetiva a tutela jurisdicional dos interesses das coletividades (cf. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1., p. 17). Dessarte, faz-se necessário adequar o processo civil moderno às atuais necessidades da sociedade.

Com razão, o mesmo autor critica o art. 6º do Código de Processo Civil brasileiro que estabelece que a ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo se estiver autorizado expressamente por lei. Com efeito, tal dispositivo limita a *legitimatatio ad causam* para freqüentes litígios decorrentes da atual civilização de massa, máxime nas hipóteses em que não esteja patente um direito subjetivo perfeitamente definido, ou no caso de não haver coincidência entre o interesse de agir e a titularidade do direito subjetivo violado, como se dá com a ação popular (v. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1., p. 245).

Analisando o tema, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY observam que “o substituto processual defende direito determinado. Como os titulares dos direitos difusos são indetermináveis e os direitos coletivos indeterminados, sua defesa em juízo é realizada por meio de **legitimação autônoma para a condução do processo**, estando superada a dicotomia clássica legitimação ordinária e extraordinária” (*Código de Processo Civil Comentado*, p. 260) – grifo do original.

Nada obstante, os juristas, em outro ponto do mesmo estudo, contradizem-se, afirmando que, na ação popular constitucional, “o cidadão não é substituto processual da sociedade, que é titular de direito difuso ou coletivo. Age portanto, como legitimado ordinário. Contra, entendendo ser caso de substituição processual: Arruda Alvim, *Trat.*, I, 531; Campos Jr. *Substituição*, 45” (NELSON NERY JÚNIOR e ROSA M. A. NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 261).

5.2.1 *Implicações de ordem prática*

Se não há dúvida que a legitimação do autor popular não se enquadra perfeitamente nem como ordinária nem como extraordinária, também é irrefragável que o Código de Processo Civil brasileiro carece adequar-se aos interesses que não dizem respeito a sujeitos individualizados. É que a lei processual vigente é insuficiente no que se refere aos interesses difusos. Tal lacuna reflete-se na discrepância doutrinária e jurisprudencial acerca do autor da demanda popular, mormente, quando se verifica a possibilidade de extinção do feito, sem exame de mérito, por carência de ação do autor.

Seria necessário acrescentar dispositivos no processo civil brasileiro que cuidassem, mais detidamente, das ações de índole coletiva, pormenorizando suas condições, que, como já se disse, não coincidem com as ações que visam defender direitos subjetivos. Ao estabelecer, por exemplo, que o autor popular deveria evidenciar, na petição inicial, que o eventual benefício decorrente da sentença de procedência será destinado, exclusivamente, à coletividade, e o benefício reflexo que alguém em particular venha a auferir, seria idêntico ao de cada um dos membros da mesma coletividade, como pode acontecer com a ação popular ambiental. Dessa forma, o interesse de agir estaria voltado *pro populo* e a demanda não seria usada temerariamente.

Outrossim, alterando a legislação processual civil para abarcar normas que disciplinem a tutela coletiva, tal como o processo da ação popular, seria mais um passo para fortalecer-se o Estado Democrático de Direito, com a efetiva defesa dos bens tutelados pela ação popular – inciso LXXIII, do art. 5º, da CF. Com efeito, as controvérsias que pairam sobre a legitimação do autor popular dificultam por demais a prestação jurisdicional, em face das incertezas decorrentes das reformas das sentenças dos Juízes de primeiro grau de jurisdição.

Parece que a teoria mais acertada é justamente esta, qual seja a do *tertium genus* de legitimação do autor popular, ou legitimação autônoma como preferem alguns (cf. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA M. A. NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 260). Todavia, não se deve olvidar a legislação vigente, de forma que a legitimação do demandante popular será aqui delineada conforme a Lei em vigor, procurando-se dirimir as lacunas com técnicas interpretativas.

Portanto, é que se faz mister o estudo do autor popular como legitimado extraordinário.

5.3 *Substituição processual*

O Código de Processo Civil brasileiro disciplina, em seu art. 6º, a chamada substituição processual, espécie do gênero legitimação extraordinária ou anômala (cf. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA M. A. NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 259). O referido dispositivo dispõe que “ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, não há dúvidas que tal enunciado reflete a índole privatista da legislação brasileira, pois, é lacunoso quando se busca adequá-lo aos interesses difusos e coletivos, defendidos via ação popular, que não são, tecnicamente falando, direitos (subjettivos) mas, meros interesses (gerais).

Importa fazer referência, para explicitar o significado do artigo 6º, do CPC, a PONTES DE MIRANDA, que leciona que aquele que exerce ação em causa própria, atuando em nome do próprio titular do direito material, não exerce, em nome próprio, direito de outrem. Compreende-se que só a lei – ou a interpretação decorrente do próprio sistema – possa legitimar alguém a defender, em seu próprio nome, direito que não o pertence individualmente. A titularidade do direito material é que conduz à pretensão e à ação (de direito material) e à “ação”, instituto jurídico de natureza processual²². Como se pode observar, o artigo 6º, do CPC, preconiza que não pode dizer que tem direito, pretensão e ação quem não é titular do direito material, assim como não o é da pretensão e da ação. Em verdade, não pode exercer a “ação”, senão quando autorizado por lei, ou defluir de interpretação do próprio sistema.

ROSA e NELSON NERY JÚNIOR entendem substituição processual – espécie do gênero legitimação extraordinária – como o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, ingressa em juízo como parte, em nome e interesse próprios, deduzindo pretensão alheia. Enfatiza que como se trata de hipótese excepcional de *legitimatío ad causam*, apenas quando a lei for expressa ou decorrer do sistema, é que há substituição processual. Dessarte, o titular do

²² PONTES, Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo 1, artigos 1º - 45. Rio de Janeiro: Forense, Brasília, INC, 1973, p. 200.

direito de ação é chamado de substituto processual e ao que se afirma titular do direito material defendido por aquele denomina-se de substituído (cf. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 259).

As controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais poderiam ser dirimidas caso houvesse atualização do Código de Processo Civil brasileiro, levando em consideração os interesses protegidos por ações de natureza coletiva. Realmente, se houvesse reforma legislativa nesse sentido, a questão dificultosa de se saber a que título age o sujeito ativo da ação popular restaria pacificada, pois poderia haver a previsão de uma legitimação autônoma, própria, do autor das ações de natureza coletiva, que têm por finalidade a defesa de interesses difusos e coletivos.

Sem embargo, a posição do autor popular deve ser aqui delineada em conformidade com a legislação vigente, enquadrando-o na doutrina que se mostra cientificamente correta, indicando-se, dessarte, os equívocos que devem ser afastados no exame do tema, para que a ação popular atinja seus escopos, em consonância com a instrumentalidade do processo civil moderno (ligada a ordem constitucional), evitando-se, de conseguinte, sua extinção sem exame de mérito, haja vista que o autor ajuizará o remédio jurídico próprio para cada caso (v. CÂNDIDO R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do Processo*, p. 29).

Como é sabido, costuma-se definir a legitimidade de parte em legitimação ordinária e extraordinária, conforme a situação legitimante coincida ou não com a forma assumida pela parte na *actio*. Assim, quando tal relação pertence a sujeito diverso daquele legitimado para a ação, é que se dará a hipótese de legitimação extraordinária. Em outras palavras, a parte que figura na relação processual não é a mesma que é titular da relação de direito material deduzida em juízo (v. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1., p. 244-245).

A legitimação extraordinária do autor popular é depreendida, dentre outros escólios, dos ensinamentos de BIELSA, especialmente quando aduz que “o autor da ação popular é uma espécie de **‘cavaleiro cruzado’ da legalidade e da moralidade pública**. Nele se vê uma expressão de solidariedade para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico. **O interesse jurídico está em segundo plano para ele; mas em primeiro plano para a lei**. É a

lei que exige a extinção do ato e o castigo dos culpados e, para isso, investe de um título legal todo aquele que tenha interesse em defender a ordem jurídica tutelar da moralidade administrativa, do patrimônio do Estado, do Erário, da legalidade, em suma” (*A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração*, p. 36) – grifamos.

PAULO B. CAMPOS FILHO aduz as espécies de ações populares que podem ser supletivas ou corretivas – a ação popular constitucional brasileira é do tipo corretiva. Nas ações populares supletivas, age o sujeito ativo da ação popular como que em lugar do poder público, para suprir-lhe a inércia, representando-o – na ação popular brasileira não há representação, mas substituição processual.²³

No mesmo sentido, parece ser a posição de SEABRA FAGUNDES, especialmente quando aduz que a demanda popular trata-se de um instrumento constitucional, pelo qual a pessoa física provoca a jurisdição acerca de atos ou omissões do Poder Público *lato sensu*, que, “**não tendo ferido direito seu**, afetem, de qualquer modo, preceitos do direito objetivo ou critérios de moralidade administrativa (...)” (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 377-378) – grifamos. É, deveras, a inteligência depreendida do multicitado art. 6º, do Código de Processo Civil brasileiro.

No que tange às ações populares de natureza corretiva – ação popular brasileira – o fim que se tem em vista é antes de correção de mal já consumado – ou mesmo de preveni-lo, através de pedido de liminar – pelo que é impossível tratar-se de representação do poder público pelo autor popular, mas, sim, de ação deste em face do poder público, havendo, pois, um interesse próprio do autor popular, capaz de autorizá-lo, *ex vi legis*, a ajuizar a ação popular, eminentemente corretiva, em **substituição processual** (cf. PAULO B. CAMPOS FILHO, *A Ação Popular Constitucional*, p. 30-31).

Corroborando a tese aqui esposada, PONTES DE MIRANDA sustenta que a *actio popularis* que alguém ajuíza, visando à decretação de nulidade de atos lesivos ao erário público *lato sensu* é ação que tem o fito de proteger direito alheio, mas exercida em nome próprio (v. *Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo 1, artigos 1º - 45*, p. 201).

²³ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *A Ação Popular Constitucional*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 157, p. 30-31, 1955.

Enfatizando o entendimento de que o autor da ação popular age em substituição processual, OVÍDIO BAPTISTA aduz que, de um modo geral, a opinião de CHIOVENDA – que considera o autor popular substituto processual – é seguida pela doutrina brasileira, citando autores do escol de J. FREDERICO MARQUES, que afirma agir o autor da ação popular em defesa de toda a comunidade, a quem, segundo se supõe, caberia o direito defendido em juízo pelo substituto processual (v. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1., p. 245).

Entretanto, o mesmo jurista assevera que o exemplo citado de FREDERICO MARQUES mais invalida o conceito de substituição processual do que o ratifica. Pois, “um direito subjetivo de toda a comunidade – com titularidade total contra o Estado – teria mais o sentido de ficção do que de realidade. Esta mesma **ambigüidade** ainda se torna mais clara quando se está em presença dos **chamados ‘interesses difusos’**, cuja natureza corresponde, justamente, a uma **indeterminação** de quem sejam os seus titulares, na medida em que **a todos e ao mesmo tempo a ninguém em particular** pertencem, dos quais se pode seguramente dizer que existem tanto a pretensão de direito material quanto a pretensão à tutela jurisdicional, **sem haver um direito subjetivo correspondente**” (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 1., p. 245) – grifamos.

Nada obstante a correta conclusão a que chegou OVÍDIO BAPTISTA, faz-se necessário afirmar que a legitimação do autor popular está sendo aqui descrita em consonância com a legislação processual vigente no país, que, por sua vez, apenas prevê duas formas de legitimação: a ordinária e a extraordinária.

Com espeque, pois, na legislação em vigor e em conformidade com o fim a que visa a ação coletiva em comento, é que se poderá afirmar como deve ser enquadrado, atualmente, o modo de agir do sujeito ativo da *actio popularis* brasileira, não se olvidando, porém, que o Código de Processo Civil deveria dar tratamento adequado às ações de natureza coletiva.

Nessa linha, parece assistir razão a GUILHERME A. C. DA SILVA *et alii*, que têm por convicção que a ação popular serve para controlar e reparar atos da administração pública, abrangendo a tutela dos direitos dos cidadãos, sejam indeterminados – interesses difusos – sejam determinados ou determináveis – interesses coletivos, individuais homogêneos ou simplesmente individuais. Explicam que

os interesses individuais a que se referem, devem ser entendidos apenas enquanto parte do interesse que é público e não como direito individual. Arrematam a argumentação asseverando que não há um direito direto do autor popular no objeto da demanda, pois que entendem tratar-se de caso de substituição processual, haja vista que o direito substancial refere-se ao ente lesado (cf. *Extensão da Ação Popular enquanto Direito Político de Berço Constitucional Elencado no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais dentro de um Sistema de Democracia Participativa*, RT, p. 114).

5.3.1 Implicações de ordem prática

A *prima facie*, poderia imaginar-se que considerar o autor popular legitimado extraordinário seria uma forma reacionária de restringir o direito de proteger os interesses difusos tutelado pelo art. 5º, inciso LXXIII, da CF de 1988, pois a ação popular está no rol dos direitos individuais e coletivos, ali elencados exemplificativamente.

A doutrina da legitimação ordinária, que se contrapõe ao entendimento de ser o demandante popular substituto processual, aduz que o autor popular defende interesse da coletividade. Interesse este que, ao mesmo tempo, a ele – demandante – pertence, por ser parte da comunidade. O equívoco, como já se disse, é evidente, pois, deixaria sem explicação a ausência de autorização dos demais membros da coletividade para que o autor popular litigasse, em nome próprio, em favor de todos, contrariando o art. 6º, do Código de Processo Civil vigente. Doutra banda, a idéia de “direito” refere-se a subjetividade, o que demonstra a insustentabilidade da doutrina contrária.

Com efeito, a ação popular é um instituto que está em crise. O autor deve ajuizá-la movido pelo civismo e não por interesses individuais. Ocorre que essa motivação parece estar ausente em boa parte das ações populares propostas, posto que, por trás da suposta defesa de interesses difusos, está presente interesse individual, seja pessoal, seja político. O problema não é do instituto processual ação popular. Outros motivos desencorajam as pessoas de se utilizarem de tal demanda, tais como pressões dos demandados, beneficiários do ato impugnado pela *actio*.

Sem embargo, é de se reconhecer que entender o autor popular como legitimado extraordinário, conferiria à ação popular o

seu verdadeiro sentido, de demanda que visa a defesa de interesses difusos, coibindo o seu uso temerário. Haveria, dessarte, a adequação da ação popular ao direito material posto em litígio, que, definitivamente, não é direito subjetivo, mas interesses juridicamente protegidos.

Por fim, o art. 6º, do Código de Processo Civil, autoriza esse posicionamento – apesar de sua insuficiência no que concerne aos interesses difusos – que entende estar o autor popular defendendo, em juízo, interesse que a ele não pertence, ao menos individualmente, sendo, portanto, substituto processual – entendimento este, sufragado pela jurisprudência majoritária (cf. H. GARCIA VITTA, *O Meio Ambiente e a Ação Popular*, p. 40), por estar conforme aos princípios interpretativos. Com efeito, são os interesses da comunidade – *lato sensu* – que se protegem.

6. Conclusão

A análise dos dispositivos da Lei n.º 4.717/65, que dispõe sobre a demanda popular, deve estar norteadada pelo espírito da *Lex Major*, que ampliou o objeto dessa *actio* de natureza coletiva. É através da ação popular que se pode defender o patrimônio público, a moralidade administrativa e o meio ambiente.

As condições da ação, para a demanda popular, diferem, em conteúdo, das condições de ação de demanda que proteja direitos subjetivos. Deveras, o interesse de agir na ação popular é abstrato, pois, o benefício a ser auferido em decorrência da sentença de procedência, é voltado *pro populo*.

No que tange à ação popular ambiental, pode ser ela proposta por qualquer pessoa, não carecendo que se faça prova da capacidade eleitoral ativa, já que a norma gizada no art. 225, *caput*, da Carta Magna, impõe a todos – indistintamente – o dever de proteger o meio ambiente, sendo forçoso concluir que este dispositivo, interpretado sistematicamente com o inciso LXXIII, do art. 5º, da CF/88, autoriza a qualquer pessoa residente no país ajuizá-la em defesa do ambiente, dando-se, de conseguinte, sentido largo ao termo cidadão.

O sistema processual civil brasileiro é lacunoso no que concerne às ações de natureza coletiva. Com efeito – já se disse – o Código de Processo Civil brasileiro é voltado para ações que visem

defender direitos (subjctivos), carecendo de dispositivos que disciplinem a proteção de interesses (difusos e coletivos), tuteláveis pela *actio popularis* constitucional. Desse fato decorrem divergência doutrinárias acerca da legitimação do autor da ação popular.

Dentre as correntes que debatem o tema, aquela que entende ser tal legitimação um *tertium genus*: cuidando-se de legitimação autônoma para condução do processo, bem expõe a necessidade de mudanças do Código de Processo Civil, de 1973, parecendo ser a mais acertada. Realmente, as teorias da legitimação ordinária e extraordinária não explicam suficientemente a questão dos interesses difusos e coletivos deduzidos em juízo.

Todavia, não houve ainda mudanças no processo civil brasileiro atinentes às condições da ação de demandas de natureza coletiva, o que precisa ser considerado, pois, faz-se necessário chegar a um denominador comum com base na legislação vigente, apesar de ser importante essa alusão, ao menos *ad legem ferenda*.

Outrossim, os que entendem ser o autor popular legitimado extraordinário, por estar agindo em nome próprio na defesa de interesse alheio, mostra-se a mais adequada tão-somente em face do direito em vigor – art. 6º, do CPC. O cidadão, ao ajuizar ação popular, não busca benefício pessoal, mas age motivado pelo espírito cívico de proteger os bens tuteláveis pela *actio*, preconizados no inciso LXXIII, do art. 5º, da Lei Maior.

Considerando o direito material deduzido em juízo para ver-se a adequação da demanda proposta, a implicação prática mais importante que se constata, é tornar efetiva a ação popular, ajuizada seriamente e voltada para seus fins, coibindo-se a sua propositura com o fito de alcançar vantagem pessoal, desvirtuando o seu real objetivo.

Por fim, cabe salientar que, com esse entendimento, não se tem a pretensão de restringir o uso da ação popular. Pelo contrário, o intuito é maximizar sua efetividade, minimizando a possibilidade de sua extinção sem exame de mérito, por carência do autor popular e litigância de má-fé, fortalecendo-se o Estado Democrático de Direito.