

UFRN/CCSA

**REVISTA JURÍDICA
*IN VERBIS***

ISSN 1413-2605

REVISTA JURÍDICA
INVERBIS

REALIZAÇÃO

ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITA DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

APOIO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Número 07 – Primeiro Semestre – 1998

EDITORA DA UFRN – EDUFRN

Tiragem desta edição: 400 exemplares

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta, desde que seja citada a fonte.

Toda a correspondência para a revista deverá ser endereçada para:

PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA
DIRETORA DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
– CCSA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
AVENIDA SALGADO FILHO, CAMPUS UNIVERSITÁRIO,
NATAL – RN
CEP 59072-870 NATAL/RN

REVISTA JURÍDICA *IN VERBIS*
v. 4, n. 7 (Jan/Jun 1998)
Natal: Editora da UFRN – EDUFRN, 1998-

Semestral

1. Direito – Periódico. I. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

CDU - 34

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO
REVISTA JURÍDICA IN VERBIS**

**REITOR
JOSÉ IVONILDO DO REGO**

**VICE-REITOR
ÓTOM ANSELMO DE OLIVEIRA**

**DIRETORA DO CCSA
MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA**

**PROFESSORES CONVIDADOS
ADILSON GURGEL DE CASTRO
EDILSON ALVES DE FRANÇA
ELKE MENDES CUNHA
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA
FRANCISCO BARROS DIAS
IVAN LIRA DE CARVALHO
JOSÉ DINIZ DE MORAES
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS
PEDRO SIMÕES NETO
ROSENITE ALVES DE OLIVEIRA
TATIANA MENDES CUNHA
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA
WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR**

**COMISSÃO EDITORIAL
CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA
JESSICA CARVALHO MORRIS
KAREN VASCONCELOS DOS SANTOS
PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR
VIVIAN MARASSI DE SOUZA ALMEIDA**

**CAPA
PROFESSORA FÁTIMA MARIA DANTAS COSTA**

**NORMALIZAÇÃO
PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA**

**EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA
CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA
PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR**

EDITORIAL

Com este número adentramos o quarto ano da *In Verbis*. Muitas coisas se deram nesse tempo, mas várias conquistas ainda se encontram por acontecer. A batalha é longa e apenas começou. Não é sem esforço que a cada semestre conseguimos publicar nossa revista. As dificuldades são inúmeras mas a felicidade de ter um trabalho jurídico promovido e realizado pelos estudantes indica que este é o caminho a ser seguido.

Nesta edição os agradecimentos se proliferam. Nossa gratidão é proporcional às dificuldades que enfrentamos. O último remanescente da Comissão Editorial do primeiro número da Revista desta vez parece que definitiva e lamentavelmente nos deixará. Não poderíamos nos esquecer de agradecer toda a força dada por Caio César, principalmente na ocasião deste número, pois ele, apesar de ter concluído o curso, nunca nos negou a ajuda de que tanto precisávamos. Nosso agradecimento se estende também a sempre presente Professora Socorro Borba, nossa tutora, a qual nas horas de dúvidas sempre nos esclarece a trilha por que devemos optar.

Naquilo que de nós depender, pois para isso não mediremos esforços, nossa Revista continuará melhorando. Uma novidade que vem fortalecer essa diretriz é que a *In Verbis* agora possui uma sala. Foi para nós uma conquista muito grande termos conseguido um espaço só nosso, no qual poderemos guardar e vender as edições anteriores, além de também passarmos a ter um lugar fixo para recebimento de artigos. Não poderíamos deixar de agradecer por tal doação ao Centro Acadêmico Amaro Cavalcanti, que nas pessoas dos seus diretores Fabiana Fernandes, José Avelino e Sólton Rodrigues nos propiciaram essa realização.

Algo *sui generis* acontece neste número. Pela primeira vez temos professores colaboradores que já foram alunos com artigos publicados na Revista. O agradecimento pela ajuda é especial para os hoje docentes Fabiano André e Vladimir da Rocha França. Que eles possam ver aquela pequenina *In Verbis* na qual eles um dia tiveram suas obras publicadas cada vez melhor. Aos outros não menos abnegados professores também alcança o nosso reconhecimento. Sem eles, sabemos, nem sequer existiríamos...

No que diz respeito à divulgação, tentamos continuamente expandir nossa Revista o mais possível. As bibliotecas de todas as Universidades Federais do Nordeste dela dispõem e também outras do restante do país, de modo que nos centros jurídicos mais notáveis já podemos ser lidos. Em nosso estado as bibliotecas da UFRN, URRN, UnP e a da Justiça Federal têm exemplares na *In Verbis* disponíveis a qualquer interessado para leitura ou cópias.

Estamos sempre procurando reforçar o caráter científico de nossa publicação. É com essa meta que incluímos neste número normas metodológicas mais detalhadas para os artigos que vierem a concorrer. Devemos lembrar que aqueles que não obedecem à essas normas “caem nas preliminares”, não sendo, por isso, sequer avaliados. Também passam a constar da Revista o modelo do questionário que é entregue aos professores para preenchimento quando a publicação dos artigos. Acreditamos que assim ficará mais claro para os acadêmicos os critérios consideramos na avaliação feita nossos mestres.

E é isso. Estamos andando a passos curtos porém constantes. À *In Verbis* perfeitamente se aplica aquele brocardo “devagar e sempre”. Colocamo-nos à disposição de qualquer interessado para maiores “prestações de contas” pois a Revista é de todos. Já dissemos em oportunidade passada: “da criança somos todos pais”.

A COMISSÃO EDITORIAL

SUMÁRIO

- Dominante
- 1) Norma Jurídica enquanto Reprodução da Ideologia
ANDRÉA CABRAL ANTAS
 - 2) Da Ação Monitória
DANIELA DO NASCIMENTO COSMO
 - 3) Fundamentos e Perspectivas da Ação Civil Pública
DANIELLE DE CARVALHO FERNANDES
 - 4) O Agravo de Instrumento nos Juizados Especiais Cíveis
HELOÍSA AUGUSTA NÉRI CORREIA
 - 5) Globalização como Reflexo da Ideologia Neoliberal
BARBALHO, COSTA, SEREJO GOMES & GURGEL
- Especiais
- 6) Algumas Características da Teoria Geral dos Procedimentos
FRANK TAVARES
 - 7) A Necessidade de Fiscalização do Ministério Público nas Empresas Prestadoras de Serviço Médico-Hospitalar
GIORGIA MENDES DOS SANTOS
 - 8) Aborto: já é *ser* aquele que *será*
JOSÉ SOARES DE LIMA NETO
 - 9) A Aids e Seus Aspectos Jurídicos
KAREN VACONCELOS DOS SANTOS E
LEIFSON GONÇALVES HOLDER DA SILVA
- Públicos
- 10) O Princípio da Indisponibilidade dos Interesses
LUCY FIGUEIRA PEIXOTO
 - 11) Algumas Questões de Direitos Humanos
MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO

Andréa Cabral Antas
Acadêmica do 3º período.

“Três vezes felizes são os animais, que não têm raciocínio, nem problemas, nem nenhuma outra coisa inútil e perigosa. A sua lei é a sua própria natureza: mas a vida do homem ultrapassa o que ele pode suportar: é escravo da sua imaginação, inventou as leis”. Filemon.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção de direito é inerente às sociedades humanas. Porém. Para se promover a ordem, para se buscar um equilíbrio na sociedade, faz-se necessária a enunciação de normas de conduta social.

É o normal que pelo menos a maioria dos componentes de uma sociedade busque a prática da justiça. Mas, que justiça seria essa? É necessário adotar parâmetros. Como ensina Paulo Nader, é preciso indicar aos homens *“a fórmula da justiça que satisfaça a sociedade em determinado momento histórico”*¹. E o Estado corresponde justamente ao grupo social que logrou fazer impor suas normas.

É bem verdade que o direito brota da realidade e que as normas jurídicas devem refletir as necessidades e aspirações de um povo em determinado momento histórico. Tratando do assunto, Eugen Ehrlich afirma que *“toda evolução social consiste no fato de que os homens e suas relações se modificam no decorrer do tempo”*². No entanto, é importante analisar mais a fundo se as leis realmente refletem os interesses da sociedade como um todo ou se tendem a concordar com as aspirações de uma determinada classe social.

NORMA JURÍDICA: UMA NECESSIDADE SOCIAL

Os homens apresentam por natureza o caráter de ente social. Desde o nascimento eles vão fazendo parte de alguns grupos e estabelecendo relações com outros seres. Faz-se necessário, então, organizar o grupo social disciplinando a vida dos seus membros.

Para que seja possível a vida dos homens em sociedade, o Estado impõe padrões de conduta social, ou seja, estabelece normas jurídicas. Estas vão esclarecer aos membros da sociedade como e quando agir, ou seja, como devem se portar no convívio com outros seres. A sua finalidade deve ser, como explicita Maria Helena Diniz, *“traçar as diretrizes do comportamento humano na vida social, para que cada um tenha o que lhe é devido, e dirigir a liberdade no sentido da justiça, estabelecendo, para vantagem de todos, os marcos de exigibilidade recíprocos, garantindo a paz e a ordem da sociedade”*³. É importante frisar que, aqui, ainda não se está discutindo se as normas jurídicas realmente, e de forma integral, cumprem o seu papel. Isso deverá ser abordado em exposições posteriores.

¹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 92.

² EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UNB, 1986.

³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 300-301.

Nota-se que a norma jurídica está presente no meio social com um duplo posicionamento. Ela não apenas orienta e reage sobre os fatores sociais, mas também é influenciada pela realidade concreta. Numa perspectiva sociológica, pode-se dizer, então, que são os fins sociais que determinam a criação das normas jurídicas. Sabe-se que ao longo da história a sociedade vai sofrendo transformações e vão surgindo novas formas de vida. Isso faz com seja necessária a criação de novas leis capazes de disciplinar os novos fatores e relações sociais que surgem e, dessa forma, manter o equilíbrio da sociedade.

Del Vecchio observa que a norma jurídica é a “*coluna vertebral*” do corpo social⁴. Isso traduz muito bem o caráter de importância que as normas de direito têm na sociedade. Elas vão atuar no sentido de fazer com que o corpo social chegue aos fins almejados pelos homens, ou seja, os seres racionais vão ser levados a agir de acordo com a legalidade para que se produza a conduta desejada.

A NORMA JURÍDICA COMO EXPRESSÃO DE VALORES

Um dos requisitos para que uma norma seja jurídica é que ela esteja de acordo com o ordenamento jurídico da sociedade política em que se aplica. Um outro requisito é que essa norma seja declarada pelo órgão responsável por guiar o grupo para os seus fins.

Pode-se dizer que um fato de conduta é legal quando ela não contraria o mandamento normativo, ou seja, quando está de acordo com o dever-ser estabelecido pela lei positiva. É o sistema jurídico positivo que, dentre os possíveis fatos e as possíveis conseqüências, vai preestabelecer quais as condutas que *devem ser*. Mas, em meio à diversidade de posicionamentos que se pode adotar diante dos fatos concretos, vê-se o quanto é valioso o ensinamento de Lourival Vilanova de que a norma jurídica implica sempre uma tomada de posição prévia ante um valor⁵. A norma jurídica vai representar, assim, uma escolha dentre várias opções de conduta que poderiam ser estatuídas. Cada uma dessas normas vai traduzir a opção por uma das categorias deônticas (obrigatório/permitido/proibido), as quais representam modos de dever-ser e verdadeiros critérios de legalidade⁶.

A norma jurídica representa uma criação do homem em busca da realização de valores e, dessa forma, pode-se inferir que está situada no campo da cultura. A norma não é um valor, mas um meio para a realização deste. A ela corresponde um valor, isto é, um *dever-ser*. Com base em ensinamentos de Maria Helena Diniz, pode-se afirmar que as normas de direito apresentam um *substrato* e um *sentido*. O substrato é a “*conduta humana em interferência intersubjetiva*” e o sentido corresponde justamente à expressão de um valor⁷.

Diante da idéia de que a norma jurídica representa um meio de formalizar um determinado valor, observa-se ainda que nem sempre os membros de uma sociedade comungam dos mesmos valores. “*À medida que as sociedades tornam-se complexas, os seus grupos multiplicam-se e se constituem de caracteres diversos que os identificam aos demais. Valores crenças, ideais próprios de cada grupo, formam-se em meio a tal*

⁴ VECCHIO, Del *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 302.

⁵ VILANOVA, Lourival *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 311.

⁶ BARROS, Cristiane Gouveia de. Legalidade e legitimidade: subsídios para uma diferenciação filosófica. *Revista da ESMape*, Recife, v. 2, n. 4, abr./jun. 1997. p. 134-135.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 310-311.

ambiente social heterogêneo”⁸. A partir dessa exposição de Solange Souto e Cláudio Souto, é pertinente o surgimento da seguinte indagação: que valores vão ser eleitos como base para a normatização? De acordo com o pensamento de Roberto de Aguiar, é possível afirmar que o que está escrito na lei representa apenas a instrumentalização da ideologia do legislador⁹. Na verdade, qualquer preceito pode adquirir a qualidade de norma jurídica, desde que o Estado assim o deseje. E, admitindo que o Estado se manifesta através dos órgãos do governo, convém dizer que o poder de determinar as normas a serem declaradas como de direito reside justamente na vontade dos governantes. Sendo estes, em sua maioria, recrutados da classe dominante ou pelo menos comprometidos com este grupo social, fica evidente que os valores a serem veiculados pelas normas jurídicas correspondem aos valores admitidos pelo grupo de detém os meios de produção. Ou seja, toda a sociedade vai estar sujeita a normas que reproduzem a ideologia dominante.

A ideal finalidade das normas jurídicas é a realização de valores (liberdade, saúde, segurança, utilidade etc.) que proporcionem o bem-estar à sociedade e a seus membros. E, em meio a essas normas jurídicas, a justiça deve apresentar uma posição de destaque pois, como enuncia Maria Helena Diniz, “*ela vale para que todos os valores valham*”¹⁰. Ela é uma espécie de compêndio de todos os valores jurídicos.

É válido afirmar que em todo sistema jurídico existe uma idéia de justiça e que é essa idéia que norteia a formulação dos dispositivos gerais do sistema (bases, procedimentos, sanções)¹¹. No entanto, é de se saber que na elaboração das normas jurídicas passa-se pela questão de qual justiça será adotada. Existe, assim, um ato de decisão, o qual vai se dar de acordo com a estrutura do poder político. Sabendo-se que o Estado se apresenta comprometido com a classe dominante, é possível inferir que tal decisão está ligada à dominação de classes e comprometida com os interesses dominantes.

ESTADO: UM ALIADO DOS DOMINANTES

Convém reafirmar que é do Estado que emanam as normas jurídicas, o que significa dizer que é confiado aos governantes o poder de escolher uma dentre as várias vias normativas possíveis. Saber-se do alto grau de complexidade que a sociedade humana apresenta e dos conflitos de idéias e interesses que nela estão presentes. Isso vai revelar que, para sua subsistência e desenvolvimento, a sociedade precisa se organizar, sendo necessário, dessa forma, que sejam estabelecidas regras de conduta. Essa organização social constitui função do Estado, e este, na verdade, deveria atuar de forma neutra. No entanto, essa neutralidade nem sempre acontece e torna-se importante analisar as tendências ideológicas que o poder estatal apresenta.

Diante da divisão entre o trabalho material e o intelectual e da contradição entre os interesses das classes sociais, o papel do Estado deveria ser justamente o de representante do interesse geral ou comum, levando para a letra da lei aquilo que buscasse a realização da justiça e a concessão de vantagens para todas as classes, de forma mais ou menos igualitária. Porém, neste contexto, são valiosos os seguintes ensinamentos de Marilena Chauí: “*O Estado aparece como realização do interesse geral..., mas, na*

⁸ SOUTO, Solange; SOUTO, Cláudio. Formalidade e informalidade no controle social pelo direito. *Revista da ESMape*, Recife, v. 2, n. 4, abr./jun. 1997. p. 435.

⁹ AGUIAR, Roberto A. R. de. *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 311

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 362

¹¹ SALDANHA, Nelson. Em torno dos valores jurídicos. *Revista da ESMape*, Recife, v. 2, n. 4, abr./jun. 1997. p. 364.

*poderosa sociedade (a classe dos proprietários) ganham aparência de interesses de toda a sociedade*¹². Distorcendo o posicionamento que lhe seria ideal (a realização da vontade comum), o Estado se compromete com a preservação dos interesses particulares da classe dominante e projeta na política a exploração que se passa no campo econômico.

O Estado realmente realiza uma função organizadora e apaziguadora; no entanto, ele busca a paz e a ordem que a classe dominante deseja e não que é melhor para o grupo social como um todo.

Ocorre que, numa sociedade caracterizada pelas divisões de classes, os sujeitos sociais, para conseguirem tolerar a existência dessas divisões, vão se apegar à figura do Estado como sendo unificado e unificador. Porém, não é essa a postura do Estado que o mundo real revela. O Estado, ao invés de representar a superação das contradições, representa a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras.

UM POUCO SOBRE IDEOLOGIA

É pertinente fazer aqui a exposição de um ensinamento de Marilena Chauí acerca de ideologia: *“A ideologia não é um processo subjetivo consciente, mas um fenômeno objetivo e subjetivo involuntário produzido pelas condições da existência social dos indivíduos”*¹³.

Vamos trabalhar a ideologia como sendo uma falsa crença, ou seja, uma evidência não refletida que vai representar uma deformação inconsciente da realidade. São transmitidas a grupos sociais opiniões pré-fabricadas que parecem não requerer análises e reflexões. Ocorre que a ideologia, que no dizer de Roberto Lyra Filho sempre se manifesta como crença, faz os sujeitos sociais caírem na ilusão de que tais idéias transmitidas são incontestáveis e que qualquer outra posição é inconcebível¹⁴.

Dizer que a ideologia é uma crença falsa significa considerar que os a ela submetidos são vítimas de uma falsa consciência. Quem muito bem trabalhou essa ligação entre falsa consciência e ideologia foram Marx e Engels. Baseando-se nas idéias desses pensadores, pode-se afirmar que *“A ideologia é a cegueira parcial da inteligência entorpecida pela propaganda dos que a forjaram”*¹⁵.

As classes privilegiadas da sociedade atuam no sentido de mascarar a realidade, realizando um discurso que objetiva passar aos demais indivíduos a imagem da sociedade que é favorável à sua dominação. Para isso dispõem de vários recursos, como: os órgãos de comunicação de massas, as instituições de ensino, os instrumentos especiais de controle social de que fazem parte e, inclusive, as próprias leis.

A ideologia dominante busca alienar as camadas mais desfavorecidas da sociedade. Ela leva os homens a acreditarem que a divisão social em classes é uma fatalidade do destino e não resultado da ação humana. Os seres sociais são guiados no sentido de acreditarem que a desigualdade existente entre eles é algo natural decorrente dos diferentes talentos que cada um possui, ou mesmos que a inferioridade social de certas pessoas é fruto de preguiça ou coisa parecida.

Transmite-se aos homens a idéia de que eles são desiguais por natureza e pelas condições sociais, mas que há uma igualdade de todos perante a lei e perante o

¹² CHUÍ, Marilena. O que é ideologia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 69-70.

¹³ *Ibidem*. p. 78.

¹⁴ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997. p. 16.

¹⁵ *Ibidem*. p. 17.

Estado, o que encobre que a norma jurídica é feita pelos dominantes e que o Estado existe a serviço dos que dominam.

Diante do que foi exposto, observa-se que as formações ideológicas estão intimamente relacionadas à divisão de classes. E, dentro do que está sendo abordado, tornam-se bastante enriquecedoras algumas palavras de Karl Marx em sua obra *Ideologia Alemã*:

“As idéias da classe dominante são, em cada época, as idéias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe, ao mesmo tempo, dos meios de produção espiritual, o que faz com que a ela sejam submetidas, ao mesmo tempo e em média, as idéias daqueles aos quais faltam o meio de produção espiritual. As idéias dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, as relações materiais dominantes concebidas como idéias; portanto, a expressão das relações que tornam uma classe a classe dominante; portanto, as idéias de sua dominação”¹⁶.

É pertinente, então, afirmar que a ideologia é um mecanismo de dominação de classe que tem sua origem na contradição de interesses das diversas camadas sociais. A ideologia atua no sentido de transformar as idéias da classe dominante em idéias da sociedade em geral, em idéias universais, contribuindo para que as camadas desfavorecidas não percebam a dominação a que estão sujeitas. Esta é a finalidade da ideologia: ocultar a dominação real.

NORMA, ESTADO E IDEOLOGIA

Já foi abordado que a sociedade atual apresenta-se caracterizada pela divisão em classes. Os proprietários estão sempre buscando impor o seu poder sobre os não proprietários, explorando-os economicamente e dominando-os politicamente. É evidente a existência de grandes disparidades na distribuição dos recursos entre os sujeitos sociais e, diante disso, é possível refletir sobre a seguinte questão: por que os homens conservam essa realidade tão injusta? Para se caminhar em direção a uma resposta, é mister observar que é de grande interesse da classe dominante a manutenção dos seus privilégios e, para isso, ela dispõe de dois instrumentos: o Estado e a ideologia¹⁷.

O Estado é um grande aliado da parte poderosa da sociedade, pois é através dele que a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que intimida o resto da sociedade e faz com que o poder dos privilegiados possa ser imposto a todo o grupo sem maiores reações. É aí que entra a ligação das leis com esse processo de dominação, pois o grande instrumento de que o Estado se utiliza para adquirir o aspecto de legalidade é justamente o Direito. O Estado cria normas jurídicas que fazem com que a dominação exercida pelos poderosos não seja tida como violências, mas sim como algo legal e que, dessa forma, deve ser aceito. Percebe-se aí que a legalidade algumas vezes constitui um aliado para a prática de atitudes malélicas à sociedade em geral. Um exemplo mais marcante para analisar os “bastidores” da legalidade é o Estado totalitário nazista. Hitler conquistou um enorme poderio na Alemanha e levou à morte vários membros de

¹⁶ MARX, Karl *apud* CHAUÍ, Marilena. *Op. Cit.* p. 93.

¹⁷ CHAUÍ, Marilena. *Op. Cit.* p. 90.

grupos minoritários. O pior é que tudo estava dentro da legalidade... Infere-se, portanto, que a lei constitui um direito para o dominante e um dever para o dominado.

O Direito possui conexão com a política, ou seja, com órgãos, sistemas e partidos políticos, e “isto implica a presença das ideologias dentro da experiência jurídica”¹⁸. Os poderosos se apegam a segmentos políticos e cada segmento desses vai buscar concretizar seus valores e teses, movimentando-se para que sejam criadas leis que os expressem. É em relação a isso que Georges Ripert tece o seguinte comentário: “Os tratados de Direito Civil nenhuma alusão fazem a esta influência do Poder Político sobre a confecção e a transformação das leis. Acusam, com frequência, a inabilidade do legislador, mas nunca ousam dizer o interesse político que ditou o projeto ou deformou a lei”¹⁹. No fundo, as leis são expressão do interesse dos que têm acesso ao poder.

Para que não haja revoltas por parte dos dominados, é preciso que seja encoberto o caráter dominador do Estado e do Direito e que se passe para a população uma imagem ideal que esconda a realidade do aparelho do Estado do sistema jurídico. Não pode aparecer para a sociedade que o Estado atua de acordo com interesses particulares. É preciso que as pessoas vejam a dominação estatal como impessoal e anônima. E o mecanismo impessoal de dominação corresponde exatamente às leis. É através delas que os “donos do poder” fazem suas imposições adquirirem um caráter legal e aparecerem como sendo o que realmente é verdadeiro e correto juridicamente.

Como já foi dito, o Estado e o Direito não podem deixar transparecer que estão a serviço da classe poderosa. Se a sua realidade como instrumentos para o exercício consentido da dominação fosse percebida por toda a sociedade, as leis e o Estado não mais seriam respeitados e, provavelmente, constituiriam objetos de revolta. É nesse contexto que a ideologia vai entrar em cena com a seguinte função: fazer com que o legal seja também legítimo.

É conveniente, portanto, fazer breves considerações sobre a legalidade a legitimidade. Enquanto a primeira corresponde a uma adequação do fato de conduta à norma, ou seja, é legal o que está na lei, a relação de legitimidade é de natureza axiológica. Diante de algumas discordâncias entre os autores em relação ao que significa ser legítimo, vamos aqui concordar com Arnaldo Vasconcelos quando diz que “a legitimidade encontra o alento de sua existência nas crenças do grupo social”²⁰, e usar o termo legítimo para designar aquilo que é aprovado pelos membros da sociedade. Tratando do assunto, Max Weber expõe que a crença na legalidade constitui base comum na legitimidade: “la base le plus habituelle de la légitimité est la croyance en la légalité”²¹.

A verdade é, que para criar um poder eficaz, com capacidade para atingir os objetivos almejados, os homens podem se servir dos princípios da legitimidade. E, como a legitimidade se relaciona com os valores, é coerente dizer que ela termina caindo no terreno das ideologias. É muito importante para a paz e harmonia de uma sociedade que os seus membros acreditem na justiça e validade das leis que regem o grupo.

CONCLUSÃO

A idéia que se tem de norma jurídica, muitas vezes, concede a esta vocação especial de realizar a justiça. É bem verdade que a ideal finalidade dessas normas é levar o

¹⁸ SALDANHA, Nelson. *Op. Cit.* p. 362.

¹⁹ RIPERT, Georges *apud* NADER, Paulo. *Op. Cit.* p. 63-64.

²⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito*; Teoria da norma jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 243.

²¹ WEBER, Max *apud* VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. Cit.* p. 234.

grupo social a uma ordem e paz, dirigindo a liberdade no sentido da justiça. Porém, essa identificação entre lei e justiça muito tem a ver com o repertório ideológico da classe dominante.

Diante do que foi exposto no presente trabalho, adquire caráter conclusivo a seguinte observação, que tem por base ensinamentos de Marilena Chauí: a ideologia vai substituir a realidade do Estado pela idéia do Estado e a realidade do Direito pela idéia do Direito²². Isso corresponde a dizer que a dominação de uma classe vai ser substituída pela idéia do Estado como representante do interesse geral e que a existência das leis como instrumento de dominação vai ser encoberta pela idéia dessas leis como justas, boas e válidas para todos os membros sociais.

É preciso ter em mente que a verdadeira realização da justiça corresponde à atualização dos princípios que regem a sociedade, de forma a levá-la a uma realidade longe da exploração do homem pelo homem. É importante que a sociedade se liberte da idéia de que as normas jurídicas são puramente meios de se alcanças o que é justo e veja também o que há por traz da criação delas, despertando para o seguinte fato: a lei é proveniente de um Estado comprometido com a classe dos poderosos e, dessa forma, vai veicular valores dominantes, sem necessariamente traduzir os interesses da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Cristiane Gouveia de. Legalidade e legitimidade: subsídios para uma diferenciação filosófica. Revista da ESMape, Recife, v. 2, n. 4, p. 126-155, abr./jun. 1997.

CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: UnB, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SALDANHA, Nelson. Em torno dos valores jurídicos. Revista da ESMape, Recife, v. 2, n. 4, p. 356-370, abr./jun. 1997.

SOUTO, Solange; SOUTO, Cláudio. Formalidade e informalidade no controle social pelo Direito. Revista da ESMape, Recife, v. 2, n. 4, p. 435-447, abr./jun. 1997.

²² CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia. Op. Cit.* p. 91.

DA AÇÃO MONITÓRIA

*Daniela do Nascimento Cosmo
Acadêmica do 7º período.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva apresentar um estudo sobre a Ação Monitória, tema de atual importância para o direito, não somente no âmbito nacional, como nos ordenamentos alienígenas.

É mister iniciar-se por um breve conceito do instituto, o que ora se apresenta: segundo interpretação do artigo 1.102 a, é o procedimento monitorio o meio pelo qual o credor que não dispõe de título com eficácia executiva, vai ao judiciário pedir a prestação jurisdicional mais rápida que se realiza sob a forma de concessão de ordem de pagamento para que o devedor cumpra a sua obrigação. Daí se ressalta a inicial ligação do instrumento com a execução. Entretanto, mais adiante estudaremos com mais desprendimento as peculiaridades da ação monitoria, a qual ainda se constitui uma “novidade” no sistema jurídico brasileiro.

Deve-se advertir de antemão que não é propósito deste exaurir o tema, dentro dos seus limites o escopo maior é construir uma base para a consecução de novos e relevantes estudos sobre o tema em comento e suas relações com o processo e a realização da justiça.

1.1. ORIGENS HISTÓRICAS

Na busca de um precedente do atual procedimento de injunção, chegar-se-á fatalmente à Idade Média, no momento da conjunção do Direito Romano com o Canônico. Nessa época, surge o *mandatum de solvendo cum clausula justificativa*, ou *praeceptum executum sine causa cognitase*, e ainda, *praeceptum cum clausula*, todos indicando um mesmo procedimento; a expedição de uma ordem de pagamento pelo juiz, a pedido do credor, desde que existente um crédito verossímil. A cláusula justificativa tinha por função viabilizar ao devedor a chance de apresentar exceções, o que se viesse acontecer transformaria o *mandatum* em citação, e conseqüentemente o processo em cognição plena.

Entre nós a idéia de processo monitorio chega através das Ordenações Manuelinas, diploma que enxertou no ordenamento jurídico do Brasil a denominada Ação Descendária, com esse nome em razão do prazo concedido ao réu para alegar uma razão para não cumprir o mandato contra ele expedido, que era de 10 dias. Tal ação desapareceu lentamente, primeiro quando descentralização do processo civil, somente dois Estados-membros continuaram a dispor sobre ela, e definitivamente quando da reunificação dos Códigos estaduais, oportunidade onde não se cogitou acerca da ação descendária.

1.2. O PAPEL DA MONITÓRIA DO ÂMBITO NO DIREITO

Em artigo publicado na Revista Jurídica CONSULEX, a Prof^ª. Ada Pellegrini Grinover lança a seguinte questão: Por que será que tardou tanto a introdução desse instituto no Brasil? Segundo ela ao responder a própria questão, a razão para tal foi a sua desnecessidade em face da abundância de títulos executivos, tanto judiciais como extrajudiciais na legislação brasileira.

Em parte está com a razão a ilustre jurista, e é a partir dessa linha de raciocínio que se pode, neste momento, exprimir o papel a ser desempenhado pelo procedimento monitorio no quadro geral do direito.

Assim, a sua função primordial é dar maior efetividade à prestação jurisdicional que se tem nos tribunais e com os juizes, cujo fluxo de processos aumenta cada vez mais, engessando dessa maneira a máquina. Nesse quadro realmente se faz necessário a adoção de medidas capazes de acelerar o processo civil brasileiro. E, a monitoria é parte concretizada de uma reforma processual que vem acontecendo lentamente.

Aliás, em sua própria origem, no Direito Romano-Canônico, o qual é retro mencionado, foi a urgência de celeridade e simplicidade que fez nascer o citado *mandatum de solvendo cum clausula justificativa*. Tudo em face da morosidade adquirida pela evolução do direito processual havia passado desde da Roma Antiga, até aquela época.

Nas legislações européias, onde a idéia aportou com sucesso, também não foi outro o fim dos legisladores e doutrinadores, cujo pensamento refletia sem dúvida, os anseios da sociedade para com o Poder Judiciário.

Finalizando, pois, este ponto, ressalta-se a finalidade primordial da ação monitoria que é q de trazer mais rapidez e racionalidade à prestação jurisdicional, abreviando o caminho para a obtenção do título executivo.

2. INTRODUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Depois de praticamente ser abolida a ação descendiária sem deixar qualquer semelhante, a Lei nº. 9.079 de 1995, introduz no sistema jurídico pátrio a Ação Monitoria, através de modificações no artigo 1.102 do CPC, que assim se apresenta no momento:

“Art. 1102 a A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1102 b Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1102 c No prazo previsto no artigo anterior, o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV”.

Vê-se que ao lado da necessidade de facilitar o acesso à justiça efetiva, e a par da ampla existência de títulos executivos, existia, como ainda se faz, um amplo campo de atuação onde pode ser útil a ação monitoria. Como por exemplo, um título extrajudicial que tenha perdido sua eficácia executiva por ter o juiz declarado em Embargos à execução iliquidez dos cálculos que o acompanhavam. Nessa situação, mesmo tendo sido o processo extinto, persistirá a obrigação entre devedor e credor. Para fazer cumprir esta relação, tem, este último a opção de entrar com uma ação de conhecimento para obter um título judicial. Mas, analisando o caso, tem-se que o credor fica em situação desfavorável, sujeito a um procedimento longo e dispendioso. Com o novo instituto tem o credor um caminho mais rápido.

A celeuma da ausência do título executivo resta bastante aliviada quando se introduz a monitória no país, pois a exigência de simples “prova escrita” engloba incontáveis documentos, como telegramas, “faxes”, orçamentos, cheques prescritos, cobrança de honorários de profissionais liberais, títulos extrajudiciais com ausências de requisitos formais, extratos de livros contábeis, notas de fornecimento.

2.1. ESTRUTURA E PROCEDIMENTO

A feição do procedimento monitório brasileiro no Brasil é dada pelos retro citados artigos. O modelo inspirador, foi o costumeiramente utilizado direito italiano, onde o mandado de solvendo é deferido em um despacho, o qual dispensa motivação e se equipara a uma sentença condenatória sob reserva de defesa. Com efeito, guardam importantes distinções os dois moldes, pois – diferentemente deste – a construção pátria não admite o mandado imotivado, nem a execução provisória do *quantum*, nem os bens ficam constrictos desde logo ao juízo.

Pelo artigo 1.102 a, a monitória inicia-se com petição que deve atender as já conhecidas condições de admissibilidade da ação. Em sendo assim, no caso em questão, o objeto da obrigação é o “pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”; a legitimidade ativa é do que assume a posição de credor, e a passiva daquele que responde pela obrigação e que não tem motivo forte aparente para resistir a ordem judicial, inclusive deve-se alertar que não pode figurar como pólo passivo desse procedimento o devedor insolvente, pois a este se aplicam somente as regras existentes no Código de Processo Civil; e quanto à prova da relação obrigacional, é a “prova escrita sem eficácia de título executivo”.

Resta evidente, por demais noticiado, que não obstante a amplitude do número de títulos executivos no ordenamento pátrio, há um grande número de documentos que podem atestar uma obrigação não satisfeita, e que teriam de ser levados ao dispendioso processo de conhecimento para ganhar *status* de executividade. Era na verdade, uma situação injusta, pois o direito favorecia a inércia de devedores em cumprir suas obrigações, com a confiança na morosidade do judiciário, desestimulando uma tentativa do credor via processo cognitivo.

Sobre a questão entende a doutrina que prova escrita é: “*Qualquer documento escrito que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória*”¹; ou ainda, “*Qualquer documento desprovido de certeza absoluta, merecedor de fé, pelo juiz, quanto à autenticidade e eficácia probatória*”².

Entretanto, deve ficar presente que a ação monitória não é um procedimento eivado de arbítrio excessivo, por isso o requisito da prova escrita é na realidade uma séria condição de admissibilidade da ação, que deve ser bem analisada. É, aliás, essa exigência que tipifica o nosso procedimento, entre as monitórias documentais, diferentes dos procedimentos puros, onde não se exige tal requisito.

Constitui-se dessa forma um verdadeiro limite à ação do credor, exigindo-lhe os caracteres de título executivo, para que dessa forma não ocorra apenas uma troca de posições desiguais. Nesse sentido é a lição do eminente processualista Ernani Fidélis dos Santos:

¹ In Garbagnati, II Procedimiento d’ingiunzione, Milano: Giufferrí, nº 18, 1991, p. 51.

² In Aldo Cavallo, *Apud in op. cit.* nº 5.

“Não é qualquer forma escrita que faz título hábil para o pedido monitório. Mister que o que nela se contém revele obrigação certa, líquida e exigível. Declaração de terceiros, por exemplo não da certeza da dívida nem o sacado que não aceitou letra de câmbio pode ser considerado devedor certo na obrigação”³.

Apresentada a exordial monitória, verificando o juiz estarem presentes as condições de admissibilidade, determinará que seja expedido o mandado injuntivo, uma ordem de pagamento, pelo qual concede-se ao devedor o prazo de 15 dias para cumprir sua obrigação, quando não pagará as custas e honorários advocatícios. Inobstante este fato, pode também, o devedor, nesse prazo, oferecer embargos ao mandado, que o transformam, independente de estar seguro o juízo, em uma mera citação de processo cognitivo. Quanto a esta última possibilidade, é de se notar que não há necessidade de garantia do juízo, pois tal comportamento corresponderia ao cumprimento, ainda que parcial e tácito, do mandado injuntivo, uma vez que esse é deferido no sentido do cumprimento da obrigação.

Dois aspectos, ainda merecem destaque. Em primeiro lugar, a dispensa do pagamento das custas e honorários, permitida pelo artigo 1.102 c, § 1º do CPC. Encontra-se aqui, explicitamente, o intento facilitador do processo monitório. Ora, sendo o resgate da obrigação o mais importante para o credor, a Lei para abrir a margem de que isto ocorra rapidamente beneficia o devedor que não se opõe ao mandado. com a dispensa dessas custas processuais.

À sua vez, destaca-se também a denominação "embargos" do devedor e o seu poder de converter a monitória em cognição plena. Porém isso se verá adiante mais especificadamente.

2.2. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Tem-se que a monitória visa constituir um título executivo, aproveitando-se de um documento hábil, ao qual Carnelluti denomina "título injuntivo". Esse dar ensejo ao mandato de solvendo, e caso o devedor não atenda ao mandato, nem oponha embargos ao mesmo, este passa a constituir título executivo para execução própria.

Viu-se também, que há necessidade de segurança do juízo para a oposição de embargos, assim, mesmo guardando algumas semelhanças com a execução - expedição de mandado de pagamento e desnecessidade de nova relação processual, não pode o procedimento monitório caracterizar-se por uma natureza executiva.

Entre nós houve quem defendesse a idéia do mestre italiano Carnelutti de que a injunção constituía-se em um em um tertus genius – terceiros gênero entre a cognição e a execução. Todavia, a construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial vem acentuando o caráter cognitivo do instituto em questão. É preferível esta última linha de pensamento, pois nada obstante essas semelhanças retro citadas com o processo executivo, a ação monitória, notadamente o modelo brasileiro, difere em muito da execução, constituindo-se assim, tão somente uma forma de tutela sumária, na qual, o caminho para a obtenção do título executivo é abreviado por se supor a não oposição do réu.

³ In Novos perfis do Processo Civil Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 40-41.

Mister se faz a colação do entendimento jurisprudencial sobre a questão:

“O processo monitorio é de natureza cognitiva, observando-se em sua tramitação procedimento especial, pelo que na elaboração da petição inicial devem ser atendidos os requisitos previstos no art. 282 do CPC. (TJ-RJ-Ac. unan. da 10ª Cam. Cv. reg. Em 11.09.96 - Ap. 2.169 - Capital- Rei José Rodrigues Lema)⁴.

No mesmo sentido é a doutrina a respeito:

“O procedimento monitorio documental tem a natureza de natureza processo de conhecimento: a uma, porque a demanda colima, substancialmente, uma sentença condenatória contra o devedor; a duas, porque esse pronunciamento (...) está sujeito aos meios de impugnação reservados ao processo de conhecimento; e, finalmente, a três, porque sujeita-se ele à coisa julgada material, ou no mínimo, à preclusão endoprocessual⁵”

A natureza da ação exercitada nesse procedimento é a mesma da ação de condenação que o credor exercita no processo ordinário de cognição. O procedimento injuncional, conclui Carbagnati, é um processo especial de cognição, no qual o exercício, em forma especial, de uma ação ordinária de conhecimento, provimento jurisdicional idêntico por natureza àquele pronunciado no exercício da jurisdição declaratória, em processo ordinário de condenação, inobstante a sumariedade do rito⁶.

2.3. O PROCEDIMENTO MONITÓRIO E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

A fase inicial da ação monitoria realiza-se sem a possibilidade de intervenção do devedor. É ausente o contraditório, o que enseja a pergunta: Esse procedimento não estaria a contrariar o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que garante o contraditório e a ampla defesa em todo o processo, inclusive nos administrativos?

Em princípio, parece que sim. Todavia sob outro ângulo de análise, não é bem assim que se realiza o procedimento monitorio. Há, *in casu*, primeiro, uma verossimilhança muito caracterizada do crédito inadimplido; em segundo lugar, o deferimento do mandado de solvendo somente ocorre quando preenchidas as condições da admissibilidade da pretensão; e em terceiro, sobre a égide dos ensinamentos de Goldschmidt (Ver item 2.5), e buscando base na doutrina italiana, tem-se que o

⁴ In ADCOAS 81511906.

⁵ In Cruz e Tucci, Ação Monitoria, São Paulo: RT, 1997, Pág. 56.

⁶ In J.E. Carreira Alvim, Procedimento Monitorio. Juruá Ed. 1990, pág. 49/50.

contraditório existe em tal procedimento, contudo em uma segunda fase desse. Ocorre, pois, uma "reserva de defesa" e, não ausência.

A decisão de deferimento do mandado, ademais, não é, no ordenamento jurídico pátrio, uma sentença condenatória como muitos defendem, mas sim uma decisão intencutória. O mandado tem a sua eficácia condicionada ao comportamento do réu.

Assinala Roger Perrot, citado por Cruz e Tucci, que:

*A técnica monitoria só pode ser digna de aplausos se os direitos do devedor forem perfeitamente salvaguardados por uma ampla possibilidade de participação, que restitua ao respectivo procedimento, unilateral numa primeira fase, a verdadeira dimensão do contraditório, sem a qual a justiça não seria mera ilusão*⁷.

E esquecer, não se poderá da questão da efetividade da justiça no tocante a prestação da tutela aos direitos. A sociedade cresce aceleradamente, e com ela os conflitos de pretensões. A máquina judiciária emperrada. Os instrumentos processuais existentes prejudicados por este fato em seu desenvolvimento. Meios como a tutela antecipada e a ação monitoria apresentam-se sempre como boa alternativa de escoamento.

2.4. A DEFESA DO RÉU E A CONVERSÃO DA MONITÓRIA EM COGNIÇÃO PLENA

Após a expedição do mandado de solvendo é o comportamento do réu que determinará o curso do procedimento monitorio. Se cumpri-lo, extingue-se o processo, ficando livre da sucumbência dos ônus processuais. Caso não cumpra e nem se oponha à ordem injuncional, abrirá margem para que esta convole-se em título executivo judicial, proporcionando ao credor a opção de instaurar uma execução.

Entretanto se o réu oferecer embargos provocará com essa ação, a conversão da monitoria em processo de conhecimento.

Há, em verdade, quem como Goldschmidt, defenda a idéia de que a oposição dos embargos não tem essa conseqüência. Acredita o eminente jurista que apenas abre-se uma nova fase dentro do próprio procedimento monitorio, que continua, com a peculiaridade de que agora lhe são aplicados os preceitos previstos para a cognição plena. Tal linha de raciocínio pode muito bem se aplicar ao direito brasileiro haja vista, as disposições acerca do instituto em estudo serem muito restritas, é como se pode constatar apenas um artigo desdobrado em três "sub-artigos". Realmente, o sistema pátrio não aproveitou tudo o que podia deste instrumento processual. Entretanto, a par da simpatia com tal idéia, esta não prepondera doutrinariamente.

No ordenamento pátrio, vige a certeza da conversão. Nessa visão, primeiramente, esclarece-se que a peculiaridade da denominação "Embargos ao mandado". Segundo Humberto Theodoro Júnior, é ela utilizada por ser a instauração do contraditório, eventual e, também pelo conteúdo do mandado monitorio não convidar o réu à defesa, o que ocorre também no mandado executivo.

Todavia os dois embargos não se equiparam, principalmente porque no

⁷ In ob. Cit. 5.

primeiro não há nem um título executivo provisório, o que inclusive contesta essa denominação, devendo, assim, a oposição do réu ser recebida como resposta à pretensão do credor, com essencial natureza de contestação. No entanto, é corrente e técnica a denominação de embargos.

Os embargos ao mandado possuem amplo campo de atuação, sendo cabível tudo aquilo que se pode ser alegado no processo cognitivo, além de serem processados nos mesmos autos. É interessante notar que acolhidos os embargos, até mesmo a.: obrigação pode ser desconstituída em face do alegado.

No caso de indeferimento Liminar, caberá agravo pois essa decisão é interlocutória. Se rejeitados após o seu acolhimento, o recurso cabível é apelação, vez que, esta decisão é sentença de natureza condenatória incidente sobre o mérito da questão. Em ambos os casos, decorrido o prazo para recurso sem manifestação nesse sentido, o mandado de solvendo converte-se em título executivo ensejando a execução da obrigação.

Como são recursos de defesa distintos, os embargos ao mandado e os embargos à execução, a interposição daquele não vai prejudicar a interposição deste, que seguirá normalmente a disposições do art. 475 do CPC.

2.5. A LEGITIMIDADE PASSIVA DA FAZENDA PÚBLICA.

O ente público vem ensejando controvérsia em nosso direito sempre que o tema se relaciona à obrigação pecuniária. Com ai monitória não poderia ser diferente, assim, muito se tem questionado sobre a legitimidade da Fazenda Pública, para figurar no pólo passivo deste procedimento.

No direito italiano, fonte do modelo monitório pátrio, não há nenhuma estricção a que isso ocorra. Entretanto, aqui, a própria doutrina se exsurge contra tal solução. Nomes como Humberto Theodoro Júnior, José Rogério Cruz e Tucci, e Vicente Greco, alegam que as peculiaridades do processo de execução contra o erário público praticamente anulariam o procedimento monitório. Nesse sentir, não seria possível, principalmente, o acatamento do mandado do solvendo em respeito à ordem dos precatórios, única forma da Administração quitar seus débitos.

A questão é por demais complexa, merecendo quiçá, um estudo específico. Entretanto, extraindo o máximo que o instituto pode oferecer, tem-se que sob o ponto de vista da possibilidade jurídica do pedido - obtenção mais célere do título executivo – é perfeitamente possível ajuizar uma monitória contra a Fazenda Pública, o que também fundamenta a sua legitimidade passiva .

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

À margem das peculiaridades da vivência jurídica, como as supra citadas referentes à Fazenda Pública, é mister ter em mente a necessidade imperiosa de efetivar e instrumentalizar o direito. É aliás, esse o escopo primordial dos processualistas pátrios nas últimas décadas, os quais, preocupados em revitalizar o ordenamento jurídico, vêm revivendo antigos institutos e adaptando-os aos anseios de justiça da sociedade.

A ação monitória, está nesse contexto, e independente de estar esbarrando na morosidade da justiça brasileira, é instrumento a ser aprimorado, estudado, para sua melhor aplicação, alcançando dessa forma, o sucesso que existiu em outras nações.

BIBLIOGRAFIA

Boletim Jurisprudencial ADCOAS, 1996.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Procedimento Monitório. Curitiba: Juruá Ed., 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação Monitória. Lei nº. 9.079, ed. 14.07.1995.211 Ed. Rev. e Atual. São Paulo: RT Ed. 1997.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Emani. Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Dei Rey Ed., 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Da execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Saraiva, 1986.

Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Monitória. *Revista Jurídica CONSULEX*, Brasília, 1(6),1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. III. Procedimentos Especiais. 17ª Ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Danielle de Carvalho Fernandes

Acadêmica do 3º período.

NOÇÕES GERAIS

A Ação Civil Pública é o instrumento processual destinado à defesa dos interesses transindividuais relacionados ao meio ambiente, aos consumidores, e aos bens de valor histórico, estético, artístico, turístico e paisagístico¹, visando à responsabilização, na esfera cível, pelos danos materiais e morais causados a esses bens jurídicos.

A tais interesses, elencados nos três primeiros incisos do art. 1º da Lei nº. 7,347 de 24/07/85 (lei da Ação Civil Pública), somam-se as hipóteses dos incisos IV e V - danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo ou por infração à ordem econômica – além das hipóteses de ação civil pública para a proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e aos interesses de deficientes físicos e de investidores de mercados de capitais, todas acrescentadas por legislação posterior.

A introdução da ação civil pública no ordenamento jurídico pátrio representou enorme avanço, a nível processual, uma vez que possibilitou a defesa, em juízo, de interesses anteriormente desamparados, quais sejam os interesses de grupos de indivíduos unidos em tomo de determinada circunstância, factual ou jurídica, ou mesmo da sociedade abstratamente considerada, conduzindo, assim, a um relevante resgate da cidadania. A compreensão real do conceito, entretanto, pressupõe um conhecimento, ainda que modesto, do que vem a ser interesse transindividual ou meta-individual.

A transindividualidade, Exegese dos conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Trans é Prefixo latino, que quer dizer "além de", assim como meta é prefixo grego, que significa "além", "depois de". Individual, por sua vez, é termo que qualifica

¹ Hely Lopes Meirelles conceituou a ação civil pública como "o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art.1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade", Tal definição, porém, mostra-se limitada, uma vez que não abrange as novas hipóteses de utilização do instituto, nem tampouco menciona a possibilidade de propositura da ACP também para a proteção de interesses coletivos e individuais homogêneos.

algo como pessoal, particular. Daí inferimos que transindividual ou meta-individual é o direito ou interesse que supera ou que transcende a esfera da pessoa individualmente considerada, São espécies do gênero transindividual os direitos ou interesses difusos e coletivos, cujos conceitos, depois de longa controvérsia, foram finalmente delimitados pelo Código de Defesa do Consumidor, que assim o fez, no seu art. 81, que dispõe:

Art. 81 - omissis.

Parágrafo único: "a defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código², os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Da exegese do dispositivo transcrito, depreendemos que tanto os interesses difusos, quanto os coletivos se caracterizam pela transindividualidade, entendida como a absoluta irrelevância da determinação subjetiva de quem seja titular do interesse, e pela indivisibilidade, que é a impossibilidade de se quantificar a parcela que toca a cada indivíduo no bem jurídico protegido. Diferem os interesses difusos dos coletivos apenas quanto à questão da titularidade. Dos interesses difusos são titulares pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato, como, por exemplo, em caso de poluição do ar por uma indústria descumpridora das normas de segurança ambiental. Impossível, nessa hipótese, determinar o número de pessoas atingidas pelo dano e a quota parte a que cada uma faria jus em um ar puro e saudável.

Os interesses coletivos, por sua vez, dizem respeito a um número determinado de pessoas, pertencentes a um mesmo grupo, classe ou categoria, que mantêm entre si ou com a parte contrária uma relação jurídica. O Professor Luiz Eduardo G. Bojart, organizador do site eletrônico "Ação Civil Pública On Line", exemplificou, como violação de interesse coletivo, a poluição de um meio ambiente de trabalho por substância química nociva à saúde, Tal fato atinge diretamente ao grupo de trabalhadores daquela indústria, ligados ao causador do dano por uma relação jurídica de trabalho, não importando se, durante esse período, tenha havido admissões, demissões ou quaisquer alterações no quadro de funcionários. A delimitação dos atingidos pelo dano é precisa: o grupo de indivíduos trabalham naquela unidade industrial.

A caracterização, entretanto, se revela complexa, quando se trata dos interesses individuais homogêneos. Essa nova figura, criada e conceituada pelo Código de Defesa do Consumidor, tem, no elemento "origem comum", o seu ponto mais controvertido, uma vez que as categorias dos interesses difusos e coletivos parecem também decorrer de origem comum. O ponto peculiar, que viabiliza a diferenciação dessa espécie de interesse das demais, vem a ser justamente a divisibilidade, ou a possibilidade de quantificação da parcela que toca a cada indivíduo, no valor total do dano. Exemplo de violação de interesses individuais homogêneos teríamos em caso de dano provocado por

² Não obstante a expressão "para efeitos deste Código", o dispositivo é aplicável ação civil pública, por força do art. 21 da Lei 7.347/85.

empresa administradora de consórcio aos seus consorciados, visto que se pode determinar, proporcionalmente ao quantum despendido por cada consorciado no pagamento de suas prestações, o quinhão que a cada um caberá no montante da indenização³.

Não é pacífico o entendimento sobre o cabimento da ação civil pública em defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, tendo em vista a sua não previsão específica no art. 1º, da Lei nº. 7.347/85. Nada obstante a omissão desse dispositivo, prevê o art. 21, da mesma lei, a aplicabilidade, no que for cabível, dos dispositivos do Título III, do Código de Defesa do Consumidor, na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, do que se infere a possibilidade de propositura da ACP, nesse último caso. A propósito, explicou o insigne publicista Hely Lopes Meirelles que o Código de Defesa do Consumidor ampliou de forma significativa o âmbito de utilização do instituto, "*permitindo que a ação civil pública viesse a abranger os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos casos dos três primeiros incisos do art. 1º (proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), e tão-somente os interesses difusos ou coletivos, nos demais casos*"⁴.

Sustentamos que, do ponto de vista legal, a ação civil pública é perfeitamente cabível para a proteção dos interesses individuais homogêneos⁵. O que ocorre, contudo, é uma falta de adequação do instrumento processual à tutela jurisdicional que se pretende alcançar, ou seja: embora possível a utilização da ACP., nessa hipótese, entendemos que esse não seja o meio mais adequado para a defesa de interesses individuais, uma vez que a pena pecuniária prevista no art. 13, da Lei da Ação Civil Pública é revertida para um fundo, destinado à reconstituição dos bens lesados, administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, providência que se coaduna muito mais com a reparação de dano causado a interesse coletivo ou difuso, pela sua impossibilidade de reparação individual. O instituto, nesse caso, deve ser, portanto, utilizado com parcimônia.

A LEI Nº. 7.347/85 E A LEGISLAÇÃO POSTERIOR

³ Vale destacar, como exemplo, a ação civil pública ajuizada em janeiro de 1997, pelo Ministério Público do RN, através da Promotoria de Defesa do Consumidor e da Cidadania, atualmente em tramitação pela Sexta Vara Cível da Comarca de Natal, contra cooperativa habitacional que, após arrecadar dos pretendentes compradores diversas prestações pecuniárias para a formação de poupança prévia destinada à construção de imóveis residenciais, levantou injustificadamente os valores, sem jamais realizar as obras, cujo início estava previsto para o ano de 1992. Vê-se, na hipótese, um típico caso de ofensa a direitos individuais homogêneos.

⁴ Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção. "Habeas Data"*. Página 120.

⁵ A propósito, transcrevemos a Súmula nº 7, do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo: "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses: individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso de crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico."

A matéria concernente à ação civil pública foi regulada, *a priori*, pela Lei nº. 7.347, de, 24/07/85, com seu campo de atuação ainda restrito. A legislação posterior, no entanto, ampliou deveras a sua esfera de incidência, incluindo outros interesses entre aqueles já objeto de proteção pela ACP .. Complementaram o texto da Lei nº. 7.347/85 a Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – arts. 80 a 90); a Lei nº. 8.069/90, que, em seus arts. 208 a 224, prevê a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos de crianças e adolescentes; a Lei nº. 7.853/89, que, nos arts. 3º a 5º, dispõe sobre a ACP para a defesa de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº. 7.913/89, que traz a hipótese de ACP em caso de danos causados aos investidores no mercado de capitais, como forma de moralização da economia; a Lei nº. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); a Lei nº. 8.884/94, que, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, acrescentou à Lei da Ação Civil Pública o inciso V, do seu art. 1º; o Decreto nº. 1.306/94, que regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 a 20, da LACP; a Lei nº. 9.008/95, que cria o Conselho Federal previsto no mesmo art. 13; e a recente Lei nº. 9.494/97, que confere nova redação ao art. 16, da LACP.

Como se vê, é grande o arsenal legislativo que veio somar-se à Lei nº.7.347/85, acrescentando-lhe incisos, alterando-lhe a redação de alguns artigos, e mesmo estendendo o seu cabimento a hipóteses jamais pensadas anteriormente.

Aspectos processuais

É assente o entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública é norma de caráter exclusivamente adjetivo, devendo a ação, tanto quanto a condenação, fundar-se em norma federal, estadual ou municipal, de caráter substantivo, que tipifique a infração ou ato ilícito que se pretende evitar ou reprimir.

A tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, antes: da promulgação da Constituição de 1988, encontrava grandes óbices diante do que estatuiu o art. 6º, do Código de Processo Civil⁶, que restringia, sobremaneira, a possibilidade de substituição processual.; A Carta Magna vigente proporcionou grande avanço nesse sentido, quando atribuiu ao Ministério Público, em seu art. 129, III, o *munus* de promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção d patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesse difusos e coletivos. Assim também, no art. 5º, inciso XXI e art. 8º, inciso III, legitima as associações e sindicatos para representar seu filiados judicial e extrajudicialmente, e promover a defesa do interesses coletivos e individuais da categoria.

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

A questão da legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública é tratada com clareza no art. 5º, da Lei nº. 7.347/85. Estão legitimados para propor ação principal e cautelar o Ministério Público a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, Empresa Públicas, fundações, sociedades de economia mista, e associações, que tenham por objeto a proteção dos bens jurídicos passíveis d tutela pela ação civil pública. Em relação à defesa de interesses relativos aos consumidores, a Lei nº. 8.078/90

⁶ Art. 6º - "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."

(art. 82, 11) ampliou esse rol, incluindo entre os legitimados o Distrito Federal que, a nosso ver, somente por um lapso do legislador não integra a enumeração da LACP.

Desses legitimados, o Ministério Público é o que, sem dúvida, dispõe de melhores condições para a propositura da ação. Além de ter como função precípua a defesa da sociedade, como um todo, está isento do pagamento de custas e honorários decorrentes da improcedência da ação e goza do privilégio processual previsto no art. 188, do CPC. A independência funcional e institucional do Parquet e os maiores recursos de investigação que emanam da possibilidade de instauração de inquérito civil, conferem a esse órgão uma vantagem em relação aos demais legitimados. Aliás, tamanha é importância do Órgão Ministerial no processamento da Ação Civil Pública que, em não sendo autor da ação, deverá necessariamente atuar como custos *legis*. Assim também, em caso de desistência da ação por parte de quem a tenha proposto, deve o órgão do Ministério Público assumir a titularidade ativa da ação ou, ainda, quando, julgada procedente a ação, e decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a parte autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público.

A respeito da atuação do MP em relação a esse tipo de ação, ensina magistralmente Lúcia Valle Figueiredo que este *"tem o dever de propor a ação civil pública, todas as vezes que essa se coloque como possível. É direito indisponível do Ministério Público, pois que a competência deve sempre ser exercitada"*⁷. (grifo nosso).

Quanto ao pólo passivo, não há restrições. Estão legitimados para integrar a relação processual todos os responsáveis pelas situações ou fatos que deram ensejo à ação, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, estas últimas públicas ou privadas, autárquicas ou paraestatais, nacionais ou internacionais.

FORO COMPETENTE

Conforme dispõe o art. 2º, da Lei nº. 7.347/85, o foro competente para o processamento da ação civil pública é o do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano (no caso das cautelares), Fixado o foro competente, a delimitação do Juízo, ao que nos parece, obedecerá às normas de organização judiciária. Hely Lopes Meirelles⁸ justifica essa escolha legal em função da facilidade que o foro da ocorrência do dano proporciona para a obtenção da prova testemunhal e para a realização de perícias.

Figurando a União, suas entidades autárquicas ou empresa públicas na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, competência para o feito será da Justiça Federal, sendo o foro competente o do Distrito Federal ou da capital do Estado, na forma d art. 109, I, da Constituição Federal.

Integrando a relação processual o Estado, suas autarquias o entidades paraestatais, o foro será, de fato, o do local do dano, ainda que a Lei de Organização Judiciária lhes destine Vara Privativa na Capital, tendo em vista a superioridade hierárquica da lei federal que trata da ação civil pública em relação àquela lei estadual.

PROCEDIMENTO E POSSIBILIDADES DE RECURSO

⁷ Lúcia Valle Figueiredo. Ação Civil Pública - Ação Popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. In Boletim de Direito Administrativo - Janeiro/97.

⁸ Hely Lopes Meirelles. Op. Cit. Pág. 127.

O processamento da ação civil pública obedece ao rito comum ordinário, do Código de Processo Civil, revelando, no entanto, algumas peculiaridades, como a possibilidade de concessão de medida liminar suspensiva da atividade do réu, desde que flagrante os requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Dessa decisão caberá agravo, ao qual o juiz poderá conferir efeito suspensivo, se tal for necessário para evitar dano irreparável à parte (art. 14, da LACP). Essa discricionariedade dada pela lei ao juiz, que exercitando o seu poder geral de cautela, pode auferir a possibilidade de dano à parte e suspender os efeitos da decisão liminar, independentemente de provocação, constitui, de fato, um grande avanço da legislação, na tutela dos interesses transindividuais.

Poderá, ainda, a pessoa jurídica de direito público interessada requerer ao Presidente do Tribunal que irá apreciar o agravo a suspensão da medida liminar concedida, em nome da proteção à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública. Da decisão que suspender a execução da liminar a requerimento de pessoa pública interessada cabe também agravo para uma das câmaras julgadoras, no prazo do art. 12, § 1º, da LACP.

COMINAÇÃO DE MULTA

Outra peculiaridade merecedora de algum comentário é a possibilidade de cominação de multa liminarmente, multa esta que somente será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença que reconheceu a procedência do pedido do autor, embora devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Não obstante o § 2º, do art. 12, da LACP, não especifique a que se refere a expressão "descumprimento", acreditamos que a mesma faz menção ao descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, de que trata o art. 11, da mesma lei.

FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS

Na hipótese de procedência do pedido, a condenação da parte ré poderá consistir no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer ou em prestação pecuniária. Nesse último caso, a indenização devida em função do dano reverterá para um fundo destinado à reconstituição dos bens lesados, tendo em vista o escopo maior da LACP, de restabelecer o *status quo* ante. Esse fundo, previsto no art. 13 da LACP, hoje regulamentado pelo Decreto nº. 1.306, de 09/11/94, é administrado por um Conselho Federal (já criado pela Lei nº. 9.008, de 21/03/95) ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente o Ministério Público e outros representantes da comunidade. É pacífico, contudo, para a maior parte da doutrina existente sobre o tema, que a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer mostra-se bem mais eficaz e condizente com a proteção que o instituto visa a oferecer.

RESPONSABILIDADE DO RÉU E LIMITES DE SUA DEFESA

A responsabilidade do réu, na ação civil pública, é objetiva, vale dizer, o autor não se obriga a demonstrar a existência de dolo ou culpa, bastando tão somente a identificação do nexo de causalidade entre o dano causado e a ação ou omissão por parte do réu. Tal regra é imperativa, pelo menos, no que tange à ação civil pública em defesa do meio ambiente e do consumidor, em razão dos princípios que expressamente informam as

Leis nº. 6.938/81 e 8.078/90. Quando a ação tenciona proteger outros interesses coletivos ou difusos, a objetividade da responsabilidade do réu deve ser analisada diante do caso concreto, muito embora entendamos que a responsabilidade objetiva deva ser uma constante.

Fundada a ação na responsabilidade objetiva do demandado, sua defesa deverá limitar-se unicamente a demonstrar que não é responsável pela ação ou omissão lesiva; que o fato que lhe é imputado não ocorreu; ou que, tendo o mesmo ocorrido, não implicou em lesão ao interesse juridicamente protegido.

EFEITOS DA SENTENÇA

Por força do art. 16, da LACP, a sentença produz efeitos erga *omnes*, ou seja, com validade para todos, excetuando-se a hipótese de improcedência por deficiência de provas, caso em que é permitido a qualquer legitimado propor outra ação, fundada em nova prova.

Recentemente, o prefalado artigo sofreu mudança em sua redação, tendo a Lei nº. 9.494/97, restringido os efeitos da sentença erga *omnes* apenas aos limites da competência territorial do órgão julgador. Tal alteração nos parece, já a primeira vista, maléfica, um vez que é perfeitamente possível que de um mesmo fato decorra efeitos em diversos lugares, ou mesmo a nível nacional. Conseqüência disso, certamente, será o ajuizamento de várias ações civis públicas, em razão de um só dano, o que representa uma inversão do princípio da economia processual, tão em voga no direito adjetivo moderno.

SEMELHANÇAS ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA, A AÇÃO POPULAR E O MANDADO DE SEGURANÇA

A ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança identificam-se entre si por serem, sobretudo, instrumentos processuais de origem constitucional, que se prestam a tutelar interesses, cuja proteção encontrava grandes óbices na Lei Processual já existente.

Enquanto a ação civil pública visa a evitar ou a reprimir os danos causados aos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos relacionados aos bens jurídicos sob sua tutela, o mandado de segurança se volta para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, que tenha sido violado ou ameaçado de violação por autoridade pública. A ação popular, por sua vez, objetiva promover a anulação, por parte de qualquer cidadão, de ato lesivo ao patrimônio ou à moralidade pública, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, inclusive, isento do pagamento de custas e honorários sucumbenciais. Percebe-se, portanto, nas três espécies, o intuito de proporcionar uma maior democratização do Judiciário e uma revalorização da cidadania, adormecida durante longos anos de governo militar.

CONCLUSÃO. CAUTELAS NECESSÁRIAS À UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO

Do breve estudo que desenvolvemos sobre este tema, que desperta o fascínio daqueles que ainda acreditam na eficácia do direito e na importância do processo como instrumento de realização da justiça, impõe-se destacar dois aspectos de reconhecida

relevância.

Primeiramente, o caráter inovador da ação civil pública, no que diz respeito à sua dissociação do processo tradicional, superando os limites da esfera privada dos conflitos; permitindo a tutela dos interesses difusos e coletivos, anteriormente à margem da proteção jurídica; e introduzindo novas possibilidades de substituição processual, através da legitimação, das entidades representativas dos grupos titulares dos interesses protegidos.

Em segundo lugar, a prudência com que deve ser utilizado esse remédio jurídico deve ser uma constante no dia a dia forense, da mesma forma como se mostra uma preocupação de quase totalidade da doutrina. Sua utilização, ainda pouco freqüente, revela, no mais das vezes, uma desvirtuação do instituto. Hipóteses totalmente descabidas de ação civil pública, como, por exemplo, a decorrentes de fatos não tipificados na norma substantiva, ou com escopo de declaração de inconstitucionalidade de lei, devem se eliminadas não só dos órgãos jurisdicionais como das mentes do que pretendem concretizá-las.

A propósito, ensina Amoldo Wald⁹ que, *"como a sentença proferida na ACP faz coisa julgada erga omnes, (. . .) ela não pode ser utilizada com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade da lei criando uma nova forma de controle não prevista pela Constituição que violaria os princípios básicos da Federação."*

De fato, a eficácia e consagração da ação civil pública estão necessariamente condicionadas ao bom senso dos operadores de norma, sobretudo após o alargamento do seu campo de incidência pela legislação posterior àquela que a introduziu em nosso ordenamento. Com muita propriedade, portanto, se afirmou em um site jurídico na Internet: *"não podemos precisar onde o trem da história perdeu os freios. Criada como remédio processual, extraordinário para situações específicas, expande-se rapidamente; para abraçar áreas tão diversas como a proteção ao patrimônio público e a interesses individuais indisponíveis e homogêneos. Sem que se tivesse tempo para a compreensão destes novos limites ganha também função policial sobre a atividade econômica. A continuar neste passo, de certo sobre o futuro temos apenas a incerteza de onde vamos chegar"*¹⁰.

BIBLIOGRAFIA

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 17 ed. Atualizada por Amoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública - Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público. *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XIII. nº. 01. Janeiro/97. São Paulo: NDJ;

SUNDFELD, Carlos Ari. Ação Civil Pública e Ação Popular. *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XII. Nº. 07. Julho/96. São Paulo: NDJ;

⁹ Hely Lopes Meirelles. Op.Cit. Atualizada por Amoldo Wald. Págs. 126-127.

¹⁰ Sem referência de autoria. In Ação Civil Pública On Line, em 18/08/97.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades (Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública). *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XI. Nº. 06. Junho/95. São Paulo: NDJ;

BOJART, Luiz Eduardo G. Exegese sobre o conceito legal de Interesses Difusos e Coletivos. *Jornal do 10º Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

ORTOLANI, Juliana de Carvalho. Ação Civil Pública: Contornos do Instrumento e Atualidades. *Revista Jus Receptaculum* (Internet), em 11/03/98;

LEÃO, Paulo Roberto Dantas de Souza. Meio Ambiente, Cidadania e Ministério Público. *Revista Teia Jurídica* (Internet), em 18/08/97;

NETO, Fernando da Costa Tourinho. O Dano Ambiental!. *Revista Teia jurídica* (Internet), em 18/08/97;

Heloísa Augusta Neri Correia

Acadêmica do 8º período.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Nosso interesse em comentar tal modalidade recursal perante os Juizados Especial Cíveis adveio a partir do momento em que iniciamos estágio junto aquele órgão jurisdicional. Comentando com colegas que lá trabalhavam, questionei a respeito da possibilidade da impetração de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória. Imensa foi minha surpresa quando a questão surgiu no grupo, pois a dúvida estava generalizada a respeito do cabimento deste tipo recursal. Folheamos artigo por artigo da Lei nº. 9.099/95, que disciplina o ordenamento jurídico dos Juizados Especiais, e nada encontramos sobre a possibilidade de agravar decisões interlocutórias que prejudicassem qualquer das partes no processo. Ao iniciar nossas pesquisas sobre o tema, maior foi o "susto" quando em pesquisa jurisprudencial da Turma Recursal (colegiado de três juizes de primeira instância responsáveis em julgar os recursos interpostos nos Juizados) de alguns estados do país percebemos que o entendimento estava sedimentado. Vejamos um exemplo, *in verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO, INEXISTÊNCIA DA ESPÉCIE NOS JUIZADOS ESPECIAIS.

No sistema do Juizado Especial Cível não há previsão legal quanto a interposição de recurso de agravo de instrumento, sob pena de contrariar a finalidade precípua da lei que é justamente a celeridade procedimental. (Rec. 12/96 - São Vicente-SP. Colégio Recursal de São Vicente-SP, j. 20.5.96, v. u, rei. Juiz Sérgio Leite Alfieri Filho)."

A Turma Recursal de nosso estado Norte-Rio-Grandense, ao que me parece, também espousa o mesmo entendimento jurídico, entendendo que o Agravo de Instrumento iria atravancar a celeridade processual prevista na Lei em comento.

Ao mesmo tempo, através de pesquisa em artigos de inúmeras revistas jurídicas, notamos que este tema estava em pauta unicamente junto às Turmas Recursais de

todo o país, não havendo ainda construção doutrinária a respeito.

Destarte, por entender o tema em questão da mais alta relevância jurídica na atualidade, procuraremos delinear nosso ponto de vista acadêmico, através de uma análise perfunctória, a respeito do tema do Agravo de Instrumento junto aos Juizados Especiais Cíveis .

II - ESCORÇO HISTÓRICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

A Constituição Federal de 1988 dispôs em seu art. 98, inciso I, a criação de Juizados Especiais em todo o território brasileiro para o fim de conciliar, julgar e executar as causas cíveis de menor complexidade, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, bem como o julgamento de seus recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei nº. 7.244/84 que buscava resolver os conflitos jurídicos surgido no seio da sociedade de uma forma célere e informal, criando, desta feita, os chamados Juizado de Pequenas Causas. Com o tempo, aplicadores e doutrinadores do direito perceberam que esta lei precisava ser aperfeiçoada e, com isso, no dia 26 de setembro de 1995, editou-se a Lei nº. 9.099, que em âmbito federal veio disciplinar a existência deste órgão jurisdicional, passando então denominarem-se JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS.

A criação dos Juizados é fruto da própria evolução da sociedade, que a proporção de seu desenvolvimento econômico cultural e social, exigiu do ente público meios mais ágeis de solucionar conflitos de menor complexidade, utilizando como base conciliação entre as partes conflitantes na relação jurídica processual.

O processo passa a ter critérios de orientação diferentes do rito ordinário, regendo-se pelos princípios processuais da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Ao mesmo passo, criaram-se as Turmas Recursais, que são “*a reunião de três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do juizado*” (art. 41, § 1º da Lei n. 9.099/95). Esta reunião de juízes togados no próprio órgão tem a finalidade de julgar os recursos interpostos contra as sentenças, excetuando-se a homologatória de conciliação ou laudo arbitral (art. 41 da Lei 9.099/95 e art. 23 do Regimento Interno dos Juizados Especiais Cíveis e criminais e das Turmas Recursais de Natal).

Portanto, restringiram-se a lei federal e o regimento interno dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e das Turmas Recursais apenas a disposições sobre a interposição de recurso de apelação dirigido a Turma Recursal em ocasião de sentenças e de embargos de declaração, sendo que estes não serão abordados neste trabalho, omitindo-se acerca da interposição de agravo de instrumento.

Então, surge a questão: poder-se-ia aplicar o Código de Processo Civil subsidiariamente em casos omissivos da Lei que disciplina os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95)? Ousamos expor nosso entendimento a respeito da questão suscitada, aliando-nos a tese de que é possível aplicar o CPC de forma subsidiária aos casos de omissão da lei que rege os Juizados, não deixando de obedecer aos seus princípios e à doutrina que diz que na existência de norma específica, esta se sobrepõe a norma geral. Trataremos com mais alento a questão da aplicação subsidiária em seguida, analisando inicialmente os fundamentos constitucionais que regem de uma forma geral a questão processual.

III - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS: PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A NORMA ESPECIAL.

Como foi exposto nas colocações anteriores, os Juizados Especiais têm seu fundamento em norma constitucional, mais precisamente no art. 98, inciso I, da *Lex Mater*.

Com o advento da norma que disciplinou este órgão especial, veio no seu bojo a previsão de alguns critérios e princípios que deveriam nortear a regularidade processual. Desta feita, o art. 2º da LJE (Lei do Juizado Especial) dispôs:

“Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”:

De bom alvitre lembrarmos a existência de outros princípios que, apesar de não estarem previstos expressamente na LJE, devem ser obedecidos pelos aplicadores do direito quando em prática nos Juizados, quais sejam os princípios e fundamentos constitucionais que dão a base de sustentação a toda e qualquer relação jurídica processual.

Inicialmente, vamos tecer breves comentários a respeito dos princípios processuais previstos expressamente na norma especial, apenas para fim ilustrativo. Vejamos:

Princípio da Oralidade: Dispõe que os atos processuais devam, ser preferencialmente realizados de forma oral, no qual somente o estritamente necessário a informação do processo deva ser escrito.

Princípio da Simplicidade e da Informalidade: Ambos, muitas das vezes, são passíveis de fazer confundir àqueles que não os conheçam, pois têm singularidades quase que imperceptíveis. O primeiro informa que as causas abrangidas pela norma especial devam ser as mais simples possíveis, dizendo respeito, desta feita, à complexidade da causa ajuizada. Já o critério da informalidade processual nos informa que o procedimento de tais causas deva ser o menos formal possível, sendo um exemplo a possibilidade de interpor ação junto ao Juizado de forma simplesmente oral.

Princípios da Economia Processual e da Celeridade: Dão ai orientação de que os atos processuais necessitam ser concentrados, a fim de atingir agilidade na solução da lide com gastos processuais de pequena monta e com o objetivo precípuo de tomar o procedimento o mais célere possível. *"Recomenda o princípio que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais"*¹.

Como foi acima exposto, traçaremos agora os princípios constitucionais, que no nosso entender são plenamente aplicáveis ao estudo em tela e de uma relevância jurídica de grande magnitude, refletindo-se de modo salutar para manter o Estado Democrático de Direito preconizado na Carta Magna. Não serão todos os critérios processuais constitucionais que serão abordados neste trabalho, mas tão somente àqueles que, no nosso entender, são importantes para o tema em questão, sendo eles: O princípio do Direito de Ação (acesso à justiça), o Princípio do Contraditório e do Devido Processo Legal.

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2ª vol. 10ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 68.

Princípio do acesso à justiça: Embora tal princípio diga respeito ao direito de acionar o Poder Judiciário quando haja alguma lesão ou ameaça a direito, entendemos que, em sentido lato, sua orientação pode ser aplicada a esse estudo. Consoante disposto no art. 5º, XXXV da CF, "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", ou seja, todos os abrigados pela soberania constitucional brasileira têm o direito a deduzir pretensão junto ao Judiciário quando se achar lesado ou ameaçado em seu direito, não podendo a lei (ou qualquer norma) restringir tal dispositivo.

Princípio do Contraditório: Intimamente ligado com os ditames da ampla defesa, no qual informa a equidistância das partes (precisamente autor e réu) na relação processual, ou seja, dispõe que a todos é dada oportunidade de atuar no processo de forma igualitária. "*Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis*"². (grifo acrescentado).

Princípio do Devido Processo Legal (*due process of law*): princípio oriundo do direito anglo-saxão, significando nada mais que o direito fundamental à liberdade e justiça, ou seja, "*é a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível*"³. (grifo acrescentado).

Todas estas considerações a respeito dos princípios que norteiam tanto os Juizados quanto a própria processualística descrita na norma fundamental fazem-se necessárias para fundamentar os argumentos que a seguir serão expostos.

IV - AGRAVO DE INSTRUMENTO:

Definição/Efeitos/Objetivo/Processamento.

O ilustre processualista civil Humberto Theodoro Júnior assim define o agravo de instrumento: "*é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias (art. 522), ou seja, contra os atos pelos quais 'o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente' (art. 162, § 2º)*"⁴. Destarte, resta patente que o agravo é modalidade recursal inserido no título X, capítulo III do Diploma processual Civil Pátrio, com a finalidade instrumental de reexaminar as decisões proferidas pelo julgador quando esta causar algum prejuízo a qualquer das partes.

Com o advento da Lei nº. 9.139/95, foram alterados dispositivos do CPC quanto ao processamento do agravo de instrumento. "*Com isso, os tribunais vão se livrar de um grande problema: os sucessivos mandados de segurança que a parte prejudicada impetrava simplesmente para atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento que era interposto perante o juiz de primeiro grau. Isso porque da decisão do relator não cabe mandado de segurança (súmula 121/STF). Era algo que tumultuava as atividades do órgão de segundo grau de jurisdição*"⁵ (grifo acrescentados). Essa lei permitiu a possibilidade do agravo de instrumento conter efeito suspensivo. Todavia, tal efeito não é a regra, e sim exceção, como nos casos de depositário infiel, quando houve adjudicação ou remissão de bens, em caso de levantamento de dinheiro sem prestações de caução idônea ou em outros

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4ª ed. vol. I • ;,10 Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 126-27.

³ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 38

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 569.

⁵ REIS, Novely Vilanova da Silva. O agravo de instrumento. Repertório IOB de Jurisprudência n. 8196. 2 de abril. 3/11936. 1996

casos que possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo imperiosa a fundamentação que atribua suspensividade à decisão prolatada (art. 558, do CPC). Assim sendo, o agravo de instrumento não terá efeito suspensivo (exceto nos casos do art. 558) o que permitirá que o processo em primeiro grau de jurisdição tramite normalmente até a decisão do Tribunal competente ordenando ou não a modificação da interlocutória agravada.

O processamento do agravo também foi outra grande inovação da lei. Deverá ser ajuizado por petição dirigida e interposta diretamente ao tribunal competente, contendo as razões de fato e de, direito, as razões do pedido de reforma da decisão e os nomes e endereços completos dos advogados constantes do processo, bem como a junção da cópia da decisão a ser agravada, a certidão de intimação desta e, como não poderia deixar de faltar, o comprovante do pagamento das custas (preparo). Recebida a petição o agravado será intimado para se pronunciar a respeito do pedido de reforma da decisão e, caso o relator considere conveniente, solicitará informações do juiz que proferiu a interlocutória. O agravante comunicará ao juiz que agravou a decisão por petição nos autos, sendo nesse momento que o julgador poderá utilizar o juízo de retrato reformar sua decisão, não havendo nesse caso o julgamento pelo tribunal, que ficará prejudicado.

Em suma, a lei nº. 9.139 de 30/11/95 trouxe modificações significativas ao processamento do agravo de instrumento, principalmente no que diz respeito a sua interposição diretamente ao tribunal competente, à possibilidade do juízo de retrato e à atribuição de efeito suspensivo à decisão somente nos casos em que possa resultar lesão à parte, conforme dispõe o art. 558 do CPC.

V - PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL: ENTENDIMENTO DAS TURMAS RECURSAS.

Não podemos negar que o princípio da celeridade processual é um dos principais critérios que disciplinam os Juizados Especiais, orientando que os atos procedimentais necessitam ser o mais célere possível a fim de obter uma solução rápida do conflito. Foi com base nessa necessidade da sociedade ter seus conflitos resolvidos com celeridade pelo judiciário que "todos nós" solicitamos do ente público uma solução para sua morosidade. O Juizado surgiu para tentar resolver este problema e, na sua base, trouxe o princípio da celeridade processual a fim de evitar que todos aqueles procedimentos comuns que atravancavam a justiça não "empestassem" este novo órgão surgido.

A morosidade processual era ocasionada, muitas das vezes, pelo excesso de recursos e procedimentos protelatórios que as partes utilizavam para evitar uma solução ágil do processo que viesse a prejudicá-las. Com base nessas atitudes processuais a lei que disciplina o Juizado restringiu ao máximo o número de recursos e procedimentos a serem utilizados, objetivando, desta feita, a tão esperada agilidade do judiciário.

Como foi dito em exposição anterior, a LJE definiu apenas dois tipos de recursos: o de Apelação e os Embargos de Declaração. No entanto, a lei foi omissa no que diz respeito a possibilidade de impetrar agravo de instrumento quando decisões interlocutórias prejudiquem sobremaneira qualquer das partes na relação processual, consoante está disposto no CPC. pergunta-se então: com solucionar este impasse? O entendimento predominante nas Turmas Recursais do Estado de São Paulo e do Rio Grande do Norte é de que o princípio da celeridade não permite a interposição de Agravo de Instrumento junto ao Juizados Especiais Cíveis, pois causaria lentidão na prestação jurisdicional. Entendem ainda que a lei especial que o regulamenta não pode ser "contaminada" com o disciplinamento de normas processuais comuns. Vejamos uma

decisão do Colégio Recursal de São Vicente/SP:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO, INEX/STÊNCIA EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL PROCESSO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA DEFINITIVA. HIPÓTESE DE RECURSO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 41, 52 E 53 DA LEI 9.099/95, INCLUSIVE QUANTO A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC”.

No processo especialíssimo dos juizados especiais, descabe falar em agravo de instrumento, já que em razão da celeridade processual, as decisões interlocutórias não transitam em julgado, podendo ser alegadas na oportunidade do recurso. Se assim, é, com muito mais razão a decisão (sentença) que põe fim ao processo de execução, a qual, por não tratar de manifestação interlocutória, será caso mesmo do recurso a que alude o art. 41 da Lei 9.099/95. "(Rec. 15/96 - São Vicente-SP. Colégio Recursal de São Vicente, j. 5.8.96, V.U., rel. Juiz Borges de Macedo)

Resta patente que prevalece a orientação do descabimento do Agravo de Instrumento em sede de Juizado Especial, em respeito ao princípio da celeridade e segundo o entendimento da não aplicação subsidiária do CPC nesse caso de omissão. *Data máxima vênia, concordamos somente em parte com este entendimento.*

V. 1. SUBSIDIARIEDADE DO CPC NOS CASOS DE OMISSÃO DA LEI Nº. 9.099/95: NORMA GERAL X NORMA ESPECÍFICA

Com a *permissa vênia*, apresentamos uma pequena divergência face a nossa Turma Recursal no que diz respeito à aplicação subsidiária do CPC nos casos omissivos da Lei 9.099/95. Como foi dito acima, entende-se que não é cabível o Agravo de instrumento em sede do Juizado sob pena de morosidade na prestação jurisdicional. Concordamos em parte com tal posicionamento, pois a celeridade processual deve se sobrepor à norma geral preconizada no CPC. No entanto, entendemos que é plenamente possível a aplicação subsidiária do diploma processual sem que isto venha a causar prejuízo de ordem prática ao Juizado. E, de fato, o CPC é aplicado regularmente no trâmite processual deste órgão especial. Um exemplo é o modo de aplicação dos mandados (de penhora, de obrigação de fazer ou não fazer, de adjudicação, de remoção, entre outros) e até mesmo em casos de litígios possessórios e reparações de danos. Ao meu ver, nenhum desses procedimentos está regulamentado na Lei 9.099/95, todavia o julgador aplica subsidiariamente normas de direito material e processual para solucionar o litígio, haja vista a obscuridade da norma específica. Nosso entendimento é de que esta lei específica adveio para regular os pontos principais da nova ordem jurídica e, por isso, existem lacunas legais como em qualquer norma, pois o papel do legislador é apenas definir o pilar da ordem jurídica. Ao judiciário cabe aplicar a norma ao caso concreto e adaptá-la e, se porventura, observar lacunosidade processual, não podem eximir-se de decidir a questão, devendo para isso utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). *Ex positis*, se já é corrente a aplicação subsidiária de norma processual, não vejo qualquer empecilho a se aplicar o CPC na omissão de lei específica.

A norma especial e específica sempre irá se sobrepor a norma geral, todavia, nos casos de lacunas legais, deve-se fazer uso destas para resolver a questão

processual, em cumprimento aos ditames do art. 4º da LICC.

VI - CASOS ESPECIAIS EM QUE HÁ NECESSIDADE DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, SOB PENA DE INJUSTIÇA PROCESSUAL.

Já foi exposto nosso entendimento sobre a aplicação subsidiária do CPC em casos de omissão de lei específica, bem como do pleno apoio à restrição da interposição do agravo em vista da celeridade processual. *Data vênia*, existem casos em que se tomari imprescindível o agravo de instrumento para defender direitos no qual a decisão do julgador veio a prejudicar. Vejamos os exemplos, ponto a ponto:

Nos casos de rejeição de exceção de incompetência relativa, de suspeição ou de impedimento e até mesmo da decisão que declare a incompetência absoluta. Caso o julgador, por exemplo, rejeitasse a preliminar de exceção de suspeição ou impedimento perguntamos: se a parte prejudicada com tal decisão não pode agravar, como solucionar a questão? Será que a decisão do juiz justa ou injusta, vai se sobrepor à própria justiça? E, ainda, será que a parte poderia estar obrigada a ter seu processo julgado por um juiz amigo íntimo, credor ou devedor da parte adversa, só pelo fato de que na interlocutória de rejeição da exceção o julgador não se considerou suspeito? cremos que não.

Um segundo caso é quando o juiz declara pena de deserção à parte que não efetuou regularmente o preparo do recurso, apesar de apelante haver provado justo impedimento para não obedecer ao prazo processual. Consoante dispõe o art. 519 do CPC, "*provando o apelante justo impedimento, o juiz relevará a pena de deserção, fixando-lhe prazo para efetuar o preparo*". Assim sendo, caso o julgador tenha ignorado o previsto nessa norma, ficará a parte prejudicada em apelar pelo fato de que decisões interlocutórias não são passíveis de agravo no Juizado?

E por último, quando é inadmitida a produção de determinadas provas a fim de instruir o processo, não poderia a parte requerer seu direito à plena produção de provas a nível de turma recursal a fim de enriquecer e provar seu direito?

Esses são somente alguns casos que, no nosso entender, seriam passíveis de Agravo de Instrumento nos Juizados Especiais Cíveis. Restará ao dia a dia forense o encargo de nos fazer deparar com outras situações de admissibilidade do agravo.

VII - CONCLUSÃO

Em suma, acatamos o entendimento de que, face o princípio da celeridade processual, não é admissível, como regra, o Agravo de instrumento nos Juizados Especiais Cíveis. No entanto, há casos especiais em que torna-se imprescindível a interposição do agravo sob pena de injustiça processual, valendo-se para tanto o aplicador do direito do uso subsidiário do CPC. Além do mais, a nova sistemática do Agravo permite que o processo tramite normalmente, sem necessariamente a decisão ter efeito suspensivo, podendo o processo no juízo singular tramitar normalmente enquanto a decisão estiver sendo julgada pela Turma Recursal, não causando óbice à celeridade processual. Utiliza-se para isso os conceitos dos princípios que norteiam a ordem jurídica especial, disposta no art. 2º da LJE, como também todos os princípios constitucionais corolários do *due process of law*.

BIBLIOGRAFIA

01 - CASELLA, José Erasmo. Manual de prática forense. 2. ed. atual. São

Paulo: Saraiva, 1998.

02 - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

03 - FRIGINI, Ronaldo. Juizados especiais cíveis: ementário de jurisprudência dos colégios recursais. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

04 - NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 4ª ed. vol. .21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

05 - REIS, Novely Vilanova da Silva. O Agravo de Instrumento. Repertório 108 de Jurisprudência nº. 8/96 . 2 de abril. 3/11936 ..

06 - SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 10ª .ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985.

07 - SILVA, Luis Cláudio. Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

08 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de processual civil. 18. ed. vol. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GLOBALIZAÇÃO COMO REFLEXO DA IDEOLOGIA NEOLIBERAL

*Flávio César Barbalho,
Marília Carvalho da Costa,
Odyle Cardoso Serejo Gomes e
Sarah Gabriel Gurgel*

Acadêmicos do 4º período.

INTRODUÇÃO

Tudo leva a crer que a palavra de ordem do final do século é a chamada "globalização" ou "mundialização", como preferem os franceses, tão em voga nas discussões atuais.

Com referência aos apartes básicos da Globalização, infere-se seu modelo político e ideológico – neoliberalismo –, suas controvérsias analisadas pelos doutrinadores, bem como sua reflexão no âmbito nacional.

São desafios presentes numa sociedade cujos indicadores apontam para a fragmentação de seu tecido social, na implementação de um modelo "global" que, antes de tudo, constitui-se mais numa ideologia disseminada pelos avanços da mídia e que propaga interesses específicos das grandes potências, que numa realidade concreta de desenvolvimento econômico.

DEFINIÇÃO DE GLOBALIZAÇÃO OU MUNDIALIZAÇÃO

Origem

Pesquisar de onde surgiu a denominação e a globalização em si faz-se essencial para que não se permaneça no erro acerca do que trata de fato esta ideologia. Por esta razão toma-se necessário procurar saber exatamente a origem de seu surgimento e sua finalidade.

Quanto à origem do processo de Globalização o prof. Demetrio Magnoli (p. 7) afirma: “A *Globalização não tem quatro ou cinco anos, mas quatrocentos ou quinhentos. A geografia política do mundo no qual vivemos é fruto desse processo*”.

Estudiosos do *tema* afirmam que o processo de globalização ou mundialização iniciou-se com as Grandes Navegações dos séculos XV e XVI. Ainda se compreendermos como globalização a tendência dos homens a ultrapassar seus domínios territoriais, teremos para ela uma origem que remontará à Antiguidade grega e o nascimento do cosmopolita.

No entanto, mesmo contando com séculos de existência, a globalização nunca mostrou-se tão presente quanto agora. E se o processo de Globalização iniciou-se em tempo tão longínquo, porque então tantas discussões científicas ou não acerca deste tema atualmente? E quais semelhanças e dissemelhanças essa Globalização atual guarda

da anterior?

Devido principalmente ao avanço tecnológico, houve uma miniaturização do mundo e com ela a noção de que o globo não apenas um aglomerado de nações. O indivíduo, para quem antes s, voltavam todas as atenções, perdeu seu lugar de destaque para sociedade global.

Os mais céticos, entretanto, afirmam que toda esta discussão não é justificada. Esta assertiva encontra apoio em Paulo Nogueira Batista Jr.: "o grau de integração das economias nacionais existente hoje no mundo, embora significativo e crescente, não é tão expressivo quanto sugere o uso indiscriminado de palavras com 'globalização' ou 'mundialização' ". .

Aspectos Gerais

A nova etapa do processo globalizante e a tão discutida integração por ela trazida ocasionou o surgimento de diversa metáforas.

O que de principal se pode destacar nesta globalização neoliberal diz respeito aos avanços tecnológicos, mormente no ramo das telecomunicações. No comércio internacional "além das mercadorias convencionais, sob formas antigas e atuais, empacotam-se e vendem-se informações" (Ianni, p.16).

No entanto os críticos da ideologia neoliberal costumam combater esta idéia de "globalização total" dos produtos e mercadorias lembrando que a produção dos países acaba sempre sendo destinada quase em sua totalidade para o consumo doméstico. O volume das trocas internacionais é grande mas já alcançou índices maiores em percentagem em outras épocas da história mundial, com destaque para o início deste século. Os números atuais não justificam tanto alarme.

A Globalização acaba por modificar em muito pouco a vida do cidadão comum em relação aos benefícios que podem advir da integração mundial. Os malefícios, entretanto, são facilmente encontrados através das reformas dos governos neoliberais que atuam invariavelmente no sentido de diminuir os direitos e garantias adquiridos pelos trabalhadores, à época do estado de bem estar social.

Aqueles que criticam o neoliberalismo apontam ainda como característica "a conversão dos cidadãos em consumidores" definida por Octavio Paz citado por Ianni (p. 99) que corrobora: "em *m um nível*" mais do que evidente o principal tecido da aldeia global tem sido o mercado, a mercantilização universal" e nunca a universalização dos direitos do homem e da cidadania, por exemplo.

○ PORQUÊ DO TERMO "GLOBALIZAÇÃO"

De início faz-se necessário saber que a escolha do termo Globalização ou Mundialização não se deu por acaso.

"Não se deve perder de vista que a palavra 'globalização' é altamente conveniente, porque tem conotações positivas em termos dos valores e anseias da humanidade. Para os incautos, 'globalização' sugere um processo de unificação do mundo, de formação de uma única sociedade mundial, sem conflitos ou sem fronteiras, acima dos egoísmos nacionais",

relata Paulo Nogueira Batista Jr. O mesmo ainda conclui: “... *essa palavra, que mascara tanta coisa, é politicamente muito potente. Ela tem um conteúdo falsamente positivo, que seduz muita gente*”.

Além das expressões para definição do processo em si, existem ainda diversas metáforas, sempre impondo valorização positiva à ideologia corrente. Faz-se uma tentativa de transmitir a idéia de que este movimento imprescindível à economia nacional.

A expressão "aldeia global", por exemplo, *"sugere que, afinal, formou-se a comunidade mundial, concretizada com as realizações e as possibilidades de comunicação, informação e tabulação abertas pela eletrônica"* (Ianni, p.16),

A abertura dos mercados, característica da globalização, rendeu outra metáfora: "shopping center global". No atual comércio internacional em que o mecanismo facilitador da comunicação, seja ele a televisão, o telefone, o fax ou o computador, possibilita a compra e venda de uma empresa em todo o globo terrestre. Além disso, os países subdesenvolvidos ou em via de desenvolvimento podem gerar expressões como "Disneylândia global" por serem responsáveis pela afirmação do neoliberalismo "aceitando" as imposições dos países ricos.

NEOLIBERALISMO: ESTRUTURA POLÍTICA E IDEOLÓGICA DA GLOBALIZAÇÃO

Quando se examina o fenômeno da Globalização não se pode deixar de abordar o neoliberalismo. Como questão política, refere-se à vida prática, mas implica uma abordagem teórica para a compreensão de todas as suas direções sociais, culturais e econômicas.

O neoliberalismo consagra-se na década de 70, com a crise do capitalismo. Ora, toda grande crise propulsiona desafios teóricos, políticos e práticos que precisam ser resolvidos, para a sociedade; seguir rumo à reestruturação. Neste contexto, o neoliberalismo colocado como superação de tal crise, impondo uma política econômica que remonta ao liberalismo clássico, com o seu livre-cambismo, a eficiência da "mão invisível" do mercado para o funcionamento da economia, a reduzida intervenção estatal. Entre outros.

LIBERALISMO CLÁSSICO

O Liberalismo surge como doutrina e movimento, no século XVIII, encontrando sua plenitude na luta contra a dominação religiosa, o despotismo dos Estados absolutistas e as restrições mercantilistas à formação de um mercado único sob a égide do processo de industrialização capitalista.

Na esfera política, o pensamento liberal do filósofo John Locke, proclama a necessária separação entre o político e o religioso, concepção já difundida pelo iluminismo, que destruiu a fundamentação legitimista do Estado medieval, onde o poder público era delegado em nome de Deus. O Estado autocrático é posto em discussão, proclamando a inviolabilidade dos direitos individuais privados, numa referência aos direitos naturais. *"O poder do soberano consiste em implementar, com sanções próprias do poder coercitivo, os ditames da lei natural"* (Locke). A justificação da nascente burguesia estava na doutrina do direito natural, que era uma arma contra os direitos tradicionais da classe dominante até o momento – a nobreza. A desigualdade do direito estamental

prejudicava o avanço da livre concorrência. A autoridade do soberano deveria ser substituída pela autoridade da lei. Segundo a concepção liberal, o Estado é o servidor da sociedade e, mediante leis adequadas, deverá velar para que o indivíduo possa desenvolver-se livremente sem entrar em conflito com a liberdade dos demais.

Os direitos fundamentais, que nas constituições liberais formavam o núcleo ideológico, concediam direitos inatos ("direitos do homem") a todos os indivíduos, sem distinção. Contudo, eram direitos que representavam os interesses da burguesia apenas, fato comprovado nas instituições que garantiam a propriedade privada, bem como a liberdade de comércio, contrato e trabalho.

No âmbito econômico, defendeu-se a liberdade de mercado, ou seja, a não intervenção do Estado na vida econômica e social. O Estado tinha que garantir uma sociedade de proprietários privados autônomos, mediante a liberdade de comércio, de propriedade e de herança.

Com o advento do novo mercado de hegemonia inglesa, no século XIX, o liberalismo confirma-se como um ideário justificador deste novo contexto. Concomitantemente, surge o socialismo, doutrina de oposição ao liberalismo, que preconizava uma revolução proletária baseada nas teorias marxistas. Todavia, socialismo e liberalismo convergiam num ponto: consideravam a industrialização o caminho para a emancipação do homem. Este raciocínio foi abalado com a piora das condições de vida dos trabalhadores ocasionada pelo desenvolvimento industrial.

A CRISE DE 1930 E O SURGIMENTO DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

A solução para a depressão capitalista de 1930 foi encontrada na participação do Estado na economia, desenvolvendo o bem-estar, o progresso e a felicidade do homem moderno. O novo capitalismo, agora monopolista, pressupunha a extinção das velhas concepções liberais. Surge o Estado regulador representado pelo Welfare State. Destarte, o Estado de Bem Estar Social ia garantindo serviços de educação e saúde, enquanto o capitalismo industrial desenvolvia-se. O New Deal nos EUA e o nacional-socialismo na Alemanha são exemplos desta nova política, que corresponde, respectivamente, à democracia burguesa e ditadura nazista aberta. Foram os anos "dourados" do capitalismo, aos quais o liberalismo não resistiu.

NEOLIBERALISMO

A primeira tentativa de renovação do pensamento liberal foi em 1938, com a formação do Centro Internacional para a Renovação do Liberalismo em Paris, que foi desarticulado no início da Segunda Guerra Mundial. Mas o neoliberalismo só confirma-se no final da Segunda Guerra Mundial, visando à afirmação do domínio capitalista, cujo propósito primordial era o combate ao socialismo, bem como a keynesianismo e solidarismo reinantes.

Tem como marco fundamental a obra do economista austríaco Friedrich Hayek "O caminho da servidão", escrita em 1944. Em 1947, Hayek, Milton Friedman e outros formaram, na Suíça, a Sociedade de Mont Pèlerin, com o objetivo de traçar estratégias para eliminar o Estado e o déficit público. Argumentavam que o igualitarismo promovido pelo Welfare State destruía a liberdade e a força da concorrência - com obstáculos à prosperidade geral - e que a desigualdade era valor positivo, necessária às sociedades ocidentais. Contudo, a hegemonia de seus propósitos ficou cerca de 20 anos na

teoria.

As idéias neoliberais começam a ganhar terreno com a crise do petróleo e do modelo econômico, em 1973, onde o sistema capitalista-imperialista entrou num período de baixo crescimento econômico, depois de duas décadas de um crescimento aparente sustentado sob a hegemonia dos EUA

A origem desta crise econômica, segundo Hayek e seus companheiros, estaria no poder excessivo dos sindicatos e, de forma geral, no movimento operário que corroía as bases de acumulação capitalista; além do Estado consumidor, que aumentava cada vez mais seus custos sociais. Era necessário, portanto, um "Estado forte", que rompesse o poder dos sindicatos, controlasse a expansão monetária e diminuísse os gastos sociais.

Já Fernando Pupo (199, p.06), diz ser a essência desta crise uma forte redução da acumulação de capital, a nível global. O bolo não crescia mais, além de passar a ser mais disputado, colocando em questão a hegemonia dos E.U.A. frente à Alemanha e ao Japão.

AS BASES DO NEOLIBERALISMO

O neoliberalismo surge, portanto, para se obter uma subordinação da economia ao mercado e combater a intervenção estatal, com o intuito superar a crise capitalista eclodida na década de 70. O Estado, para os neoliberais, era a origem de todos os problemas econômicos. Acreditavam que o déficit fiscal era o causador da inflação e que, junto ao excesso de regulações sobre o mercado, limitava o lucro das empresas (impedindo-as de investir em inovações), resultando na estagnação econômica. Era necessário uma mudança radical, que baseava-se nos seguintes pontos básicos:

- desestatização de forças produtivas, revertendo as nacionalizações dos países capitalistas e desmontando o setor socializado das antigas economias socialistas, através das privatizações;

- reversão dos padrões universais de proteção social estabelecidos nos Estados de bem-estar social, havendo um particularização de direitos e benefícios;

- abertura total de mercados, ocasionando a expansão das transações financeiras puramente especulativas;

- desregulação, ou seja, o Estado não poderia estar sujeito nenhum tipo de regra de controle - poder entrar e sair quando bem entender, acabar com as leis de controles de registros, de remessa etc. Estabelecer-se-ia a completa liberdade para o capital. Essa desregulação incluía o comércio de mercadorias e a força d trabalho, ameaçando os direitos dos trabalhadores, além d enfraquecer a soberania das nações, por não desenvolvê-la internamente;

- monetarismo de Friedman, cuja essência é o combate inflação e a estabilização da economia, controlando a oferta monetária;

- redução das taxas de impostos sobre os ricos (empresas comércios), restringindo o Estado arrecadador para um maior investimento das empresas.

EXEMPLOS DE PRÁTICAS NEOLIBERAIS NO MUNDO

A primeira experiência neoliberal ocorreu no Chile, após um violento golpe militar chefiado pelo general Pinochet, onde fora implantadas medidas como: desregulação, desemprego em massa, repressão sindical, privatização dos bens públicos etc. neoliberalismo chileno, segundo Perry Anderson, "*pressupunha a abolição da*

democracia e a instalação de uma das mais cruéis ditaduras militares do pós-guerra". Mas a democracia em si mesma como explicava Hayek - "jamais havia sido um valor central do neoliberalismo. A liberdade e democracia podiam facilmente tomar-se incompatíveis se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionais de cada agente econômico de dispor de sua renda e de sua propriedade como quisesse."

Mas, o neoliberalismo teve um alcance mundial e, em 1979, consagrou-se na Inglaterra, com a eleição de Margaret Thatcher, que implementou as seguintes medidas: contração da emissão monetária, baixa dos impostos sobre os rendimentos altos, grande desemprego, repressão social de graves, corte nos gastos sociais, privatização de empresas estatais, entre outros. Estas medidas conduziram a Inglaterra, em 1985, à uma grande depressão, acumulando déficits na Balança Comercial, desemprego e alta inflação.

Em 1980, foi a vez de Reagan adotar uma política neoliberal nos EUA, um pouco distinta da inglesa, pois sua prioridade era a competição militar com a URSS. Após a queda dos regimes do Leste Europeu e da URSS - entre 1989 e 1991-, o neoliberalismo difundiu-se por esta região. Mas a continuidade da política neoliberal de Reagan levou os EUA a acumular déficits recordes em sua Balança Comercial.

Na América Latina, o neoliberalismo impôs-se no final dos anos no (com exceção do Chile), cuja adoção foi pressionada pelo "Conselho de Washington", formado pelo FMI e Banco Mundial. Podemos citar a eleição de Salinas, no México (1988), Menem, na Argentina (1989) e Fujimori, no Peru (1990). No Brasil, só em 1990, com o governo Collor é que o neoliberalismo se consubstanciou. Foi derrotado na luta contra o "impeachment" e contra a revisão da Constituição, mas retomou com a eleição de FHC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de 1991, o capitalismo avançado entra em nova onda de recessão. Os índices de exclusão social tomam-se alarmantes. Contudo, o modelo continua hegemônico nos países periféricos, ao contrário do que ocorre nos países centrais que, no final de 1996, já perde força. O desemprego e a crise social passam a balizar as discussões na Comissão Européia, possibilitando a indagação se os países ricos não estão a vivenciar um momento de refluxo do neoliberalismo, até como estratégia do próprio capital para enfrentar as contradições que convive.

Perry Anderson, analisando o neoliberalismo, conclui ter o projeto fracassado economicamente por não haver conseguido a revitalização do capitalismo avançado. Porém, social e ideologicamente, em seus objetivos originais, tem sido exitoso. Socialmente, por constituir sociedades desiguais; ideologicamente, por ter disseminado a idéia de que não há outras alternativas a não ser a adesão aos seus princípios.

Infere-se, portanto, que a contra-revolução neoliberal é uma ideologia reacionária, cujo fim último é salvar o capitalismo. Ele exige a volta do "laissez-faire", que subordina e integra o mercado mundial, no sentido de aprofundar a dependência e a espoliação, para permitir a retomada em outro plano do processo de acumulação do capital financeiro.

CONTRADIÇÕES

A palavra globalização parece ter algo mágico, que provo encantamento ou pânico. Ela contém conotações positivas e relação aos valores e anseios da humanidade. Possui um apelo muito forte que atende ao imaginário de muitos que anseiam pela paz, pela unificação e pela harmonia universal, no entanto esconde muita coisa, seduz e

demonstra um conteúdo falsamente positivo.

Esta visão mistificada e distorcida da economia internacional leva a crer que não há outro caminho senão a aceitação por parte das nações de uma adaptação passiva ou uma integração subordinada. Desta forma, visando desmascarar esta carga de fantasia e mitologia acerca das tendências reais da Globalização, apontamos quatro fatores.

a) Globalização como falsa novidade:

A Globalização trata-se de um processo antigo que remonta expansão marítimo-comercial européia no séc. XV. Em razão do forte preconceito sobre o novo, o termo leva a crer em uma nova era cheia de promessas e oportunidades e este apelo não é acidental. Nos últimos vinte e cinco anos passou-se do liberalismo ao "neoliberalismo" e como consequência tem-se uma globalização com falsas novidades.

b) Limites da Globalização:

A imagem criada de economia global é imprópria, uma vez que a integração de fato não existe. Os mercados nacionais continuam a preponderar sobre as transações internacionais. O que se tem é uma economia internacional e não uma economia 'global' como se tem pregado. Desta forma, não há qualquer fundamento na idéia da destruição das fronteiras e conseqüente enfraquecimento dos estados.

c) O mito do declínio do Estado Nacional:

O terceiro seria o mito que existe acerca do declínio do Estado Nacional, que não acontece, principalmente para os países bem sucedidos. Nestes, a participação estatal na economia até aumentou em plena época do "neoliberalismo".

d) O mito das empresas "transnacionais":

Por último, o mito das empresas transnacionais, que operam sem lealdades nacionais acima das fronteiras. Na verdade o comportamento das grandes empresas é caracterizado por uma certa ambivalência: por um lado as empresas tentam demonstrar um caráter supostamente neutro; por outro, costumam pedir o apoio e a intervenção dos seus governos de origem na disputa de mercados e concorrências no mundo inteiro.

De modo geral, há uma tendência a subestimar o poder de intervenção e controle dos Estados Nacionais e a se superestimar a influência e o grau de manobra de empresas consideradas transnacionais.

GLOBALIZAÇÃO: COMPREENSÃO NACIONAL

Formas Democráticas x Neoliberalismo

3.1.1, Democracia: uma visão abrangente de sua concepção para melhor entendimento de sua degeneração pelos efeitos da política neoliberal

Para elucidar como o Brasil e demais países em desenvolvimento estão tendo seu Estado Democrático de Direito deteriorado por medidas de natureza neoliberal, denominado pelo governo brasileiro de "liberalismo social", é capital, neste primeiro momento, expor o real significado e extensão do termo "Democracia",

Já é da ciência de todos a compreensão da Democracia na esfera política, consistindo num regime em que a coletividade social participa politicamente dos assuntos de Estado, seja diretamente seja por meio de representantes; bem como facultada aos indivíduos possibilidade de associacionismo político, a formação de partidos políticos, sendo, portanto, o regime democrático aquele que confere ao membro de uma nação o *status* de cidadão.

Mas, para além deste entendimento puramente político acerca da democracia, restringindo-a à visualização do indivíduo com membro da nação, em pleno gozo de seus direitos políticos, necessário estender a noção de democracia do plano político para social, consoante é bem dito por Bobbio (1997:155-156). O que implica asseverar: consentir a cada membro da sociedade nacional além da qualificação supracitada, o *status* de pai, cônjuge, filho trabalhador nos diversos ramos e áreas profissionais existentes sociedade. Posto que considerar o nacional sob estes diversos ângulos, significa respeitar os interesses inerentes a cada uma destas categorias de indivíduos que em conjunto constituem os anseios sociedade civil. Em última linha, a tomada desta postura intelectual corresponde à democratização da sociedade civil, ou melhor, conscientização coletiva da obrigação do Estado de tutelar interesses da sociedade. É exatamente sob esta ótica que Bobbio fala em Democracia Social e, a partir deste conceito, distingue democracia formal de democracia substancial. A primeira equiparar-se-ia ao regime democrático em seu aspecto político-jurídico; enquanto a segunda, relacionar-se-ia à democracia social, que pressupõe não apenas a igualdade política, mas também a sócio-econômica, a qual deve refletir no comportamento estatal em preservar os direitos e garantias sociais do povo.

Esta democracia, cada vez mais utópica no Brasil devido à implementação maciça de reformas do governo de FHC, que em nome da estabilidade econômica exige da sociedade civil sacrifícios como o controle salarial, desemprego em massa de trabalhadores, agravado pela abertura da economia brasileira ao mercado internacional, levando fábricas nacionais à falência, sem a adoção de política protecionista conveniente.

É patente, pois, a franca decadência da Democracia social sob a qual prepondera-se o "Progresso econômico" do Neoliberalismo, visto a irrelevância do social para os governos neoliberais frente à preocupação com a economia, que demanda dos grandes centros internacionais de globalização, promotoras da fragilização da autonomia, implicando a formação de uma base econômica instável, com a moeda nacional subordinada ao capital estrangeiro especulativo. Diante destas condições, questiona-se qual a perspectiva que tem o brasileiro no tocante à defesa e garantia de seu patrimônio social, se a cada etapa de seu desenvolvimento atual, o Brasil toma-se mais colônia do que nação soberana.

NEOLIBERALISMO: O PORQUÊ DA IMPLEMENTAÇÃO DO NEOLIBERALISMO NO BRASIL: PRESSÃO INTERNACIONAL

Tendo-se como referencial o conceito e as características de superestrutura política e ideológica do Neoliberalismo já abordados, torna-se pertinente, a *priori*, refletir sobre os reais motivos da conduta político-econômica dos países latino-americanos, inclusive o Brasil. No que tange a este ponto, a explicação recai, como atestam Miguel Eduardo Moreno e Renato Rabelo (1995:17-18), sob o eterno problema da dívida externa. Uma vez na condição de devedores e dependentes de créditos internacionais dos grandes

centros capitalistas, os países em vias de desenvolvimento acham-se forçados a negociar seus débitos e a concessão de empréstimos nos termos impingidos pelas organizações financeiras internacionais, como o FMI e demais credores.

Estas imposições consistem sempre em medidas contrárias à sociedade democrática dos países devedores: reforma monetária; liberalização comercial e financeira; abertura da economia com a conseqüente privatização dos segmentos estatais; arroxo salarial, etc. Medidas que culminam na subserviência da economia ao capital internacional, no desemprego e noutros efeitos de maior projeção.

Mesmo assim, os apologizadores do Plano Real, a versão brasileira de neoliberalismo, insistem na velha retórica do Brasil integrar-se no contexto comercial internacional, como única via de promoção de seu crescimento econômico. Nos dizeres de FHC, conforme salienta Rabelo (1995:18), é preciso ser realista, não podendo o Brasil esquivar-se das "mudanças contemporâneas", que, viabilizam seu progresso econômico. E, portanto, a partir da publicidade difundida em larga escala pelo governo e pela mídia, que os neoliberais tentam justificar o substrato social negativo e inevitável deste processo - desemprego e controle salarial -, injetando na consciência coletiva palavras de ordem de progresso, desenvolvimento, estabilidade, queda da inflação e aumento na capacidade de consumo, e que não há outra solução a não ser esta. Também, ainda há de se falar de um liberalismo social, uma espécie de meio termo entre o neoliberalismo e a democracia social (RABELO, Renato, 1995:19), procurando lograr o convencimento da população de tratar-se de um plano preocupado com a questão social, o que na prática não ocorre.

Medidas do governo FHC: revelam um processo de fragilização, da Democracia Social e da Soberania Nacional.

Para vislumbrar o alcance do Plano Real no âmbito da Soberania Nacional e da Democracia, faz-se mister uma análise das principais medidas empregadas pelo atual governo.

a) Abertura ao Mercado Externo:

Esta medida, apresentada com o invólucro da necessidade do Brasil integrar-se na economia mundial, na verdade representa um incentivo unilateral às importações, devido ao vertiginoso crescimento no volume de importações observado, enquanto as exportações mantêm-se no mesmo ritmo, "isso quando não sofrem decréscimos de 0,3%" (SILVA, Edson, 1995:23). A razão que leva o governo a adotar esta postura, além de ser uma exigência das potências imperialistas, consiste na "dolarização" da economia. Este tipo de atitude acarreta a debilitação de inúmeras indústrias brasileiras que não conseguem suportar a concorrência com os produtos estrangeiros, gerando desemprego. O governo, embora ciente desta realidade negra que é o processo de desindustrialização no Brasil, mostra-se somente interessado na aplicação de medidas que propiciam uma aparente estabilidade e valorização da moeda. Verifica-se, assim, um total desrespeito à condição de agente econômico produtivo, pai, chefe de família por parte do cidadão brasileiro prejudicado (empresário/trabalhador). Desta forma, não está ocorrendo a democratização da sociedade, conforme a preconizada por Bobbio. Concomitantemente à ruína da democracia, ocorre também a da Soberania Nacional, que se processa com a entrega do controle da economia ao capital financeiro internacional.

Como ocorre tal controle? Consoante Edson Silva (1995:23), o Brasil não possui reservas de divisas próprias, a maior parte do capital aplicado na economia brasileira provém do exterior, atraído pelas altas taxas de juros reais, possibilitando a entrada de capital estrangeiro - base responsável pela valorização da moeda do real -, daí a razão da instabilidade da nossa economia. A chamada Reforma Monetária, que visa a valorização da moeda nacional, acha-se ancorada no capital financeiro internacional e

condiciona o esfacelamento da Soberania do país,

b) Privatização de empresas estatais - encargos sociais removidos ao setor privado:

A privatização de estatais tomou-se praxe na política neoliberal de FHC. Seus defensores alegam que a desestatização de empresas é uma das etapas do processo de reestruturação da máquina estatal. Todavia, não se constata uma diminuição do volume dos débitos públicos, mas unicamente a comercialização de estatais, antes compromissadas em prestar serviços à sociedade. Destarte, a privatização traduz mais do que qualquer outra medida antidemocrática, o distanciamento proposital do Estado dos problemas da esfera social (serviços como saúde e educação), transpondo-os para a órbita privada.

Este posicionamento adotado pelo governo FHC fere a figura do próprio Estado inerente à Democracia Social, pois nesta, aquele desponta-se como o tutelador dos direitos, garantias e interesses dos, seus nacionais; enquanto naquele, repudia esta função em prol de um falso ideal de progresso econômico.

Inadequação do modelo constitucional brasileiro ao modelo globalizado: As reformas

O atual processo globalizante confronta-se diretamente com a Constituição de 1988 no tocante à Soberania Nacional, posto que a reforma de "reestruturação" e "modernização" seguem a ordem mundial de globalização, esvaindo a soberania nacional.

Em razão do caráter anti-nacionalista e inconstitucional de suas reformas, o atual governo procura adequar a Constituição àquelas, com o intuito de torná-las exequíveis mediante a interposição de propostas de emendas constitucionais, as quais estão sendo aprovadas pelos trâmites formais, tomando a ameaça do controle dos principais setores da economia brasileira pelo capitalismo internacional, uma realidade.

Um exemplo concreto disto foi a revogação, via emenda, do art. 171, por meio da qual se eliminou do conceito de empresa brasileira o termo capital nacional, viabilizando a fixação daquelas financiadas por capital estrangeiro.

Outra modificação constitucional a ser ressaltada foi o que houve na redação do art.176 (1995:24), que retirou da exclusividade do capital nacional o aproveitamento do potencial de energia hidráulica, bem como a pesquisa e lavra de recursos minerais.

Mediante o exposto, vê-se que o governo FHC está por todas as vias legais, facilitando grandemente a penetração e fixação de capital exterior no controle da exploração da economia brasileira. Sobre tais emendas incide a alegação de vício de inconstitucionalidade, como assinala o Deputado Federal Aldo Rebelo (1995:25), com fulcro nas teses constitucionalistas de Paulo Bonavides e José Afonso da Silva. A inconstitucionalidade repousaria no fato de o Poder Constituinte originário de 1988, ter estabelecido restrições e limitações à atuação de capital estrangeiro em "setores estratégicos da economia brasileira".

A grande dificuldade que se tem de impedir a aprovação de emendas desta natureza está no fato de, contra elas não se sobreporem as chamadas limitações explícitas ao poder de reforma, as quais compreendem as "Cláusulas Pétreas" que consistem num campo imodificável de dispositivos constitucionais expressamente declarados.

Consoante observa o Dep. Aldo Rebelo (1995:26), se as restrições protecionistas fossem obstáculos à dinâmica de uma economia competitiva, os EEUU., por

exemplo, adotariam esta postura. Mas, o que se averigua é que a potência estadunidense mostra-se altamente protecionista e cautelosa no que concerne a interferência de capital estrangeiro nos setores de base de sua economia. Um bom exemplo é a Exon Florio Amendment, instrumento que delega ao presidente da República a capacidade de limitar ou coibir compras ou fusões de empresas norte-americanas nos setores de alto nível de desenvolvimento tecnológico. Preservar a autonomia econômica é uma compreensão que já foi assimilada pela coletividade norte-americana.

A fraternidade sugerida pelo termo "globalização" e reforçada constantemente na mídia nacional toma a implementação de qualquer medida que vise a salvaguardar o interesse nacional mais difícil e impopular.

CONCLUSÃO

A Globalização consiste numa temática de amplas discussões e reflexões, o que talvez impossibilite uma definição unívoca para o termo. Alguns consideram-na um processo de integração econômica, política e cultural das nações, decorrente do avanço do capitalismo. Outros, julgam-na mera especulação ideológica, disseminada pela mídia, dos países centrais aos demais.

No âmbito político, tem como elemento básico a ofensiva neoliberal, política adotada com o intuito de dizimar a crise do capitalismo da década de 70, e cujos pressupostos nos remonta ao liberalismo clássico do século XVIII e XIX, destacando-se: a não intervenção do Estado na economia; os cortes nos gastos públicos do Estado; a redução de impostos sobre as empresas; a expansão do mercado financeiro; entre outras.

Na compreensão nacional, observa-se que em 1990, a política neoliberal começa a engendrar no Brasil, representando sua inserção não soberana no processo de globalização, o que vem corroendo as conquistas sociais dos trabalhadores bem como a desvalorização das empresas nacionais, perante a incessante abertura do mercado ao capital especulativo internacional.

Portanto, esta discussão remete a uma análise da conjuntura internacional, localizando suas bases teórico-filosóficas no processo histórico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Perry. Além do neoliberalismo. Revista Princípios. São Paulo, n. 38, p. 15-17, ago./set./out. 1995.

BIAVASCHI, Magda Barros. Globalização, democracia e poder local: olhares, sonhos e possibilidades. Pesquisa em Direito Político. Florianópolis, 1997.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p.149-157. trad. Marco Aurélio Nogueira. (Pensamento crítico, 69).

_____. Locke e o Direito Natural. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Unb, 1997.

CHOSSUDOVSKY, Michel. A globalização da pobreza. Revista Princípios. São Paulo, n. 38, p. 12-14, ago./set./out. 1995.

IANNI, Octavio. Teorias da Globalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

GOMES, Luiz Marcos. Sobre o conceito de neoliberalismo. Revista Princípios. São Paulo, n. 38, p. 4-11, ago./set./out. 1995.

MAGNOLI, Demetrio. Globalização - Estado nacional e espaço mundial. São Paulo: Moderna, 1997.

PUPPO, Fernando. Neoliberalismo: promessas e realidade. Revista Princípios, São Paulo, n.20, p. 4-11, mar/abr. 1991.

SILVA, Edson. Revista Princípios. São Paulo, n. 38, p. 18-23, ago./set./out. 1995.

ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DA TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Frank Tavares

Acadêmico do 8º Período.

I - INTRODUÇÃO

Há sempre um desconforto quando se trata de uma abordagem mais aprofundada sobre os procedimentos especiais. Os dogmas concebidos pelo legislador de 73 entram em confronto com as especificidades das ações do Livro IV do CPC. A incontrastável divisão entre a cognição, execução e processo cautelar, o rito ordinário, as ações de natureza dúplice, são apenas alguns exemplos desses antagonismos. Entretanto o preconceito deveria ser substituído por uma nova compreensão. Ao invés de apenas considerar o rigor formal que muitas vezes não se coaduna com as ações dos procedimentos especiais, o jurista deve encarar as marcantes diferenças como aspectos positivos, consentâneos com as exigências do jurisdicionado ao exigir sempre uma eficiente prestação jurisdicional.

Este trabalho é uma tentativa de encarar as ações contidas no rol dos procedimentos especiais de modo diferente, a partir de seus pontos mais significativos. Não apenas taxando de incompatível com o espírito do legislador de 73, mas procurando conciliar com os princípios mais importantes do direito processual, quais sejam: celeridade, economia processual, instrumentalidade, etc.

II - PREMISSAS

Invariavelmente, uma discussão que enfoque os procedimentos especiais deságua na superada polêmica da autonomia do direito processual civil. A teoria imanentista da ação, consagrada pelo Código Civil, art. 75, vem à tona. Há doutrinadores que não conseguem conciliar a manutenção dos procedimentos especiais no CPC com a autonomia do processo, considerando os primeiros como "uma quebra do princípio da autonomia do processo face ao direito positivo material..."¹. Não é esse o ponto de vista defendido por Adroaldo Furtado Fabrício. É sabido que o direito é uno. Ainda que se tenha, para fins didáticos, um estudo individualizado dos seus diversos ramos, existe uma

¹ Cunha Campos, 2/24

flagrante complementaridade entre direito material, direito processual, direito penal, etc. Não se pode conceber um determinado ramo da ciência jurídica que não tenha uma independência dos demais. Adotando esta tese, o insigne processualista supera a polêmica.

A autonomia não é antinomia. Os campos, os ramos ou departamentos em que se divide o direito não são estanques e incomunicáveis; ao contrário, interpenetram-se e mutuamente se influenciam. Não se olvide, de resto, que, no especificamente relativo às fronteiras entre o Direito Material e Direito Processual, elas nem sempre apresentam precisas e nítidas, existindo ainda territórios disputados entre um e outro, com exemplificação. Nada há de estranho, portanto, em que se atenda, na disciplina do procedimento, a eventuais particularidades do Direito Material, que talvez tomem a relação jurídico-substancial insuscetível de tratamento judicial eficiente e adequado dentro do rito genérico. (Furtado Fabrício, 1995, 9-10)².

É inócua uma especulação me tomo da dependência do processo civil em confronto com os procedimentos especiais. Não mais se questiona hoje, a independência do direito processual civil. Anota com propriedade Cândido Rangel Dinamarco que "*insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo*³". Portanto uma abordagem dos procedimentos especiais não implica num questionamento sobre autonomia e independência do processo. Há outras vicissitudes que motivaram o legislador em conservar os procedimentos especiais no CPC de 1973.

III - RECONVENÇÃO E AS AÇÕES DE NATUREZA DÚPLICE

Na relação processual estão bem definidas as posições de autor e réu. Enquanto ao primeiro cabe deduzir sua pretensão em juízo, ao segundo incumbe, após a citação válida, apresentar a contestação. A situação bem delineada dos sujeitos parciais do processo, autor e réu, advém da legitimidade *ad causam* das partes. Enquanto existe uma legitimidade ativa do autor para demandar em juízo, existe uma correspondência do réu a responder a pretensão. A legitimação, ou *legitimatío ad causam*, é identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada⁴. É a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI ao invocar a doutrina de CHIOVENDA. Esse é o argumento para justificar a impossibilidade do réu, na contestação, buscar uma inversão do pólos da relação processual, em que se confrontam autor e réu. Dispondo o réu de elementos suficientes para demonstrar sua legitimidade ativa, terá de recorrer à reconvenção, que é um meio de defesa do qual dispõe o réu para fazer valer o seu direito.

A reconvenção é uma ação autônoma que se desenvolve na ação originária proposta pelo autor. O conteúdo da reconvenção tem uma densidade maior do que a simples contestação porque na reconvenção o réu passa a posição de autor (reconvinte) e o autor à posição de réu (reconvindo). Já na contestação o que existe é uma "*simples resistência à pretensão do autor*⁵.

A situação de contraste entre o autor e o réu não ocorre nas ações de natureza dúplice⁶. Na *adio duplex* o réu tem legitimidade para inverter a polaridade da

² *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1995, p. 9-10.

³ Dinamarco, 1993, p. 21

⁴ Ação declaratória Principal e Incidente, 1996, p. 57

⁵ Theodoro Júnior, 1996, p. 388.

⁶ Exemplos: prestação de contas, possessórias, demarcatórias, divisórias e no Juizado Especial.

ação proposta em juízo. Amplia-se assim o conteúdo da defesa, que não fica restrita à contestação. Há uma legitimidade simultânea que autoriza os litigantes a assumirem posições contrárias sem que se busque a reconvenção.

Outra característica que pode ser ressaltada nas ações de natureza dúplice, é a alteração da estrutura lógica da relação processual. Conferida a legitimidade dos litigantes, o autor pode se transformar em réu e este pode se transformar em autor sem que se possa recorrer a reconvenção. Tal faculdade resulta assim no comprometimento do modelo lógico do processo. É o que se pode desumir da afirmação autorizada de Adroaldo Furtado Fabrício:

Certo, o oferecimento eventual da reconvenção inverte, quanto ao objeto desta, aquela polaridade, mas isso em nada afeta a estrutura lógica da relação processual, porque o reconvincente, em verdade, propõe uma outra ação, que só acidentalmente se processa nos mesmos autos.

Mais uma vez se nota uma característica que poderia ser taxada, sob a ótica da evolução do direito processual, de incompatível com o rigor científico de hoje. Entretanto a ação de natureza dúplice remonta o sistema complexo das ações do direito romano. "Os romanos distinguiram a *adio duplex (iudicium simplex)* da *actio duplex (iudicium duplex)*". Assim, não é de se estranhar que uma análise perfunctória sobre as ações dúpliques conduza a um desprezo quando se tem vista tão somente a questão científica em razão de sua vetustez⁷. A *actio duplex*, assim, se harmoniza com as exigências que se faz ao judiciário de uma eficiente prestação jurisdicional, que só se alcança com a adoção de princípios como a economia processual, celeridade e efetividade do processo e, principalmente, instrumentalidade. Em que pese o anacronismo que envolve as ações de natureza dúplice, elas emergem com vigor na atualidade. Um exemplo da atualidade das ações de natureza dúplice pode ser comprovado pela rejeição do instituto da reconvenção na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, diploma legal que instituiu os Juizados especiais Cíveis e criminais. Lê-se no art. 31 daquela Lei a seguinte disposição:

"Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta lei, desde que fundados nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia."

Prestígio das ações dúpliques, em harmonia com concepções da finalidade do processo comprometido mais com os resultados práticos do que com o rigor científico, pode ser comprovado com a rejeição do instituto da reconvenção ...

Pode ser concluir, após esta breve reflexão, sobre a *actio duplex*, que sua adoção deve ser vista não apenas como um vestígio do direito romano, e sim como um instrumento de importância extraordinária para a realização do direito a todo jurisdicionado.

IV - PROCEDIMENTOS ESPECIAIS E COMPETÊNCIA DE FORO

⁷ "Os romanos conheciam as ações de natureza dúplice e a denominavam de *actio duplex*" (WATANABE, RePro 31: 1838-143).

Não parece uma característica excepcional da ação de consignação em pagamento e, portanto, uma diferenciação dos procedimentos especiais digna de destaque para uma abordagem de uma teoria dos procedimentos especiais, a regra do art. 981 bem como seu parágrafo único. Como especial de competência, o preceito está em consonância com a relatividade da competência territorial. Embora exista o princípio geral do art. 94, o legislador estabeleceu a convenção das partes para a escolha de foro do cumprimento da obrigação no art. 100, inciso IV, alínea "d". Assim, o legislador de 73 facultou aos titulares da relação de direito material a escolha do lugar para a satisfação do direito estabelecido no contrato ou qualquer outro pacto no qual haja a exigibilidade que possa ser alegada perante o judiciário. É neste sentido que se posiciona ADROALDO FURTADO FABRICIO⁸.

A imprecisão do Código, ainda sobre o art. 891 e seu parágrafo único, reside na interpretação do sentido da palavra lugar, empregado com significação diversa do art. O que se tem vista é a possibilidade de se tomar ineficaz a consignação pela extrema dificuldade de se efetivar. Dirimindo as dúvidas, OVÍDIO BAPTISTA é preciso ao esclarecer:

"A mens Jegis, indiscutivelmente, está voltada para aquelas hipóteses em que, sendo a coisa devida insuscetível de ser transportada a sede do juízo para aí ser depositada - como acontece quando seja imóvel, ou coisa de grande porte o objeto da prestação - o credor deverá ser citado para ir ou mandar recebê-la no lugar onde ela se encontre. (Procedimentos Especiais, 1993)"..

V. JUÍZO PROVOCATÓRIO E CITAÇÃO POR EDITAL

A utilização da citação por edital feita pelo legislador de 73 em diversas ações dos procedimentos especiais, seja na ação de anulação e substituição de títulos ao portador (art. 908, inciso 1), seja na ação de usucapião de terras particulares (art. 942), ou mesmo nas ações demarcatórias (art. 953), nada tem a ver com os juízos provocatório do Direito Medieval, sob influência do Direito Germânico. No juízo provocatório, como observa CELSO AGRÍCOLA BARBI, o titular do direito subjetivo é demandado para fazer valer seu direito.

Esclarece com minudência aquele processualista:

"Sua finalidade não é, assim, determinar naquela ação o direito, mas sim coagir o réu a propor sua demanda, em processo a parte, ou, caso não o faça, impor-lhe perpetuo silêncio ou impedi-lo de posteriormente usar a

⁸ Op. Cit. p. 73.

ação que lhe competia”⁹.

Duas conseqüências principais dos juízos provocatórios podem ser elencadas, ainda de conformidade com o entendimento de CELSO BARBI, quais sejam:

"a) impor ao autor o momento de agir, tirando sua liberdade de escolha; b) dar o juiz poder de encurtar o prazo, dentro do qual o autor pode agir, isto é, submeter os prazos de prescrição ao arbítrio do juiz”¹⁰.

O edital nas ações mencionadas não convergem para essa concepção. É esse o ponto de vista esposado por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO. Em todas as hipóteses nas quais o ordenamento processual se utiliza da citação por edital, o que existe é uma incerteza em tomo dos interessados. A fim de que estes possam integrar a relação processual posta em juízo, o edita I é uma exigência impositiva.

Entretanto pode-se vislumbrar uma tênue natureza de juízo provocatório o objetivo do devedor em exonerar-se da sua obrigação. O art. 973, do Código Civil, e seus incisos podem ser exemplos significativos dessa intenção do devedor, nas quais o credor quer fazer sua obrigação de pagar para não se constituir em mora. Para que Não sobrevenha sobre o devedor as conseqüências do inadimplemento do pagamento, o devedor busca a consignação como meio hábil de livrar-se da mora ou de outra qualquer responsabilidade que possa advir da impossibilidade momentânea ou que peruparam no tempo, pode-se afirmar que a tentativa do devedor em cumprir com a sua obrigação previamente pactuada. Assim, o consignante está exercitando, inequivocamente, um juízo provocatório.

VI - AÇÕES EXECUTIVAS LATU SENSU NOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS. FUSÃO DA COGNIÇÃO COM A EXECUÇÃO

O CPC de 39 albergava ação executiva. Com advento do Código de 1973 desapareceu do ordenamento processual brasileiro aquela modalidade de ação. O Legislador de 73 optou pela unificação do processo executivo. Há, portanto, uma estruturação bem definida em que se pode identificar distintamente cognição, executividade e cautelaridade. Entretanto, várias ações contidas no Livro IV do CPC fogem a este modelo formal. Estão nesse rol as seguintes ações: ação reivindicatória, reintegração de posse, ações de depósito, busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, despejo, nunciação de obra nova (demolição prevista no CPC, art. 936, I), imissão de posse e divisória.

Em todas essas ações, a sentença julgada procedente tem eficácia executiva, dispensando, por conseguinte, uma fase posterior.

⁹ Op. Cit. p.14.

¹⁰ Idem ibidem, p. 16.

A sentença condenatória não representa um título executivo judicial, habilitando a parte vitoriosa na demanda a ingressar com um processo executivo. Deste modo, o provimento judicial é suficiente para satisfazer o direito do demandante em sua inteireza. A classificação rígida das sentenças do processo de conhecimento em declaratórias, constitutivas e condenatórias não é absoluta. Entre estas últimas, pode-se fazer uma subclassificação entre ações tipicamente condenatórias e executivas *latu sensu*.

Enquanto as primeiras necessitam de um posterior processo de execução, as segundas dispensam esta *etapa*. Este tipo de ação executiva *tatu sensu*, como observa OVIDIO BAPTISTA, tem merecido críticas severas porque fere a estrutura do CPC:

“A fratura do fenômeno jurisdicional dar-se pela drástica e radical separação entre conhecer e executar, como atividades formadoras de processos autônomos. Todas as demandas que contenham porventura misturadas essas duas atividades, são imediatamente proscritivas, como velharias anacrônicas, inconciliáveis com a modernidade” (RT 692:41).

À medida em que o rigor científico das três fases absolutamente distintas, discrepando com os vários exemplos das sentenças executivas *latu sensu* não podem ser vistas como um importante instrumento de favorecer a prestação jurisdicional à medida em que tal esquema se harmoniza com os princípios mais importantes do direito processual civil (instrumentalidade, celeridade, economia processual, etc.). Enfim, aqui se aplica a mesma concepção que foi demonstrada quando tratamos das ações de natureza dúplice.

VII - CONCLUSÃO

É de se concluir, depois de focar as principais características dos procedimentos especiais que, no Livro IV do CPC não pode ser considerado um entulho, resquício da teoria imanentista da ação. Ao invés dessa concepção o que se pode considerar é que algumas características destacadas devem ser estendidas às ações as ações regidas pelo processo de conhecimento. As sentenças executivas *latu sensu*, a natureza dúplice são dois exemplos inequívocos de especificidades dos procedimentos especiais que devem passar uma nova análise da ciência processual sob a ótica de exigências feitas ao judiciário, exigências de eficiência na prestação jurisdicional.

VIII - BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 5 ed. V. 1. São Paulo: RT, 1996.

ASSIS, Jacy de. Procedimentos Especiais; Visão global. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. V. 10. N.1 e 2, 1981 .

BARBI, Celso Agrícola. Ação declaratória principal e incidente. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____, Execução Civil. 5 ed. São Paulo, 1997. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 7 ed. V. III. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEITÃO, José Ribeiro. Aspectos da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. Revista de Doutrina e Jurisprudência. V. 17. Abr. 1985.

MARCATO, Carlos Antônio. Procedimentos Especiais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. T. XIII. Rio de Janeiro, 1977.

SILVA, Ovídio Baptista. Ação de Imissão de Posse. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. RT 692:40-47. São Paulo. Jun. 1993.

_____. Procedimentos Especiais. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1993

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

WATANABE, Kazuo. Ação Dúplice. Revista de Processo, 31 :138-143.

A NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR

Giorgia Mendes dos Santos

Acadêmica do 6º período noturno.

CAPÍTULO I: A SAÚDE NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Segundo o artigo 127 da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sendo a preservação da saúde dos indivíduos que compõem a sociedade indiscutivelmente um interesse social e individual indisponível, pois é um bem tão fundamental quanto a vida e a liberdade, dela os indivíduos não podendo dispor, merece toda a atenção do Estado, sentindo-se a necessidade da presença do Ministério Público, quando este interesse possa ser abalado.

A falência do sistema público de saúde gerou um sentimento de intranquilidade para grande parte da população brasileira de diversas classes sociais. Nesse cenário de incerteza quanto ao futuro da saúde pública, surgem várias empresas que se oferecem a prestar uma assistência médico-hospitalar aos seus usuários. Para pessoas que se sentem desprotegidas e sem forças para lutar contra um quadro tão difícil, tendo ao mesmo tempo a consciência de se tratar de bem de valor inestimável sobre o qual não pode dispor, aquilo que seria alternativa passa a ser obrigatoriedade, por insuficiência ou ausência de outras soluções, e as pessoas aderem, então, aos planos de saúde privados.

A relação jurídica entre usuários e os planos de saúde está assentada em um contrato de adesão em que as cláusulas estão previamente estabelecidas, só restando aos usuários acomodarem-se a elas. Porém, não podemos considerar essa uma simples relação de consumo, seja pela importância do objeto do ajuste, seja pelo número de pessoas envolvidas. Quando uma criança necessita de uma intervenção cirúrgica e não pode realizá-la, devido a situação financeira da empresa, ainda que seu plano de saúde cobrisse tal hipótese, estamos diante de uma situação jurídica singular que não pode ser tratada como uma mera relação de direito privado, pois o seu conteúdo é de interesse público, entendimento diverso banalizaria a saúde, afrontando diversos dispositivos da Constituição Federal a começar do seu artigo 1º, inciso III, que se refere a dignidade da pessoa humana. Tratar o ser humano com dignidade é, também, respeitar sua saúde. No *caput* do seu artigo 5º a constituição garante a inviolabilidade do direito à vida, sabe-se que a falta de tratamento médico pode pôr em risco ou mesmo provocar a morte da pessoa, portanto, não se respeitando a saúde dos indivíduos não se respeita a vida deles, sendo que em algumas situações o desrespeito pode violar o direito.

A Constituição no seu artigo 23, inciso II, profere: "*É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*". No artigo 24, inciso XII dispõe: "*Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: previdência social, proteção e defesa da saúde*". Segundo o artigo 196:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O art. 197 expressamente declara a obrigação do Estado em fiscalizar os serviços de saúde sejam eles exercidos por órgãos estatais ou por particulares:

"São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado".

Os dispositivos acima realçam ainda mais a importância do tema. Com relação ao artigo 196 é importante destacar que além de garantir o direito à saúde, e impor o dever do Estado de assegurá-lo, garante às pessoas o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Este último aspecto merece atenção para que o acesso universal e igualitário não seja interpretado apenas como o direito da população usufruir os serviços públicos. A norma deve ser interpretada como impeditiva de discriminações.

As empresas de seguro médico-hospitalar não podem em seus contratos, por exemplo, excluir que pessoas idosas ingressem nos seus quadros. A máxima utilizada nas atividades e funções públicas para evitar injustiças: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais cabe também para os profissionais e empresas que exploram atividades públicas. A desigualdade no tratamento de pessoas deve estar fundada em um juízo sobre a adequação e inadequação de meios e fins, ou seja, deve haver um motivo justo e razoável para o tratamento diferenciado. No exemplo citado, existiria uma justa razão para promover a exclusão, por exemplo, de pessoas idosas? As empresas de seguro-médico hospitalar, tendo natureza privada e visando ao lucro, poderiam justificar que pessoas idosas adoecem mais ou que os tratamentos são mais prolongados e caros, não compensando, portanto, a adesão dessas pessoas? Ainda que a legislação discipline de modo específico a hipótese acima aventada, a análise da questão pode suscitar respostas que abrangerão problemas futuros, merecendo, portanto, a devida atenção. Quando uma pessoa procura um plano de saúde é visando a prevenir-se contra uma possível eventualidade, qual seja, adoecer e ter que despende uma quantia que talvez esteja além de suas posses. A diluição antecipada desse valor hipotético com outros que tenham igual receio é o que torna possível a existência da atividade de seguro. Desse modo, toda pessoa que tenha igual objetivo, possa pagar e, é claro, estando de boa fé tem o direito de aderir a um plano de saúde, não importando a idade que tenha. Essas seriam condições gerais exigidas de modo igualitário a todos. Uma justa restrição seria com relação às pessoas que, descobrindo estarem com uma doença, pretendem aderir a um plano de saúde para não arcar com os custos elevados do tratamento, neste caso não estaria mais presente a natureza aleatória, característica dos seguros, visto que a certeza da doença é contrária à idéia do risco.

CAPÍTULO II: NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SEGURO

Segundo o art. 1.440 do Código Civil:

“A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto, segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes”.

Não se questiona que a saúde pode perfeitamente assemelhar-se aos bens do citado artigo e, portanto, ser objeto de um contrato de seguro. É inegável que os contratos que têm como objeto a cobertura de custos e serviços médico-hospitalares apresentam uma natureza jurídica própria dos contratos aleatórios. Reza o art. 1.432 do Código Civil: *“Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.* Veja-se como exemplo o Plano de Assistência Médica HAPVIDA, que expressamente declara no contrato:

“No presente contrato, na forma do disposto nos artigos 1092 e 1093 do Código Civil Brasileiro que atribui a este instrumento o caráter aleatório, também regulado pelos artigos 1118 e 1121 do mesmo Código o beneficiário titular assume o risco de não vir a usufruir da cobertura dos custos dos serviços ora acordados, ou de qualquer tipo de compensação, pela simples não ocorrência do evento médico, fato gerador da obrigação da contratada”.

Ora, ainda que os contratos não revelem expressamente tal natureza, ela manifesta-se de maneira veemente. Posto isso, A justiça tem em suas mãos normas que podem servir para evitar abusos cometidos por empresas que exploram essa atividade. Entre essa normas, o Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

A atividade de seguro é submetida a um forte controle do Estado, como demonstra o Decreto-lei n. 73 de 1966. Através deste decreto foi instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, o qual é integrado por órgãos que exercem importantes funções, como disciplinar a constituição, funcionamento e fiscalização das seguradoras, aplicar sanções legais, proceder à liquidação extrajudicial. A lei admite como seguradoras apenas as sociedade anônimas e cooperativas (as cooperativas só podem operar com seguros agrícolas, de saúde, ou de acidente de trabalho), exigindo a devida autorização pelo governo federal (com relação a essa autorização e as cooperativas o assunto será abordado a seguir face ao artigo 5º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988). Segundo o art. 26 do referido decreto-lei, a sociedade seguradora não pode falir nem impetrar concordata, deve possuir um capital mínimo (art. 32 do Decreto-lei n. 73/66 e Lei n. 5.627/70), a alteração de seu estatuto necessita de aprovação pelo governo federal (art. 77 do Decreto-lei n. 73/66), está sujeita a regime próprio de distribuição do resultado obtido com o desenvolvimento da atividade, devendo constituir reservas técnicas, fundos especiais e provisões. Segundo o art. 110 do Decreto-lei n.73/66:

"Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das Sociedades Seguradoras".

CAPÍTULO III: A PROTEÇÃO DO USUÁRIO (CONSUMIDOR)

Toda a rigidez que disciplina a atividade de seguros pode ser extremamente útil para a regulamentação dos planos de saúde. Os artigos do Decreto-lei acima mencionados poderiam ser aplicados, trazendo bons resultados, às empresas que desejassem ser prestadoras de serviço médico-hospitalar. O artigo 32, por exemplo, que exige um capital mínimo para a sociedade funcionar, contribuiria para afastar meros oportunistas, visando apenas o enriquecimento fácil em uma atividade que se apresenta cada vez mais tentadora, à medida que o sistema de saúde pública toma-se mais precário. Também a obrigação de constituir reservas, fundos e provisões, e a conseqüente punição do artigo 110 para a ação ou omissão que agrida essa exigência da lei, ajudaria a fazer uma melhor seleção das empresas privadas interessadas em prestar serviços de saúde à população exigindo uma maior responsabilidade de tais empresas. Um dos órgãos que integra o Sistema Nacional de Seguros privados é a Superintendência de Seguros Privados, uma autarquia que tem como objetivo a fiscalização das seguradoras, podendo inclusive promover à liquidação extrajudicial destas. Se as empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estiverem sob a forte disciplina da legislação acima mencionada, sem prejuízo de legislação específica que discipline a matéria dos planos de saúde, certamente os usuários, ou seja, aqueles que contratam com uma empresa deste tipo, ficariam mais protegidos. A situação financeira dessas empresas poderia ser controlada por uma fiscalização rotineira. A entrada de novos usuários, por exemplo, poderia ficar subordinada a um aumento das reservas da empresa, para não acontecer da empresa "inchar", sem uma infra-estrutura que garanta o pronto atendimento dos usuários. O acréscimo de uma nova modalidade de cobertura pelo plano, visando atrair outras pessoas, ficaria também sujeito a uma avaliação por parte do órgão fiscalizador, para verificar a possibilidade da empresa abranger tal modalidade.

Os planos de saúde privados além de apresentarem as características de um contrato aleatório, também se enquadram no modelo de contrato de adesão (como também o contrato de seguro). Segundo o art. 54 do Código de defesa do consumidor (Lei n. 8.078/90), Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

A Constituição Federal no seu art.5º, inciso XXXII, assegura que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". O Código de Defesa do Consumidor atribui como um direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, inciso X). A Lei n. 1.521 de 26 de dezembro de 1951 declara em seu art. 1º que: "Serão punidos, na forma dessa lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento". O art. 2º tipifica as condutas consideradas crimes contra a economia popular e entre elas está

recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência (art. 2º, inciso I, primeira parte). A definição de subsistência contida no dicionário é conjunto do que é preciso para sustentar a vida. Portanto, as empresas que exploram os serviços de saúde, sendo eles de natureza essencial a vida, estão sob a incidência do art. 2º da Lei n. 1.521/51, caso neguem assistência a uma determinada pessoa dentre os seus usuários, já que tais serviços são prestados mediante contrato prévio, a princípio somente o não atendimento de usuário sem motivo justificado configuraria crime. Sendo assim, a empresa estaria obrigada a prestar o serviço ao usuário sem delongas, sob pena de responder criminalmente. Porém, se a empresa tivesse certeza quanto ao seu direito, ou seja, que não havia razão contratual ou legal que a obrigasse a prestação do serviço, ingressaria na justiça para reaver as despesas, supostamente injustas, que houvesse despendido. Teria portanto sempre o direito de regresso contra o usuário, não sendo afastada a garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso XXXV, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

CAPÍTULO IV: AS COOPERATIVAS E A ATIVIDADE SEGURADORA

A Lei nº. 5.764 de 16 de dezembro de 1971 instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, definindo-as no seu artigo 4º como sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados. O artigo 3º diz que celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro e segundo o artigo 5º as cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. Embora sejam sociedades civis, as cooperativas só adquirem personalidade jurídica, tomando-se apta a funcionar depois de arquivados os documentos referentes a sua constituição na Junta Comercial e feita a respectiva publicação, conforme o art. 6º da Lei. A lei menciona o exercício de uma atividade econômica sem objetivo de lucro, não excluindo, portanto, a possibilidade da existência deste, vedado é o lucro ser o objetivo da sociedade. Porém, difícil será dizer quando, ainda que lucrativa a sociedade, não há o objetivo de lucro, podendo obedecidas as demais exigências legais assumir a forma de cooperativa. São muitas as que exercem atividades eminentemente comerciais, mas como cooperativas que são estão excluídas do regime jurídico-comercial. Para aqueles que se utilizam dos serviços médico hospitalares fornecidos por cooperativas de saúde os prejuízos podem ser muitos. Conforme foi dito acima, a lei admite como seguradoras apenas as sociedade anônimas e cooperativas, sendo que estas últimas só podem, como seguradoras, operar com seguros agrícolas, de acidente de trabalho ou de saúde. Duas observações são importantes, a Lei dos Seguros (decreto-lei nº. 73/66) determinou à Superintendência de Seguros Privados, que é uma autarquia, a função de fiscalizar as seguradoras (art. 36) e estabeleceu a necessidade de autorização pelo governo federal para a exploração da atividade de seguro (art. 113). Sem dúvida que essas são determinações importantes da legislação, em virtude das peculiaridades que envolvem a atividade securitária. O problema surge quando as cooperativas vão desenvolver essa atividade, pois, apesar da Lei nº. 5.764/71 em seu artigo 17 prevê a necessidade de autorização para o funcionamento das cooperativas e o capítulo XIII, artigos 92 a 94, da referida lei dispõe sobre a fiscalização e controle das sociedades cooperativas, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XVIII determina que: "*a criação de associações e, na forma*

da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento".

O Projeto de Lei nº. 4.425-A de 1994 do Senado Federal que trata de regulamentação dos planos de saúde privados, tem apensados outros projetos como o Projeto de Lei nº. 3.586, de 1997. Este no seu artigo 1º dispõe sobre as sociedades seguradoras, as empresas de medicina de grupo, as cooperativas de serviços médicos, entre outras, e no art. 3º diz que essas (as operadoras referidas no art. 1º) serão autorizadas a funcionar, ou seja, é evidente para quem vai falar sobre regulamentação dos planos de saúde a necessidade de autorização dessas empresas para funcionar. O Projeto de Lei nº. 3.617, de 1997 (do Poder Executivo), dispondendo sobre o mesmo tema e pensando este ao Projeto de Lei nº. 4.425, de 1994 declara em seu art. 3º:

"Sem prejuízo das atribuições previstas na legislação vigente e observadas, no que couber, as disposições expressas na Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP - regulamentar as atividades das entidades operadoras de planos privados de assistência à saúde e, em particular, dispor sobre: I - a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das entidades operadoras de planos privados de assistência à saúde."

Diante de todos os problemas que vêm surgindo com o crescimento de cooperativas que oferecem planos de saúde à comunidade, faz-se urgente uma emenda ao texto constitucional, estabelecendo a necessidade de autorização, bem como permitindo o controle das cooperativas, quando exerçam esse tipo de atividade. A medida tem que ser tomada para se preservar o interesse público. Com relação a segunda parte do dispositivo constitucional, acima transcrito, embora esteja vedada a interferência do estado no funcionamento das cooperativas, isso não implica que esteja proibida a fiscalização das mesmas. Se assim fosse estaria aberta uma porta para o desrespeito as normas do direito e estaria assegurada a impunidade. Além disso, tal norma estaria afrontando outros dispositivos constitucionais, como o art. 5º, inciso XXXII, que declara "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Estando presente uma relação de consumo, como esta envolvendo empresas de seguro médico-hospitalar, é obrigação do Estado fiscalizar. As normas do Decreto-Lei nº. 73 são aplicáveis às cooperativas, quando estas desenvolvem atividade seguradora, naquilo que dispõe sobre a fiscalização. O art. 36 do referido Decreto estabelece que "compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras". Analisando conjuntamente o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição e o art. 36 do Decreto-Lei nº. 70/66, conclui-se que pode o órgão da SUSEP fiscalizar a constituição, organização e operações das sociedades cooperativas, quando atuem como seguradoras. Não pode a SUSEP fiscalizar o seu funcionamento, ou seja, não poderá fiscalizar se prestam os serviços médico-hospitalares apenas através de convênios com hospitais, ou se atendem também em estabelecimento próprio, porém, poderá fiscalizar se as suas operações estão corretas ou se os usuários estão sendo atendidos, conforme o que foi acordado pelas partes ou estabelecido em lei.

CAPÍTULO V: O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - estabelece no seu artigo 41:

“Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, além de outras previstas na Lei Orgânica:

VI - ingressar e transitar livremente:

c) em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio”.

O art. 8º da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, estabelece no seu parágrafo 1º que:

“O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

A Constituição Federal declara no art. 129:

“São funções institucionais do Ministério Público:

I - Promover, privativamente a ação penal pública, na forma da lei

II - Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, art. 81, II, interesses ou direitos coletivos são, para os efeitos do Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Hugo Nigro Mazzilli (1997, p.5), falando sobre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos dá um exemplo que pode servir de ilustração para o tema aqui tratado, já que a situação pode amoldar-se ao que acontece com usuários de planos de saúde:

“Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecido a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha duas e não uma cota: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é

divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais, sendo os prejuízos individualizáveis (interesses individuais homogêneos)."

O Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I) diz que para os fins do art. 81, parágrafo único, é o Ministério Público legitimado. A Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados, dentre outros, ao consumidor e no seu art. 5º diz que a ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, estabelecendo no parágrafo 1º, do mesmo artigo, que o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. O art. 21 dessa Lei diz que aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título" da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Acertada jurisprudência, dispondo sobre outro assunto tão relevante quanto a saúde e que também envolve interesses coletivos determina a legitimidade do Ministério Público:

"LEGITIMIDADE"AD CAUSAM"- Ministério Público - Ação civil pública - Propositura no intuito de defender interesses de estudantes de uma mesma escola para impedir o aumento de mensalidades escolares - Interesse coletivo caracterizado afastada a preliminar de ilegitimidade - Inteligência dos art. 81, parágrafo único,II e 82, I, do CDC; 129, III, 170, V, e, 209 da CF".

Ementa Oficial: O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando à fixação de anuidade escolar.Recurso conhecido e provido. Resp. 38.176-2-MG-4º t - 13.02.95 - Rel. Min. Ruy Rosado - DJU 18.09.95.

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ACIDENTARIA EDIFICAÇÃO QUE ESTA PONDO EM RISCO A SEGURANÇA E A SAÚDE DOS OBREIROS - INTERESSE DIFUSO E COLETIVO EM JOGO - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Interesse difuso e coletivo. Recurso: apelação cível nº. 228.479-1. Relator: Testa Marchi. 30 de novembro de 1995.

EMENTA: Processual civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda de imóveis. Juros Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos.

Ministério Público. Legitimidade, doutrina jurisprudência recurso provido.

I - o Ministério Público e parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando:

a) a indenização pelos consumidores que já firmaram nos contratos futuros a referida cláusula.

II - como já assinalado anteriormente (resp 34. 155-mg), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios

constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoa indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - direitos individuais homogêneos são aqueles que tem a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. (grifos acrescentados)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação coletiva. Recurso especial Proc: Resp Num: 01 05215 . Relator: ministro Salvo de Figueiredo Teixeira. :24 de junho de 1997. Diário de Justiça 24 de junho de 1997.)

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição. Revista de direito do consumidor, São Paulo, v. 10, p. 61-76, abr./jun., 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 8^o ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou serviço. Revista de direito do consumidor, São Paulo, v. 10, p. 126-143, abr./jun., 1994.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à lei orgânica nacional do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, p. 183-195 abr./jun., 1994.

GOMES, Orlando. Contratos. 17^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A defesa dos interesses difusos em juízo. 9^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: A facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. Revista de direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, p. 48-60, abr./jun., 1994.

RODRIGUES, SÍLVIO. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 24^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

ABORTO: JÁ É *SER* AQUELE QUE *SERÁ*

José Soares de Lima Neto

Acadêmico do 5º período.

I -A ÉTICA

Os penalistas sabem opinar que o aborto é o ato de cessar a gravidez a termo que disso resulte a destruição do conceito. Lobrigo aí, nesse conceito que tem o rigor da ciência, a falta de humanidade do coração. O raciocínio frigorífero se isola no seu aconchego hermético e rechaça o calor da natureza humana. Os doutos sucumbiram às facilidades da técnica; esqueceu-lhes a lição do humanismo e das verdades íntimas que nos martelam a consciência. O escrúpulo já os não corrói, pois à matemática da lógica não resta dúvida. Sob os cânones da doutrina jurídica, tudo encaixa, tudo se ordena: o crime tem conceito, espécies, sujeitos e objeto, mas não tem a atenção do homem ao elemento vivo da infração. Assim é que, no que toca ao aborto, repúdio que o conceituem como "interrupção da gravidez". O aborto, antes de ser uma mudança no estado da mulher, é uma violência à vida de um ser humano. Por outro lado, não há que se falar em "destruição" do conceito. Destruir, destroem-se casas, pontes, florestas, cidades ... ser humano se mata. Somente usando o termo "morte" é que se entra à essência do aborto, afinal este é um crime contra a vida e a pessoa¹.

Aborto, do latim *ab + ortus*, significa "privação do nascimento". Agrada-me sobremodo essa etimologia, principalmente por efeito da palavra "privação". "Privar" alguém de alguma coisa é sempre um ato que traz a idéia de tirania. De fato, imagina-se um usurpador que, com força ou fraudulências, tira algo a alguém inocente ou desatento. Mas a expressão "privar da vida" revela melhor a grave injustiça com a pessoa que, sem mais nem mais, perde o seu bem maior porque assim decidiu uma vontade qualquer. Em verdade, homicídio e totalitarismo não divergem; longe disso, marcham a par, de modo que o primeiro é uma prática e o segundo, a filosofia. O totalitarismo surge quando o Estado tudo sombreia, pois arrogou a si todos os poderes e não lhes assinalou limites. "*Mas isto é precisamente o contrário daquilo que, historicamente, quis afirmar o Estado de direito, como comunidade onde as 'razões da força' são substituídas pela 'força da razão'*"². Assim também ocorre na esfera individual. O sujeito, imbuído de tendências totalitárias, aproveita da força para calcar seja quem for. Ele se ergue, um monstro onipotente, inclina-se e cai sobre os inimigos como uma onda a engoli-los, indo a ponto de matá-los, tal o poder que se atribui.

A gestante, especialmente, propende para o totalitarismo, o que resulta da sua própria condição física. Realmente, porque o seu corpo abriga o feto dentro de si, a mãe se leva do sentimento de domínio sobre o filho. Ela se sente o todo, o total, e por isso se tem por legitimada para dispor de suas partes a bel-prazer. Desse ponto de vista, dessa sensação de posse das entranhas, é que verte o argumento feminista para a justificação do

¹ Ver Código Penal, Parte Especial, Título I, Capítulo I.

² *Evangelium Vitae*, n. 19.

aborto. De feito, segundo esse argumento, toca à mulher decidir sobre o seu próprio corpo, e não ao Estado. Deste modo, um feticídio, conduta abortiva que mais horror causa à inteligência mediana, comparar-se-ia a trivialidades como um simples corte de cabelo ou a pintura das unhas, afinal essas providências estéticas resultam igualmente da liberdade na definição do corpo e da aparência. Na verdade, o argumento feminista não resiste a uma ofensiva mais aguda e apurada, pois não discute o caráter humano do conceito, concentrando-se tão-só na perspectiva egoística e caprichosa da alma feminil. Se ao nascituro se reconhece dignidade humana, o argumento desaba, pois o direito à vida não discrimina entre homem e mulher, criança e idoso, bonito e feio; ao contrário, desconhece racismos e outras distinções arbitrárias, e se estende a todos, incondicional, nascidos ou não.

O aborto é um holocausto que se civilizou. E se civilizou porque não há sobreviventes que nos relatem a sordície do sacrifício. Não há desesperados que nos intercedam por refúgio contra a morte iminente. Na prática horrível do aborto não se ouvem gritos, soluços, um pio; não se vê a expressão aflita da vítima. O adulto, indiferente, não percebe a crueldade que comete; não há infundir-lhe sentimentos humanitários. A compaixão, um dos últimos embaraços ao homicídio, raramente surge quando se trata de aborto. E isso facilmente se justifica, afinal o verdugo fica imune às demonstrações de vida do feto, e são precisamente os laivos de vida que insinuam os sentimentos mais temos. Porque a hediondez do aborto não salta aos olhos, porque a mutilação do feto nos não impressiona os sentidos, as sociedades se acostumaram a esse crime abominoso, e hoje esse mal se finca no espaço obscuro das aceitações irrefletidas.

O aborto é um ato totalitário que não difere essencialmente do assassinio de um adulto. A vida é um fio esticado que mede algumas dezenas de anos, e qualquer que seja o ponto onde o cortemos, ele vai abaixo. Assim, o aborto é uma discriminação etária. Repugna tanto quanto o massacre que Herodes ordenou para matar Jesus³. Aquele tirano mandou chacinar, em Belém e cercanias, todos os meninos menores de dois anos. Se tivesse em mira os maiores de trinta, passaria igualmente por tirano. E se tivesse pretendido de massacrar todos os nascituros no tempo em que Maria estava grávida, possivelmente teria matado o filho de Deus! O aborto deprecia a vida, quando se deve fomentá-la. E induz insegurança, pois ameaça futuros promissores. A morte alheia nos intimida; incutenos a sensação de que não chegaremos ao cabo do nosso projeto de vida. Quando morre um jovem ativo e vencedor, choramos muito, porque imaginamos "a vida inteira que podia ter sido e que não foi"⁴; meditamos no futuro que não sobreveio. Se morre um pobre miserável, pranteamos menos, porque recordamos a vida inteira que não foi e que não podia ter sido; pensamos no passado que se perdeu. De qualquer forma, a morte é sempre uma injustiça ao passado que se não respeitou e ao futuro que se não valorizou. E se ao nascituro quase só resta o futuro, o aborto revela-se uma das maiores violências à esperança humana.

O aborto também toma forma de discriminação espacial. Deveras, o espaço em que o feto fica no decurso da gestação serve de pretexto a alguns argumentos simpáticos ao aborto. Este se justificaria pelo mero acaso de o feto estar no corpo da mulher, de quem não se poderia exigir que conservasse o próprio filho. O parto seria a divisória entre a vida e a morte, e só quando a luz ferisse o bebê, este teria todos os direitos

³ Mat 2,13-18.

⁴ Verso da poesia *Pneumotórax*, que consta no livro *Libertinagem*, de Manuel Bandeira.

fundamentais. Todavia,

"... O feto/bebê é a mesma entidade tanto dentro quanto fora do útero, que tem as mesmas características humanas (possamos vê-las ou não), o mesmo grau de consciência e a mesma capacidade de sentir dor. (...) A localização de um ser - dentro ou fora do útero - não deveria configurar tanta diferença quanto ao erro que consiste em matá-lo"⁵.

A grande injustiça com o feto, ou seja, com o produto da concepção, é não atender às tiranias da "facticidade", no sentido que Heidegger confere a este termo. O filósofo alemão tomou essa palavra para designar o fenômeno fundamental da sorte humana: o fato de estarmos abandonados à vida, em circunstâncias geográficas, históricas, sociais e biológicas que não escolhemos. O feto, principalmente, é uma vítima da casualidade humana e do azar biológico. Tem de esperar, impotente para a independência física, o dia em que sairá à luz e passará do corpo alheio para o mundo, essa terra de ninguém. O certo é que o lugar onde se vive não é critério apropriado para mediar entre a vida e a morte. Aliás, vem à baila trazer à memória o massacre que Herodes promoveu. Aquele déspota, quando ordenou a chacina dos inocentes, delimitou-a não só segundo a idade, mas também quanto à localidade, de sorte que, se Maria não tivesse fugido de Belém, Jesus poderia ter sido assassinado ainda menino. Deste modo, não subsiste a idéia do nascimento como divisor de águas, pois ele é uma simples troca de ambientes. Da mesma forma, não seria plausível resolver de matar pessoas só porque vivem num certo bairro.

O feto é hóspede da mulher, e dela depende, pois precisa do amparo nutricional da mucosa uterina.

"No interior da sua cápsula vital, que é a bolsa amniótica, o novo indivíduo é tão viável quanto um astronauta dentro do seu escafandro sobre a Lua: o abastecimento de fluidos vitais deve ser fornecido pelo organismo da mãe. Esta alimentação é indispensável à sobrevivência, mas ela não 'faz' a criança; da mesma forma nem a nave espacial mais aperfeiçoada pode produzir um astronauta. Esta comparação ainda é mais significativa quando o feto se mexe. Graças a uma aparelhagem ultra-sônica muito requintada, o professor Ian Donald, da Inglaterra, conseguiu produzir no ano passado [1980] um filme que mostra a mais jovem 'estrela' do mundo, ou seja, um bebê de onze semanas a dançar no útero materno. O bebê, pode-se dizer, brinca no trampolim! Dobra os joelhos, apóia-se sobre a parede, levanta-se e recai. Visto que o seu corpo tem a densidade do fluido amniótico, ele não sente a gravidade e dança muito lentamente, com uma graça e uma elegância totalmente impossíveis em algum outro lugar da terra. Somente os astronautas, em suas condições de não-gravidade, conseguem tal suavidade de movimentos. A propósito notamos que, quando se tratava da primeira caminhada no espaço, os técnicos tiveram que escolher o lugar onde desembocariam os tubos portadores dos fluidos vitais. Escolheram então finalmente a fivela do cinturão do escafandro,

⁵ SINGER, p. 149.

reinventando assim o cordão umbilical”⁶.

A barriga da gestante serve de abrigo para o conceito, mas isso não dá à mãe poderes absolutos sobre o filho. O nascituro não é propriedade da mulher, assim como o inquilino não pertence à casa e o astronauta não pertence ao escafandro. Na fertilização *in vitro*, ainda que a proveta contenha o embrião, este não pertence àquela. O feto não é objeto de que se possa dispor, mas sujeito de direito, sem senhor. “A teoria dos direitos humanos funda-se precisamente na consideração do fato de o homem, ao contrário dos animais e das coisas, não poder estar sujeito ao domínio de ninguém”⁷.

Por outro lado, a dependência do feto para com a mãe não é razão para autorizar o aborto. Longe disso, subjacente à idéia de dependência, está o peso da responsabilidade. A mulher, a quem se incumbiu carregar o nascituro, deve corresponder à confiança da natureza, e acolhê-lo com carinho e solicitude. A dependência é aspecto débil para valer de guilhotina. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema só não permite o aborto quando o feto é capaz de sobreviver fora do útero, ou seja, quando já não é dependente da mãe. Todavia, esse entendimento não se sustenta.

“Se vier a nascer numa região isolada onde não exista nenhuma outra mulher que possa amamentá-lo, nem recursos para que possa ser alimentado com mamadeira, um recém-nascido é uma criatura totalmente dependente de sua mãe. Uma velha pode ser totalmente dependente do filho que toma conta dela, e um caminhante que quebra a perna a cinco dias de caminhada da estrada mais próxima pode morrer se o seu companheiro não vier salvá-lo. Não pensamos que, nessas situações, a mãe possa tirar a vida do seu bebê, o filho a de sua velha mãe, ou o caminhante a do seu companheiro ferido. Portanto, não é plausível sugerir que a dependência que o feto inviável tem de sua mãe dá a ela o direito de matá-lo”⁸.

Aqui vem novamente a propósito uma expressão de Heidegger. O sábio de Messkirch ensinava que o homem, no seu transcender-se, nunca está só, e por isso lhe chamava "ser-com". Essa noção ajusta perfeitamente à gravidez. Se a gestante é ser-com porque tem em si outro ser e porque este lhe inspira sentimentos maternos, fazendo-a transcender-se, o feto é ser-com ainda mais, pois se desenvolve física e psicologicamente à sombra de outra pessoa.

“Os direitos do homem não dependem nem dos indivíduos, nem dos pais, e também não representam uma concessão da sociedade e do Estado: pertencem à natureza humana. (...) Quando o Estado não coloca sua força a serviço dos direitos de todos os cidadãos, particularmente dos mais

⁶ LEJEUNE, p. 87. Trecho do relatório do Prof. Jérôme Lejeune apresentado ao Senado norte-americano sobre o momento em que o conceito pode ser considerado autêntico indivíduo humano. O Prof. Lejeune, geneticista francês, Doutor em Medicina e Doutor em Ciências, um dos maiores cientistas deste século, foi o descobridor da causa da Síndrome de Down, e é veementemente contra o aborto.

⁷ *Evangelium Vitae*, n. 19.

⁸ SINGER, p. 150.

fracos, os próprios fundamentos de um estado de direito estão ameaçados...”⁹.

II - O DIREITO

Dizer que aborto é crime não passa de um "juízo analítico", expressão que empresto de Immanuel Kant¹⁰. Consoante distinção elaborada pelo filósofo de Königsberg, juízo analítico é aquele em que o predicado já está implícito no sujeito, e juízo sintético é o em que o predicado, estranho ao sujeito, acrescenta-se-lhe. No juízo "os corpos são extensos", analítico, ao conceito de corporalidade associamos logo a idéia de extensão; o predicado não é senão redundância elucidativa, daí por que Kant também chamava a esse juízo de "juízo de elucidação". Já na asserção "os corpos são pesados", juízo sintético ou "de ampliação", o predicado se une ao sujeito para formar um conhecimento novo. Respeito ao aborto, portanto, não convém doravante focar-lhe a essência, que é crime, como vemos da seção anterior. Importa-nos, aqui, discutir as exceções ao juízo analítico supra, afinal são elas que nos desafiam o espírito nesse tempo em que se ensaia solidá-las¹¹.

Antes de mais nada, é mister reiterar que o aborto é tema que cuida da relação ímpar entre dois seres humanos igualmente dignos do direito à vida. E este é o mais deífico dos direitos, pois todos os outros dele emanam e a ele se subordinam, ainda quando ostentem grande robustez. O direito à vida é o gostinho de estar no mundo ainda que não queiram. A sua inviolabilidade está garantida duas vezes na Constituição Federal: no *caput* do art. 5.º e no art. 60, parágrafo 4.º, inciso IV. Por este último não se permite emenda sequer tendente a abolir os direitos e garantias individuais, e o texto não determina que estes só sejam assegurados a partir do nascimento. Ora, se a Lei Maior, à qual todas as outras vergam, guarda o direito à vida a todos, "*sem distinção de qualquer natureza*", não cumpre à legislação infraconstitucional preceituar contrariamente, discriminando entre nascidos e não nascidos.

O Código Penal, no art. 128, arrola duas hipóteses em que o aborto não é punido: o aborto necessário ou terapêutico (inciso I) e o aborto sentimental ou humanitário (inciso II). Convém notar, porém, que esse artigo não está redigido a contento, pois aos casos dos incisos o que lhes falta é ilicitude, e não punibilidade. Onde está escrito "não se pune", mais exato seria dizer "não há crime". Com efeito, a punibilidade não é senão a consequência jurídica da prática do delito, mas este não se inteira se carece de ilicitude. A ilicitude ou antijuridicidade é o segundo requisito do crime, e consiste na incompatibilidade entre a conduta e o ordenamento jurídico. O primeiro requisito, a tipicidade, constitui, em razão do princípio da reserva legal, a exigência básica para a

⁹ Congregação da Doutrina da Fé, instr. *Donum Vitae*, 3, de 22 de fevereiro de 1987. Apud CATECISMO, n. 2273.

¹⁰ KANT, p. 58 et seq.

¹¹ Aludo aos Projetos de lei sobre o aborto, dentre os quais o Projeto nº 20/91, que dispõe acerca da "obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde".

configuração do delito. O fato típico é aquele descrito pela lei penal, mas que nenhuma importância tem se lhe faltar ilicitude, como é o caso do aborto "legal" (art. 128, CP).

O primeiro caso em que o Código Penal tira ao aborto a antijuridicidade se dá quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; trata-se do aborto necessário. Nessa hipótese, segundo a lição da doutrina, a mulher pratica o fato em estado de necessidade, esteada, pois, numa das causas de exclusão de ilicitude (art. 23 do CP). À letra, "considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se" (art. 24, CP). O aborto terapêutico enquadra-se perfeitamente nesse dispositivo. A gestante periga por efeito de uma eventualidade para a qual não concorreu e que lhe arrisca o bem jurídico mais elevado. Além de que, escapa à mulher outro modo de preservar a própria vida, e não é razoável impor-lhe que se sacrifique a outra pessoa, ainda que esta lhe seja filho.

A ponto, é bom atentar na contigüidade entre os conceitos de legítima defesa (art. 25 do CP) e de estado de necessidade, embora o primeiro não se preste ao aborto legal, já que pede agressão injusta, e o feto não vale a isso. Esses conceitos, no entanto, pelo menos num aspecto se equívalem: é que em ambos os casos o agente pratica o fato para defender direito seu ou de outrem, usando para isso de meios proporcionados. Numa situação em que se joga a vida, por exemplo, o agente acobertado por causas justificativas (excludentes de ilicitude) não visa diretamente à morte do agressor, mas à própria vida. "A ação de defender-se pode acarretar um duplo efeito: um é a conservação da própria vida, o outro é a morte do agressor... Só se quer o primeiro; o outro, não"¹².

Do mesmo modo o aborto necessário. À mulher também é dado defender a sua vida; o Direito lho permite. "Não se deve constranger a natureza humana e Codificar um princípio de vileza ou de mera resignação, que nenhuma moral humana ou cristã pode apoiar"¹³. O homem inclina à perpetuação de si mesmo, e negar-lha é pregar o suicídio. Aliás, Freud já observava que:

"É, sem dúvida, impossível imaginar a nossa própria morte; e toda vez que tentamos fazê-lo, podemos constatar que atuamos, na verdade, como espectadores presentes. Por conseguinte, ninguém acredita na própria morte ou, para dizer a mesma coisa em outras palavras, no inconsciente todos nós estamos convencidos de nossa própria imortalidade.

*Quando a coisa se passa com a morte de outra pessoa, nosso hábito cinge-se a dar ênfase à motivação fortuita da morte acidente, doença, infecção, idade avançada; desta forma, traímos o esforço para reduzir a morte do plano da necessidade para o de um mero acaso."*¹⁴.

Da mulher não se pode exigir que se deixe morrer; a ninguém se deve tirar a vontade de viver. O amor de si mesmo é princípio fundamental da moralidade. É sentimento que não se cala, mas que rouqueja, que tuge e suspira até o último momento. A

¹² Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, li-li, 64, 7. *Apud* CATECISMO, n. 2263.

¹³ JESUS, p. 380. ,, FREUD, p. 87.

¹⁴ FREUD, P. 87.

mulher pode, sim, praticar o aborto quando for de necessidade. E muita vez não só pode como deve praticá-lo, quando dela dependem a vida de outros e o bem da família. Felizmente, as situações patológicas que levam ao aborto terapêutica rareiam cada vez mais, a termo que hoje alguns já estão que não existem mais riscos à vida da gestante, hajam vista os recursos de que dispõe a Medicina atualmente. A propósito, Almeida Jr., referindo lição de Raul Briquet, escreve que "o aborto terapêutico provém ou da deficiência de conhecimentos médicos, ou da inobservância dos princípios da assistência pré-natal"¹⁵. Ao Brasil não faltam hospitais com tecnologia avançada aptos a tratar os casos gravídeos. Resta às autoridades possibilitar o atendimento eficiente às gestantes pobres e às que residem em lugares longínquos.

O segundo caso em que o Código Penal tira ao aborto a antijuridicidade ocorre quando a gravidez resulta de estupro; trata-se do aborto sentimental. Sobre essa hipótese há duas opiniões principais: alguns são de parecer que é estado de necessidade; outros, que é causa justificativa em virtude da não-exigibilidade de outra conduta. Este segundo ponto de vista se funda na teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa extralegal de exclusão da antijuridicidade¹⁶. Conforme essa teoria, se é verdade que as normas penais incriminadoras se regem pelo princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina - art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º, CP), as não incriminadoras não se submetem àquele princípio restritivo. Assim, do mesmo modo que se pode afastar a ilicitude com base em elementos extralegais (costumes, por exemplo), é possível excluir-se algum de seus requisitos - dentre os quais o da exigibilidade de conduta diversa - faltar ao crime, ainda que a causa justificativa não esteja prevista na lei penal. À estuprada não seria compassivo exigir-lhe que carregue e crie o "fruto da violência" e "testemunho da desonra"¹⁷ a mulher, não seria humanitário vexá-la constringendo-a a acolher o oxigênio do seu rancor.

"Mas, por mais respeitáveis que sejam esses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a idéia do Direito e a decidida proteção que ele concede à vida do homem e aos interesses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano."¹⁸

Desta sorte, repudio o aborto humanitário ou sentimental. O sublime direito à vida, não se pode sujeitá-lo às razões pessoais da mulher, ou todo homicídio seria lícito, pois os assassinos também têm lá suas razões... Só se confronta um direito à vida com outro direito à vida. Por isso o aborto sentimental não ajusta ao estado de necessidade, nem a qualquer outra causa de exclusão da ilicitude, pois não se pode usar de meios desproporcionados para combater as situações de perigo (ver art. 23, parágrafo único, do CP). Assim, o aborto sentimental sucumbe ao princípio da proporcionalidade, já que o

¹⁵ *Apud* MIRABETE, p. 82.

¹⁶ Ver, a respeito, JESUS, p. 359.

¹⁷ Expressões de BRUNO, p. 174

¹⁸ BRUNO, loc. cit.

estado de aflição da estuprada não se compara à vida de um ser inocente. Deve-se reconhecer à mulher o direito à própria vida, e não à morte do filho. "Na consciência coletiva", porém, esses atentados à vida nascente hoje "tendem a perder o caráter de crimes para assumir, paradoxalmente, o caráter de direitos, a ponto de se pretender um verdadeiro e próprio reconhecimento legal da parte do Estado e a conseqüente execução gratuita por intermédio dos profissionais da saúde"¹⁹.

III - A PSICOLOGIA

Mas por que a (in)consciência coletiva gravita para a tolerância com o aborto? Por que o confeitado e o abrandado, se reage ao assassinio de qualquer outro ser humano? Por que as pessoas abacinam um crime tão abjeto, que luz, e grita, e esperneia? Como não as perturba uma covardice que salta à vista? Porventura lhes falta o sentido da visão? Por certo que não! Sobre-lhes acuidade visual; acontece que o feto, que é quem poderia atordoá-las, elas o não percebem. No crime do aborto, a vítima é invisível, é inaudível, é impalpável; não nos impressiona, a menos que já esteja encorpada bastante para indiciar vida. Os sentidos nos não ajudam a conhecer a crueldade do aborto. E o homem "*necessita da sanção dos sentidos para admitir a evidência*"²⁰. Daí a incredulidade de Tomé na ressurreição de Jesus: "*Se não vir nas suas mãos as feridas dos pregos, se não puser nelas meu dedo e não colocar minha mão no seu lado, não acreditarei.*"²¹

Somos corpo e espírito que se beijam. E os seus lábios se grudaram: suas bocas são unidas; suas línguas, enlaçadas. As excitações ao corpo, o espírito as absorve. As emoções do espírito, o corpo as revela. Talvez por isso ao espírito também chamam "coração", pois este bate forte quando aquele se emociona. A verdade é que o homem não dispensa a expressão do corpo. É mais fácil supor o medo a quem está pálido. O enlevo é mais verossímil quando causa arrepios. E até a saciedade mais se realça com o arrotado. Por isso que Alfredo, para demonstrar o seu amor a Violetta, *La Traviata*, apela para o sensível:

*"Vê como tremo e verás como te amo"*²².

Mas o corpo não é só receptor dos impulsos da alma. Se é certo que ele exprime as sinceridades do espírito, não deixa também de revelar-lhe algumas verdades. Assim é que a beleza da música faz vibrar os tímpanos e evoca a perfeição de Deus, como sentiu Agostinho: "*Quantas lágrimas verti, de profunda comoção, ao mavioso ressoar de*

¹⁹ *Evangelium Vitae*, n. 11.

²⁰ PORTO, p. 24

²¹ Jo 20,25.

²² "*Da questo palpito, s'io fami imparà.*" Da Ópera *La Traviata* (Acto IV), com Música de Giuseppe Verdi e Libreto de Francesco Maria Piave. Trad. Helena Azeredo. Barcelona: Orbis, 1996.

teus hinos e cânticos em tua igreja! Aquelas vozes penetravam nos meus ouvidos e destilavam a verdade em meu coração²³.”

A matéria é bússola do homem. Ele precisa de referências; a escuridão o apavora. Se não vê a Deus, resume-O a uma hóstia, a uma cruz, ou à chama de um olhar; no vácuo não há para onde ajoelhar. Desnortado, o homem represa os sentimentos, pois não há para onde escoá-los. Daí a importância do sexo para o amor. O orgasmo extravasa todas as paixões porque a outrem endereça-as. Já o amor platônico se esconde nas prisões do pensamento.

*"Muita vez eu pergunto aos raciocínios meus:
O que é Deus sem amor? o que é o amor sem Deus?
Amar a Deus não é amar a casta chama,
Que cremos ver no olhar da mulher que nos ama? E quem desta mulher
também no olhar não crê Achar a ignota luz do Deus que se não vê?!
São dous amores: um do céu, outro da terra;
Um, o outro a indicar, banha-o da luz que encerra. Quem em nós purifica o
amor da carne? - o ideal. E este, quem no-lo mostra? - é só o amor
terreal.²⁴"*

Portanto, não é sábio fazer pouco da força suasória do sensível. As aliterações, que embevecem o homem, melhor o convencem que a precisão da linguagem científica. A saudade de um amigo é mais presente quando o lembra um retrato. E uma batalha é mais histórica dês que um pintor a eternize. O momento acaba, a foto sobrevive... Os símbolos evocam, sinalam, e(n)levam. A Capela Sistina inspira mais devoção que o galpão ali da esquina.

“Curioso observar como as religiões se apercebem da necessidade de sublinhar as verdades dos seus dogmas com a figuração da sua liturgia. A Igreja Católica, notadamente, jamais olvidou que o sentimento das coisas divinas não dispensa a moldura das alegorias temporais. A austera beleza do canto gregoriano, a grandiosidade e o colorido das procissões, as vestes talares, são o testemunho de que, para o comum dos homens, a verdade não dispensa a sublinha do sensível e, parafraseando o pensamento de Huxley, o preço da manutenção da fé é a eterna vigilância dos símbolos. As religiões que subestimam o ritual, isto é, as manifestações artísticas do sentimento, jamais se popularizam. Poderes de calor humano, os seus templos, como diz, ironicamente, Guerra Junqueiro, mais se parecem com uma casa onde se fez penhora.²⁵”

Por tudo isso é que o aborto ainda desperta perplexidade no homem. As impressões dos sentidos influem poderosamente nas nossas convicções. Como as qualidades sensivas do feto não se mostram, e só tarde ele dá sinal de si, o homem tende a reputá-lo por mero corpo inânime, sem direito de viver. Já se o feto esboçar laivos de vida,

²³ AGOSTINHO, p. 230.

²⁴ Poema de Raimundo Correia, do seu livro *Sinfonias*.

²⁵ PORTO, p. 25.

será mais difícil matá-lo. Os sinais desarmam o homem. Basta notar que o abortamento de um feto já desenvolvido é geralmente visto como mais abominável que o de um embrião ainda tenro. Também a eutanásia é menos dolorosa se o paciente já não dá sinal de vida. Aliás, neste último caso, diz-se que o enfermo está vegetando, o que é uma forma de torná-lo inanimado e, assim, legitimar o crime. De feito, vegetalizar um homem é tirar-lhe a aparência de vida, fazendo-o inferior até a um cão, que ainda late, morde, vive, e a planta sobrevive.

Mas se é verdade que o homem reclama sinais que o impressionem, não deve limitar-se às facilidades dos sentidos. É muito pobre ater-se tão-só às evidências que se nos impõem, pois nisso não há esforço nem mérito, senão preguiça. Deveras, a sensação é algo osmótica; o sensível não pede vênias. Em rigor, não existe erro nos sentidos, senão no juízo sobre os dados que eles apreendem. E o juízo, emite-o a inteligência²⁶. Por isso os inteligentes até podem estar pelo aborto, mas nunca os imaginosos. De fato, como àqueles só importam as exterioridades, parece-lhes que é somente um feto em barriga lisa. Já os imaginosos, esses cegos que vêem, vão além da mediocridade analítica, e descobrem a realidade através da ficção. "Só se afirma e constrói seguramente quando se passa do mundo limitado do raciocínio para o mundo indemarkado da imaginação."²⁷ Pensai naquele pequenino, em como está, como ele será, a sua infância... e vereis que ele é gente, que ainda não chora, ainda não canta, mas eis que vive.

“Com dois meses de idade, o ser humano tem menos de um polegar de comprimento, desde o ápice da cabeça até a ponta do traseiro. Ele estaria muito à vontade numa casca de nozes, mas tudo já se encontra nele: as mãos, os pés, a cabeça, os órgãos, o cérebro, tudo está no seu lugar certo. O coração já bate há um mês. Olhando de mais peito, veríamos as dobras das suas palmas de mão e uma quiromante leria as mãos dessa minúscula pessoa. Com uma boa lente de aumento, descobriríamos as marcas digitais. Tudo estaria aí para se fazer a carteira de identidade civil desse indivíduo.”²⁸

Enfim, urge revenir o aborto, e meditá-lo à luz não das maquinações dedálicas da inteligência, mas dos vôos imprevisíveis da imaginação. E assim o homem valorize o passado imemorial que lhe garantiu o presente e lhe pariu o futuro.

IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. Confissões. 8.00. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1984.

²⁶ Ver JOLIVET, P. 146.

²⁷ Porto, p. 23.

²⁸ LEJEUNE, p. 87.

BANDEIRA, Manuel. Poesia Completa e Prosa. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1996.

BRUNO, Aníbal. Crimes Contra a Pessoa. 5.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

CATECISMO DA IGREJA CA TÓUCA. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

FREUD - Vida e Pensamentos. São Paulo: Martin Claret, 1996. 112p.

HEIDEGGER, Martin. Conferências e Escritos Filosóficos. Trad. Emildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

JOÃO PAULO II. Carta Encíclica Evangelium Vitae. 2.ed. São Paulo: Paulinas, 1995.

JOLIVET, Régis. Curso de Filosofia. 13.00. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: Agir, 1979.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Trad. Valerio Rohden e Udo B. Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LEJEUNE, Jérôme. Quando começa um ser humano. Pergunte e Responderemos, Rio de Janeiro, v.38, n.417, p.83-88, fev. 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993. v.2.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v.2.

PORTO, Mário Moacyr. Estética do Direito. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, v.1, n.1, p.17-27, jul./dez.1996.

SANTOS, Gildenir C., SILVA, Arlete I. P. da. Normas para referências

bibliográficas: conceitos básicos (NBR-6023/ABNT-1989). Campinas, SP: UNICAMP/FE, 1995.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

UNIÃO DOS JURISTAS CATÓLICOS DO RIO DE JANEIRO. Aborto: sim ou não? Pergunte e Responderemos, Rio de Janeiro, v.38, n.420, p.238-240, mai. 1997.

VAL, Waldir Ribeiro do (org.). *Raimundo Correia - Poesia Completa e Prosa*. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1961.

A AIDS E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Karen Vasconcelos dos Santos e

Leifson Gonçalves Holder da Silva

Acadêmicos do 6^o período.

1 - INTRODUÇÃO

A proliferação da AIOS vem causando um impacto nas instituições, na medicina, na sexualidade, na ciência, no cotidiano, na educação, na arte, na política; enfim, em todas as áreas do mundo contemporâneo. Assim, a AIOS não poderia deixar de atingir o Direito, sendo este uma ciência em constante transformação e aperfeiçoamento.

A AIOS no âmbito jurídico tomou grande e diferentes dimensões. Atingiu não só a questão do direito à vida representado pela luta por medicamentos gratuitos e tratamento hospitalar, mas também, tomou fôlego na área criminal e principalmente na trabalhista.

A AIOS veio tratar de poder. Poder de questionar, equacionar, interrogar. A indignação que ela vem causando, colocando o poder e a ordem em desequilíbrio, catalisando e mobilizando forças sociais capazes de transformar, criar, e propor novas linhas de ação, vêm provar que a questão AIOS é muito mais profunda e complexa.

Neste curto ensaio, procurou-se demonstrar a importância que esta doença tomou na sociedade atingindo e disciplinando normas jurídicas. Desta forma, o operador jurídico, hoje, deve ter uma visão dos problemas que este mal tem gerado, buscando junto a outras entidades soluções para amenizar o sofrimento trazido por tal moléstia.

2 - AIOS NA ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO

Na dimensão do humano, do material, a AIOS trouxe problemas angustiantes, que vão desde ao isolamento social do afetado ao rompimento do contrato de trabalho, o que acaba por repercutir na própria subsistência física, independente da doença. Isto se justifica já que haverá falta de dinheiro para remédios e alimentos, bem como restrição, às vezes incontornável, de acesso ao mercado de trabalho. A AIOS veio sem dúvida trazer grandes reflexos para o mundo do Direito tendo repercutido sobremaneira no Direito do Trabalho.

Muitas empresas brasileiras na década de 1980, começaram a promover testes anti-HIV em seus empregados, a maior parte deles sem exigência de obrigatoriedade. Outras, no entanto, passaram a incluir o teste na lista de exames necessários para que um indivíduo viesse a integrar seus quadros. O governo federal não tomou qualquer decisão mais incisiva quanto a esta forma de discriminação.

De acordo com o disposto nas Recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT, o empregador é livre para decidir quem deve empregar,

mas não lhe é permitido exigir o teste sorológico enquanto condição de admissão ou de manutenção do funcionário no emprego, quer ele seja funcionário público ou celetista (contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CL T). A imposição de tal condição caracteriza violação do direito à intimidade dos trabalhadores, restrição ou discriminação. A obrigatoriedade do teste-H IV na admissão do empregado, ou durante a vigência do contrato de trabalho, é vedada pela interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, trabalhistas, administrativos e ético-profissionais, bem como pelas Recomendações da OIT. Na esfera do Serviço Público Federal, através da Portaria 869, de 11 de agosto de 1992, fica proibida a exigência de teste anti-HIV, tanto nos exames admissionais como nos demissionais e periódicos.

Esta atitude elevou o índice de casos de discriminação aos trabalhadores contaminados com o vírus HIV, não só por parte dos seus colegas, muitas vezes com medo de se contaminar, mas também por parte das empresas recusando-se de co-participar nos custos de tratamento ou dizendo-se incapazes de gerir trabalhadores soropositivos.

Através de ações na justiça muitos trabalhadores procuravam ir de encontro a discriminação e muitos deles eram despedidos e tentavam a reintegração ao cargo.

A discussão do tema, no entanto, reclama maior precisão: faz-se mister separar o momento em que o empregado é portador do vírus HIV daquele em que a doença já se manifestou.

Se o portador desse vírus, somente por isso, for despedido de seu emprego, entende José Wilson Ferreira Sobrinho¹, professor da Universidade Federal de Juiz de Fora, que essa demissão não é juridicamente possível. A despedida materializará um comportamento arbitrário do empregador, comportamento esse que, em última análise, traduzirá autêntico abuso do direito de despedir. A isso denomina-se despedida arbitrária.

Tem-se como arbitrária a despedida que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Ora, a demissão de um portador do vírus HIV, tendo esta como única causa tal circunstância, não se enquadra em nenhuma das possibilidades descaracterizadoras da arbitrariedade que cercará tal dispensa. O mesmo não ocorrerá se, por hipótese, um portador do vírus HIV constar da lista de despedidos em virtude de comprometimento financeiro da empresa.

O fundamento, segundo Sobrinho, é que o despedimento não tenha como causa primeira o fato de o empregado ser portador do vírus HIV. Se a causa do despedimento for essa, haverá possibilidade de reintegração à luz do artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho (CL T), cabendo ao empregador o ônus de provar o contrário. Não se discute que o empregador é dotado do direito potestativo de despedir um empregado, nos limites e da forma prevista legalmente. Daí não se segue, porém, que esse direito possa ser utilizado para despedir um empregado, muitas vezes extremamente qualificado, que é portador do vírus HIV.

Na esfera constitucional, o embasamento jurídico proclamado, encontra-se no artigo 5º, inciso XLI, da Carta Magna ao proibir toda e qualquer discriminação: "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.*" Há quem sustente, no entanto, que o mesmo não tem eficácia imediata:

¹ José Wilson Ferreira Sobrinho. *O aidético e o contrato de trabalho*. Revista LTR, 6002/176.

"Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada (...), que só produzirá efeito quando da edição de lei ordinária que vier a versar sobre o tema. Logo, não há nenhuma impossibilidade da dispensa do aidético, com fundamento nesse dispositivo legal, que não é auto aplicável²."

Na realidade, não interessa discutir se esse preceptivo constitucional é, ou não de eficácia plena, contida ou limitada, uma vez que isso é estranho ao tema da demissão de empregado portador do vírus HIV. O certo é que essa regra constitucional não pode servir como base para se falar em impossibilidade de demissão do aidético, não pelo fato de ser pretensamente auto-aplicável, mas sim porque se dirige para a regulação penal da conduta discriminatória.

Se um dos princípios da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana³, pode-se considerar uma quebra, ao mesmo, uma destituição baseada exclusivamente no fato de alguém ser portador do vírus HIV, configura-se uma arbitrariedade ao exercício do direito potestativo de despedir, por parte do empregador, apoiado neste argumento. Tratando-se desta maneira, de uma demissão arbitrária, pode o operador do direito pedir a reintegração do indivíduo com base no artigo 165 da CLT, utilizando-o analogicamente com o objetivo de integrar a lacuna deixada pela não edição da Lei Complementar prevista no artigo 7º, inciso I, da Carta Magna.

Destarte, o direito à igualdade surge como regra de equilíbrio dos direitos das pessoas portadoras da síndrome da imunodeficiência adquirida. Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar forçosamente, pelo princípio da igualdade.

A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autolizem tal ruptura. É portanto lógico afirmar que, a pessoa portadora do vírus HIV tem direito a um tratamento especial dos serviços de saúde ou à criação de uma escola especial, ou ainda, a um local de trabalho protegido. Essas "discriminações inversas" são compensações jurídicas por discriminações sociais negativas historicamente observadas em relação a grupos minoritários como os aidéticos. Elas não podem ser vistas como uma quebra do princípio da igualdade (essencial para a cidadania), mas como tentativa de realizá-lo, pois a igualdade consiste em tratar igualmente pessoas em situações iguais e diferentemente pessoas em situações diferentes. Pode-se afirmar, assim, que a igualdade funciona como regra mestra, pois estará sempre presente na própria aplicação do direito.

A Constituição Federal vigente, no art. 5º, *caput*, estabelece que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*", assegurando a todos os brasileiros como aos estrangeiros residentes no País "*a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*".

² Sérgio Pinto Martins. *Reintegração no emprego do empregado aidético*. Cfr - Repertório IOB de Jurisprudência, 1a quinzena de outubro de 1995, n. 19/95, p. 270, caderno 2.

³ Art. 1º, inciso III, Constituição Federal.

Também no seu art. 3º, IV, cita como um dos princípios fundamentais da União, a promoção do bem de todos, "sem *preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (grifo acrescido).

Baseado-se nesses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que qualquer ato discriminatório é inconstitucional. Nesse sentido salientou, Francisco das Chagas Lima Filho, Juiz-Presidente da 2º JCJ de Dorados - MS, ao declarar que "O *ordenamento jurídico pátria encontra-se provido de normas e principias bastantes para assegurar ao empregado portador do vírus HIV o direito de não ser despedido.*"⁴

Situação diferente é a representada pelo desenvolvimento da doença no indivíduo soro positivo porque os sinais físicos serão evidentes. Nesse momento, surge, o aidético praticamente terminal. O funcionário que chega a esse estágio normalmente está sob cuidados médicos (ou pelo menos deveria), aplicando-se o artigo 475 da CLT: "*Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício*".

Eduardo Gabriel Saad esclarece que:

"A suspensão do contrato de trabalho só se efetiva a partir da data em que o empregado passa a receber, da Previdência Social, o auxílio-enfermidade. Quer isso dizer que, sendo os primeiros quinze dias do afastamento por doença remunerados integralmente, nesse período o contrato está interrompido e não suspenso" (Cfr. CL T Comentada, 28a edição, Ltr. Editora, São Paulo, 1995, pág. 343).

O aidético tem o direito incontestável de obter licença para o tratamento de saúde. Nesse sentido é o que dispõe o acórdão:

"A Lei Federal n. 7.670/88 estende aos portadores da doença (AIOS) a concessão de licença para tratamento de saúde nos termos da Lei n. 1.711 (arts. 104 e 105), então vigente, aplicável aos funcionários públicos. Interpretação com supedâneo no art. ao da CL T que faculta ao julgador valer-se, para razões de decidir, dos princípios da eqllidade e da analogia⁵."

Poderá ocorrer também a hipótese do empregador despedir o empregado antes que este consiga a concessão do auxílio-doença ou do auxílio-enfermidade. Essa despedida obstativa tem a clara intenção de impedir a suspensão do contrato de trabalho, deixando o empregador livre para abusar do direito de despedir. Ainda de acordo com Ferreira Sobrinho, a despedida operada com o escopo de impedir ou dificultar a obtenção do benefício previdenciário é juridicamente inócua e permite a reintegração do empregado, salvo pela existência de justa causa.

⁴ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Despedida do empregado Aidético*. Revista Jurídica Consulex, ano I, no 5, Maio /1997.

⁵ BRASIL. TRT 2ª Região. RO 02900168036. Revista L TR, março 1993, p. 304.

Dessa forma, se o trabalhador aidético estiver com seu contrato de trabalho suspenso ou se o empregador o despedir, com o fito de obstar a aquisição de benefício previdenciário, a reintegração será possível em face do caráter arbitrário que revestirá *tal* despedida; arbitrariedade esta produzida pelo desrespeito à dignidade da pessoa do empregado. A analogia, que é autorizada pelo artigo 80 da CLT, permitirá a fundamentação da reintegração no artigo 165 da CL T.

Além da reintegração ao emprego, salienta Lima Filho, cabe, ainda, no caso do rompimento por discriminação, indenização com o pagamento da remuneração no período do afastamento, em dobro, acrescido de juros e correção monetária na forma prevista na Lei nº 9.029/95, aplicada de forma analógica.

3 - AIDS NA ESFERA DO DIREITO PENAL

A AIOS também trouxe conseqüências ao Direito Penal. Primeiramente, por ser tratar de uma doença contagiosa, a sua notificação toma-se obrigatória, e segundo, a AIOS vem sendo utilizada muitas vezes como forma de contaminar outrem dolosa ou culposamente gerando novas situações jurídicas.

A notificação da AIOS passou a ser compulsória no Brasil desde o ano de 1984 pelo Ministério da Saúde. Existe uma ficha, destinada à vigilância e ao controle epidermológico, que deve ser preenchida pelos clínicos e fornecida às autoridades de saúde. É com base nessas notificações, repassadas à federação, que se fazem as contagens nacionais.

O art. 269 do Código Penal prevê o crime de omissão de notificação de doença, na qual, em regra, só o médico pode ser sujeito ativo do mesmo. Regulamentos administrativos (federais, estaduais ou municipais) vêm completar o artigo em questão, especificando a relação das moléstias infecto-contagiosas com notificação obrigatória. Atualmente a Portaria nº 1.100, de 24 de maio de 1996, veio a regulamentar a Lei nº 6.259/75, prescrevendo a notificação compulsória, em todo o território nacional, da síndrome de imunodeficiência adquirida - AIOS (art. 1º, inc. I)⁶.

A dificuldade do diagnóstico aliada a atitude de dar-se pouca importância ao ato de notificar às entidades sanitárias, ou ainda, de não o fazer para proteger as pessoas da discriminação e preconceito que os estigmas iniciais associados à AIOS levam - enquanto doença contagiosa, incurável, mortal, e ligada à homossexualidade - a um acentuado percentual de subnotificação. Esta situação prejudica os pacientes porque as diretrizes governamentais são estabelecidas a partir dos números cadastrados.

Como forma de contaminar outros de forma dolosa ou culposamente, a AIOS tem sido transmitida através da prática do coito ou doação de sangue por agente que sabe ou suspeita ser portador do vírus da AIOS. O Código Penal, em seus artigos 130, 131 e 132 prevê a punição com pena de três meses a um ano para o crime de contágio de moléstia grave. "*Se o indivíduo é consciente que tem uma doença infecto-contagiosa, e*

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal* 3. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1997, p.141.

expõe uma outra pessoa ao contágio, ele é enquadrado em 'crime tentado', pois mesmo que não tenha ocorrido a transmissão, houve a tentativa de risco", atesta Cyro Kusano, advogado criminal da Ordem dos Advogados.

Além disso, a jurisprudência tem admitido o homicídio com dolo eventual neste tipo de conduta em que o agente pratica o coito ou doa sangue quando suspeita ou sabe ser possuidor do vírus HIV, vindo a causar a morte do parceiro sexual ou do receptor. Enquanto esta não se configurar, ao sujeito ativo pode ser imputada a prática do crime de lesão corporal grave (artigo 129, § 2º, II) já que é inadmissível a tentativa de homicídio com tal espécie de dolo. Ressalta-se que, se o agente desejar a morte da vítima em decorrência da contaminação (dolo direto), nada impede que seja enquadrado em tentativa de homicídio.

Devido estes casos terem se mostrado constantes no Direito Penal, a comissão que revisa este, propôs que passasse a ser considerado crime o fato de um doente expor o parceiro ao perigo da contaminação, ainda que não consiga infectá-lo. Pelo o que o Código prevê hoje, se o preservativo estourar, por exemplo, o agente não é considerado em crime pois tomou as precauções que estavam ao seu alcance.

De acordo com a proposta, o Código Penal preverá detenção de quatro meses e meio a um ano e meio caso for um soropositivo consciente que tentou transmitir a AIOS, sem no entanto, obter êxito. Já se um agente nas mesmas condições tentar e conseguir contaminar outra pessoa com o vírus, a pena será de seis meses a dois anos de reclusão. E se a intenção for com o intuito claro de matar outra pessoa, o crime será classificado como tentativa de homicídio ou homicídio, se a vítima vier a falecer, passando a pena a ser de 20 anos.

Há também proposta para que haja mudanças na redação dos artigos 130 e 131, que passarão a ser um. Desta forma todas as moléstias contagiosas serão abrangidas e todas as maneiras de transmissão, como por exemplo por seringas contaminadas ou transfusão de sangue infectado.

Nestes tipos de contaminação, também foi definido, que só poderá haver início de investigação policial e conseqüente abertura de processo se a vítima assim desejar.

4 - OS CUSTOS SOCIAIS E MONETÁRIOS DO TRATAMENTO

A AIDS atingiu de modo marcante os serviços de saúde. Setores inteiros transfiguraram-se para poder dar conta da nova doença. Pelo número de internações, pelo preço dos medicamentos, pelo regime de exceção que tem exigido, pela multiplicidade de meios terapêuticos e profissionais de saúde a que apela, a AIOS é uma doença extremamente dispendiosa.

Uma pessoa com AIOS que recorra à medicina privada chega a gastar 3.600 dólares por mês, apenas em medicação, quando acometida de um quadro severo de infecções oportunistas. Acrescente-se o preço das consultas médicas e internações em hospitais privados⁷.

Nos Estados Unidos, os custos de cada caso de AIOS durante o tempo que decorre de um diagnóstico a um óbito tem sido estimados em valores que vão

⁷ PARKER, Richard e outros. Ob. Cit., p. 38.

de 27 mil até 147 mil dólares⁸. Esses valores vêm diminuindo progressivamente com a possibilidade de acompanhamento ambulatorial e divulgação de drogas como o AZT e a pentamidina aerossol, dispensando-se assim a internação hospitalar, que era inicialmente, a componente principal dos cuidados na maioria dos casos. Os preços dos medicamentos também vêm baixando, tomando menores os custos totais.

Por outro lado, o aumento da sobrevivência das pessoas com AIOS - à custa de diagnósticos mais precoces e tratamentos mais eficazes - impõe um acréscimo ao custo final contabilizado para cada indivíduo, uma vez que os gastos começam a ser contabilizados mais cedo e se prolongam por um lapso temporal maior. Com o objetivo de conseguir quantidade e qualidade de vida, tratamentos alternativos também têm sido utilizados para o reforço do sistema imunológico do paciente que ainda não tenha deflagrado um processo infeccioso. No Brasil, o único estudo sistemático de custos⁹, conduzido em 1989, aponta para um valor anual de 16.689 dólares de custos hospitalares paciente/ano - o que é considerado elevado em termos internacionais.

O custo do tratamento é uma grande fonte de preocupação. Em todo o mundo, a AIOS está longe de ser controlada para 94 % dos portadores, na sua grande maioria pessoas pobres e sem recursos. Só o novo tratamento com inibidores de protease custa em média 1.000 dólares por mês¹⁰.

É por essas e outras, que, a lógica de assistência a uma doença dispendiosa e grave como a AIOS, tal como acontece com o câncer e várias doenças infecciosas, não coincide com a lógica lucrativa das seguradoras de saúde; e as pessoas com HIV e AIOS ficam freqüentemente sem assistência, ao abrigo de diversas cláusulas, muitas das quais abusivas.

O total sucateamento que a rede pública de saúde vem sofrendo nos últimos anos acabou por abrir campo para a crescente preponderância do setor privado no tratamento da AIOS. Muitas pessoas, mesmo sem recursos e respaldo econômico para tratamento privado, tiveram que recorrer a este setor em virtude da insuficiência dos serviços hospitalares estaduais e federais. Assim, reféns da ineficiência do sistema de saúde pública e dos interesses das corporações privadas, os que podem e até os que não podem esforçam-se ao máximo e ingressam nos planos e seguros de saúde.

Ocorre que, os contratos firmados com o poderoso lobby da saúde privada - que estima-se movimentar 17 bilhões de reais por ano dos seus 40 milhões de usuários¹¹ -, muitas vezes, são feitos para iludir o consumidor. Inicialmente oferecem atendimento e cobertura total, mas depois estabelecem muitas formas de negar os benefícios.

O direito a benefícios garantidos contratualmente, muitas vezes não vale de nada, ao descobrir-se simplesmente que, nos momentos em que é mais necessário, o "seguro não cobre". Como se não bastasse, o indivíduo que reclama e exige seus direitos é provavelmente "dispensado" de maneira totalmente arbitrária, pois a empresa não tem mais o interesse em manter o seguro.

É muito comum encontrar, abandonados em enfermarias de hospitais

⁸ PARKER, Richard e outros. Ob. Cit., p. 37.

⁹ Hospital Emílio Ribas, de São Paulo; Hospital Universitário Clementino Fraga Filho da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Hospital das Clínicas de Porto Alegre; Hospital das Clínicas de Curitiba. Para a proveniência dos dados, ver Medici, André César e Beltrão, K. I., *Os custos diretos da Aids no Brasil*, Ed. ENCE/IBGE, Série textos para Discussão, Rio de Janeiro, 1992.

¹⁰ AIDS a 1% da cura. Super Interessante. Ano 10, n. 10, out. 1996.

¹¹ BRASIL, Sandra; SANTA CRUZ, Angélica. Em busca da cura paga. Veja. ano 30, n. 42, São Paulo: Editora Abril S. A., 22 de outubro de 1997, p. 102.

públicos, pacientes que pagaram durante anos seguro médico à rede privada que não cobre leucemia, doenças nervosas, câncer, doenças infecto-contagiosas, nem AIOS.

A despeito de toda esta discussão doutrinária e até ideológica, é preciso ter a consciência de que a Saúde é um dever do Estado porque é financiada por impostos que são pagos pelos contribuintes, de forma direta ou indireta, aos municípios, estados e União, de cujo montante é especificado um percentual destinado à manutenção dos serviços e programas de saúde. Isso significa que, a prestação de atendimento médico pelo Estado à população, não é mera liberalidade, mas obrigação imposta por lei. Cabe ao governo criar condições para que toda e qualquer pessoa tenha acesso aos serviços de saúde, hospitais, programas de prevenção e medicamentos.

Todavia, o cidadão comum, ao utilizar-se de um serviço de saúde privado, deve ter seus direitos básicos protegidos do poderio econômico-corporativista das grandes empresas do ramo.

4.1 - REGULAMENTAÇÃO

Com o intuito de regulamentar a iniciativa privada a fim de evitar excessos, em outubro de 1997, os deputados federais aprovaram a primeira lei - 36 artigos ao todo - a dispor sobre a regulamentação dos planos e seguros de saúde privados, faltando apenas ser posta em votação no Senado.

A necessidade de regulamentar o setor é uma unanimidade, contudo, consumidores e empresas já se digladiam em tomo do assunto. Os defensores da nova lei, formados pela sua maioria empresarial, celebram o resultado parcial. Em contrapartida, a aceitação não foi tão boa fora do âmbito comercial. O Presidente do Conselho Federal de Medicina em entrevista prestada¹² alegou que "o projeto é um desastre". No mesmo sentido, Marilena Lazzarini do Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) de São Paulo, afirmou que "*com o projeto, está revogado o Código do Consumidor, e o tempo irá mostrar como as coisas vão piorar*".

O lado favorável do projeto é que os planos passarão a ser impedidos de limitar o tempo de internação em hospital ou UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), a carência ficará reduzida somente para os primeiros 3 dias da assinatura do contrato, será defesa a recusa de renovação de contrato de qualquer cliente (incluindo-se aqueles que necessitaram utilizar-se demasiado do serviço ou daqueles que envelheceram) e as empresas ficarão obrigadas a oferecer planos mínimos e obrigatórios como o "plano referência", que não cobrirão tudo, mas serão um pouco mais abrangentes.

Em contrapartida, o projeto também tem seu lado negativo. Com sua aprovação pelo Senado, será legalizada a exclusão de determinadas doenças como as preexistentes e o "plano referência" não cobrirá transplantes, inseminação artificial ou fornecimento de remédios.

Ao que se refere ao portador do HIV ou do indivíduo que já manifestou a AIOS, as mudanças na legislação não indicam um benefício significativo. Muito pelo contrário, parecem ter vindo para legalizar procedimentos discriminadores e atentatórios de seus direitos que já vinham sendo utilizados.

Tratando-se de um tratamento caro e complexo, muito provavelmente, a administração de coquetéis para os portadores do vírus seguirá a cargo do SUS, já que os intitulados plano obrigatórios (plano referência, ambulatorial, hospitalar, odontológico) não terão qualquer obrigação de arcar com tal responsabilidade. Assim, o portador de

¹² BRASIL, Sandra; SANTA CRUZ, Angélica. Ob. Cit., p. 102.

AIOS não terá, pelos planos obrigatórios por lei, o medicamento de que necessita, ficando a cargo do sistema público a compra e o repasse do coquetel.

Outro aspecto prejudicial para o portador de HIV, é a legalização da exclusão das chamadas "doenças preexistentes". Atualmente, um cliente com uma doença anterior à feitura do contrato (como a AIOS) pode ter o tratamento excluído da cobertura do plano, o que acaba geralmente levando a questão à Justiça. Com a entrada da nova lei em vigor, os planos passarão a exigir uma série de testes e um extenso questionário sobre o histórico de doenças do cliente e de seus familiares. Ironicamente, descobrindo uma doença preexistente como a AIOS, o plano aceitará a adesão, excluindo contudo a doença da cobertura.

Além disso, com o acolhimento legal dessas limitações, pacientes soropositivos que poderiam pleitear na Justiça seu acompanhamento médico, terão o grande e iminente risco de verem suas pretensões negadas, pois as empresas poderão embasar-se nos termos excludentes do projeto a fim de eximirem-se da obrigação.

A regulamentação aprovada pelos deputados vêm balizar a atuação indiscriminada dos planos e seguros médicos privados, colocando um mínimo de referência a ser obedecido e respeitado. Contudo, muitas questões ainda estão longe de serem resolvidas nesse meio de interesses historicamente antagônicos entre o privado e o público. Só o tempo, o esforço e o sacrifício daqueles que necessitam de uma política pública na área da saúde, dirá se o cidadão soropositivo permanecerá na penumbra da assistência privada ou no limbo do atendimento público.

A questão não é exigir que a iniciativa privada se responsabilize por todas as falhas advindas do setor público, mas que o Estado cumpra o seu papel social com o mínimo de decência.

5 - UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL: AIOS, LIMINARES E REMÉDIOS

O Conselho Regional de Medicina (Cremem foi o primeiro órgão a criar a resolução, com força de lei, obrigando os planos de saúde atenderem pacientes com qualquer tipo de doença. Esta primeira resolução foi a 19/80, de 20 de agosto de 1987, que obrigava "as *empresas contratantes a garantir atendimento a todas as enfermidades relacionadas no código internacional de doenças da Organização Mundial da Saúde*". As empresas que desrespeitassem esta decisão estariam automaticamente desligadas do Cremelj e sujeitas a penalidades previstas.

Em seguida, o Conselho Federal de Medicina emitiu a resolução nº 1.401 estendendo a medida a todo o Brasil e, em 1991, o Cremerj tratou novamente do assunto na Resolução 35, especificando o caso dos doentes de AIOS e dos soropositivos. Dizia a resolução:

"O atendimento a qualquer paciente, independente de sua patologia, deverá ser efetuado de acordo com as normas universais de biosegurança, recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, razão pela qual nenhuma instituição poderá alegar falta de condições específicas para prestar a assistência de trata esta resolução".

Embora as citadas resoluções 35 e 19 do Cremeli tenham proibido a rejeição por parte dos planos de saúde dos tratamentos em pacientes com câncer, AIOS ou doenças infecto-contagiosas, a desobediência às leis e, na maioria dos casos, a impunidade,

continuam sendo as marcas deste lamentável capítulo da saúde de nosso povo. Muitos direitos, de consumidores de planos e serviços de saúde privados, foram usurpados.

Com isso, as mais diversas organizações não governamentais (ONG'S) em favor dos soro positivos vêm intensificando sua atuação no campo jurídico, questionando o contrato em si. Embora ainda atuando de forma emergencial e tímida, têm computado mais "vitórias" que "derrotas" com a utilização de medidas cautelares, que vêm garantindo internação e impedindo que o paciente fique sem assistência. A exemplo disto verifica-se o exposto:

“Cuidando-se de cautelar aforada por portador do vírus HIV para o custeio dos dispêndios médico-hospitalares contra seguradora, há que se considerar que a saúde é um direito assegurado pela Constituição, dado inerente à vida. Ao avençar um plano de saúde, o segurado quer precaver-se contra todas as enfermidades e não contra algumas, pois, do contrário, a sua saúde não estará protegida no seu todo. Assim, presentes a aparência do bom direito e o perigo da demora, porquanto a AIDS é uma porta aberta às infecções, que se tomam letais em mercê do enfraquecimento do sistema imunológico pelo vírus HIV, o desacolhimento da tutela cautelar, no caso, poderia trazer um prejuízo irreparável, isto é, a perda do bem maior do ser humano”. (TJ - RJ - Ac. unân. da 7a. Câm. Cív. reg. em 2515195 -Agr.396/94-Rel. Des. João Wehbidib; in ADCOAS 1000050).

“EMENTA: SEGURO SAÚDE - TUTELA ANTECIPADA RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO PROVIMENTO FINAL INEFICÁCIA - JUSTO RECEIO - DEFERIMENTO DA MEDIDA.

Em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, uma vez provada, de plano, a relevância do fundamento da demanda, que versa sobre o direito a saúde e a própria vida, e plenamente justificado o receio de ineficácia do provimento final no caso de indeferimento da pretensão liminar, e lícito ao juiz, antecipando a entrega da prestação jurisdicional, conceder, initio litis, a tutela específica da obrigação. Decisão correta, por ter dado interpretação mais do que razoável a cláusulas do contrato de seguro-saúde, harmonizando-as, em sua exegese teleológica, ao espírito e aos anseios da lei. Agravo improvido. Decisão unânime”. (TJPE _ Recife - Agravo De Instrumento n.º. 29239-3196, Relator: Wellington Gadelha de Freitas, Órgão Julgador: Quarta Comarca Cível, data: 30/08/96, Registro: REG. n. L 1966 f/s.162-182, Decisão: Unânime).

Na ação ordinária, as entidades questionam o contrato, argumentando a abusividade das cláusulas que não permitem o atendimento ao paciente portador de doenças infecto-contagiosas. Como toda medida cautelar é provisória, o paciente tem garantido o recebimento do tratamento, até que pelo menos se dê a decisão final do mérito.

No ano de 1996, o Judiciário do Rio de Janeiro em uma decisão inédita, concedeu a um portador do vírus da AIOS no país, o direito a tratamento com drogas de última geração. A Liminar concedida no processo n.º. 5.967/96 pela juíza titular da 9ª Vara da Fazenda Pública no Rio de Janeiro, obrigou a Secretaria Estadual de Saúde a fornecer o medicamento invirase - um dos mais novos no tratamento da doença - a um comerciante que não dispunha de condições econômicas suficientes para adquirir o remédio.

A propositura de uma ação cautelar, com pedido de liminar, comprovando a

dificuldade em adquirir os novos medicamentos, chamados inibidores de protease, bem como a real necessidade de sua utilização foram suficientes para que a decisão favorável fosse proferida. Requisito primordial para a propositura da referida ação judicial, é a impossibilidade (comprovada) de aquisição dos referidos medicamentos, seja pelo fato de os mesmos ainda não estarem disponíveis nos postos de saúde ou ante a impossibilidade de serem comprados pelo próprio paciente necessitado de utilizá-los.

Os inibidores de protease interferem na última fase da multiplicação do vírus HIV, que causa a AIDS. Pesquisas demonstram que esses remédios - combinados com outros antivirais - reduzem 99% da quantidade de vírus no sangue, pelo menos no início do tratamento. Descobertos recentemente, tais medicamentos trouxeram, para milhões de pessoas portadoras do HIV e doentes de AIDS, esperanças e a possibilidade de descartar a idéia da morte inevitável, aumentando a qualidade de vida daqueles que o tomam.

Ocorre que esses medicamentos têm valores extremamente onerosos - em média de 300 a 500 reais os frascos que duram um mês - inviáveis de serem adquiridos por muitas pessoas portadoras do HIV e doentes de AIDS. A tragédia é que as pessoas não podem aguardar a burocracia estatal - a interminável licitação para aquisição destes medicamentos, o prazo dispendido pelos laboratórios para o início da entrega dos mesmos e seu posterior repasse aos Estados da Federação.

Após aquela inédita decisão, vários outros entendimentos semelhantes foram proferidos, no sentido de afirmar que o bem jurídico em questão - aquele efetivamente protegido - seria a própria vida, insuscetível de substituição ou reparação posterior. A saúde é um direito assegurado pela Constituição, dado que é inerente à vida. Daí o posicionamento cada vez maior por parte da jurisprudência no sentido de fazer valer o direito do infectado:

"É possível ao beneficiário de testamento atingido pelo vírus da AIOS e em estágio avançado da doença, de liberar-se do gravame - Cláusula de inalienabilidade - alienando-se o bem e aplicando o numerário daí defluente no tratamento de sua saúde. A proteção do benefício, que era a vontade da testadora, deixaria de ocorrer se, impossibilitado de vender o imóvel gravado, ficasse ele reduzido à miséria, sem recursos para minorar-lhe os sofrimentos nos últimos tempos de sua vida. Há compatibilização, no caso, de regra do art. 1.676 do Cód. Civ., com a do art. 5. da Lei de Introdução ao mesmo ordenamento e com a interpretação teleológica da cláusula, devendo ser depositado o produto da venda em caderneta de poupança à disposição do Juízo, liberando-se gradualmente o numerário para custeio do tratamento"(TJ-RJ-Ac.unân. da 5a. Câm. Cív. reg. em 12/4/96 -Agr. 1.948194 - Rei. Das. Humberto Mendonça Manes).

É postulado básico e pressuposto de todos os demais direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida, explicitada no artigo 5º da Constituição Federal, não podendo o mesmo, ser tomado como mero princípio de valor destituído de eficácia. Ainda na Carta Magna, insere-se a norma do artigo 196, garantindo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção.

Neste mesmo sentido o art. 198 do mesmo diploma prevê o atendimento integral, inclusive farmacêutico, por meio de ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único - o

chamado Sistema Único de Saúde (SUS).

Resolução publicada no Diário Oficial da União com vigor desde 19 de novembro de 1992, passou a dispor sobre normas éticas para o atendimento de pacientes com AIDS. Dentre os seus imperativos, destaca-se seu art. 1º:

"Art. 10 _ O atendimento profissional a pacientes portadores do HIV é um imperativo moral da profissão médica e nenhum médico pode recusá-lo."

Cumpramos ressaltar ainda que, em 13 de novembro de 1996, o presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, sancionou projeto de autoria do então presidente do Senado, José Sarney, que passou a obrigar o Ministério da Saúde a fornecer gratuitamente medicamentos aos portadores de HIV e aos doentes de AIDS. Ao SUS passou então a competir a distribuição dos remédios, devendo o governo garantir toda a medicação necessária ao tratamento do doente.

Assim reza o art. 1º da Lei nº. 9.313/96, *in verbis*:

"Art. 1º - Os portadores do H/V (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento."

O Ministério da Saúde, segundo supracitada lei, deve definir a padronização dos medicamentos a serem utilizados em cada estágio da infecção e da doença, com o objetivo de orientar a compra de remédios pelo SUS. A padronização dos remédios e terapias deve ainda ser revista e publicada anualmente para que a lista do SUS não fique desatualizada diante dos avanços científicos sobre a doença.

Já foi dado início à realização dos exames CO-4 e CO-8 exigidos para a administração do coquetel - importantes para que se defina se o paciente já deve receber os inibidores de protease e qual a dosagem necessária.

Para receber a medicação, o portador do HIV/AIDS, deverá procurar o Serviço de saúde no qual é cadastrado. No caso de tratamento particular, para receber os medicamentos, o portador deve procurar um serviço de saúde para se cadastrar, mesmo que não faça seu acompanhamento no mesmo, mantendo seu controle com o seu médico. Alguns medicamentos são mantidos pela Secretaria Municipal de Saúde, outros chegam aos ambulatórios e hospitais via coordenação de DST/AIDS da Secretaria Estadual de Saúde, vindos do Ministério da Saúde. Para recebimento de medicamentos específicos para o HIV/AIDS (como AZT, DDI ou Tuberculostáticos), é necessário a notificação do paciente.

Como se tudo isso não bastasse; para muitos planejadores, pesquisadores e até profissionais de saúde, o alto custo dos meios para combater a AIDS ("de poucos", em suas opiniões) não se justifica porque há um pano de fundo antigo de epidemias e endemias (como a dengue) que persistem por falta de recursos para combatê-las. Segundo eles, o impacto da AIDS sobre o sistema de saúde é de tal forma desestabilizante que afeta

todas as outras enfermidades.

Essas e outras atitudes ainda entravam e dificultam o desenvolvimento e a efetivação concreta do direito de tratamento médico dos portadores do vírus, constituindo-se em um grande desafio a ser vencido. São de fato, verdadeiras "muralhas" que precisam ser transpostas pelos mesmos.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A AIOS é uma questão manifestadamente atual, cruzando fronteiras sociais, culturais, econômicas, jurídicas e políticas.

É preciso encarar o problema da AIOS de frente, de forma inovadora. Os operadores do direito não podem deixar que portadores do HIV e doentes de AIOS continuem sofrendo discriminações, mostrando uma afronta ao princípio da dignidade humana.

Faz-se necessário encontrar soluções jurídicas para problemas advindos da AIOS, tanto no campo do Direito do Trabalho, como no Penal e Cível. Porque só o Direito pode assegurar uma ordem social justa, ele é o padrão objetivo do justo. Qualquer ordem obtida fora de sua esfera irá de encontro as exigências da dignidade humana, será injusta. Por isso o Direito deve tomar a frente dos problemas trazidos por esta doença e mostrar soluções práticas e vanguardistas. Exigir que leis sejam realmente postas em prática facilitando a vida do soro positivo e desmistificado a doença no meio da sociedade.

Deve-se ter em mente que só se alcançará uma sociedade onde as relações solidárias e participativas sejam relevantes, quando os direitos fundamentais do homem forem vividos com eficácia. No caso em questão, é inadmissível, sobre todos os aspectos, o generalizado descaso pela condição humana do aidético.

Além do flagrante descaso em relação ao doente ou soropositivo, ainda deve-se lutar para que todos as pessoas que sofram deste mal tenham acesso a um tratamento digno. Não se pode conceber que uma vida seja avaliada pelo poder aquisitivo que possui, isto é um afronta ao princípio da equidade, e como tal, não pode ser deixado impune. O Direito, através de seus representantes, não pode mais conceber afirmações como esta feita pelo póstumo sociólogo Betinho: "Existem hoje dois tipos de pessoas com AIDS: as que têm dinheiro para fazer um tratamento eficaz e as que não tem esse dinheiro. A diferença entre os dois grupos determina a vida ou a morte de cada um"¹³.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOL Y, Anna Regina. Aids: terapias alternativas. Cadernos do Terceiro Mundo. 168, ano 16, dez.1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa

¹³ Depoimento de Betinho à revista *Veja*. Salvos pelo gongo. ano 29, n. 28, São Paulo: Editora Abril, 10 de julho de 1996, p. 96.

Portadora de Deficiência - CORDE, 1994.

BRASIL, Sandra; SANTA CRUZ, Angélica. Em busca da cura paga. Veja. ano 30, n. 42, São Paulo: Editora Abril S. A., 22 de outubro de 1997.

COELHO, Tânia. A cidadania humilhada. Cadernos do Terceiro Mundo. n. 176. Editora Terceiro Mundo, ago. 1994.

COSTA, Lizete Macário. Paciente com Aids: um olhar na esperança. Cadernos do Terceiro Mundo. n. 176. Editora Terceiro Mundo, ago. 1994.

DAMIÃO, Ada Stella Bassi; SOARES, Marcelo Santos; CARNEIRO, Harley Dias. O Novo Cidadão Brasileiro. Rio de Janeiro: Salamandra, 1987.

DUARTE, Daniela. A discriminação positiva: caminho de concretização da igualdade. Folha Acadêmica - Universidade Federal de Pernambuco, maio. 1996.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. O aidético e o contrato de trabalho. Revista Ltr. 60-02/177, vol. 60, n. 2, fev. 1996.

FRANCO, Afonso Arinos de MeIo. Direito Constitucional: Teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GREGORI, J. Ainda os direitos humanos. In : ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Brasília, vol. 1, n.1, jan/jun. 95.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. Direito Natural - Visão Metafísica e Antropológica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

JORNAL DO CONSUMIDOR. Dia mundial da solidariedade. Espírito Santo - Governo do Estado. ano 1, n.9, dez. 1996.

LEOPOLDIANVM. Revista de Estudos e Comunicações. v. 20, n. 57, Santos: Unisantos (Universidade Católica de Santos), ago. 1994.

MASSARANI, Luisa. Alteração genética "esconde" o vírus da Aids. Ciência Hoje - Revista de Divulgação Científica da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. v. 15, n. 87, Rio de Janeiro, jan./fev.1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal 3 - parte especial. 11. 00., São Paulo: Atlas, 1997.

O GLOBO. Brasil tem um portador do HIV entre cada grupo de 181 pessoas de 15 a 49 anos. 21/12/96

OLIVEIRA, Lúcia Helena de. Aids a 1% da cura. Super Interessante. ano 10, n. 10. São Paulo: Editora Abril, out. 1996.

PARKER, Richard; BASTOS, Cristiana; GALVÃO, Jane; PEDROSA, José Stalin. A AIDS no Brasil (1982 - 1992). Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA): Instituto de Medicina Social (IMS), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 1994 (História social da AIDS; n. 2).

Salvos pelo gongo. Veja. ano 29, n. 28, São Paulo: Editora Abril S. A., 10 de julho de 1996.

SARAIVA, Paulo Lopo. Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHECHTER, Mauro. Perspectivas para o desenvolvimento de vacinas contra a Aids. Ciência Hoje - Revista de Divulgação Científica da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. v. 17, n. 101, Rio de Janeiro, jul. 1994.

SILVA, J. A .. Curso de direito positivo. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

TURRA, Marcelo. Remédios, Iminares e AIDS. 16 novo 1996.
Internet. e-mail: mturra@marlin.com.br

O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS

*Lucy Figueira Peixoto
Acadêmica do 3º período.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Regime Jurídico-Administrativo. 3. As raízes constitucionais do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. 4. Descompassos e conflitualidade na determinação do interesse público. 5. A indisponibilidade do exercício da competência. 6. Conteúdo e alcance do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. 7. Conclusão. 8. Bibliografia .

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo delinear o conteúdo e o alcance do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Não é uma tarefa fácil devido a complexidade do tema. Por tal motivo, não se pretende exauri-lo, visto que engloba a própria razão de ser da atividade administrativa: o interesse público, cuja conceituação é conflituosa, dada a sua natureza fluída.

Para o objetivo proposto ser alcançado, faz-se necessário um entendimento do que vem a ser regime jurídico - administrativo, bem como das raízes constitucionais do princípio.

Sendo tais aspectos o ponto de partida, necessário será a noção de interesse público - não taxativa - o que não é possível - mas para se entender o que consubstancia a sua satisfação. Esta só será possível quando atendido os elementos integrantes da indisponibilidade dos interesses públicos, cujo conteúdo e alcance se reflete na finalidade da lei que subordina a atividade administrativa, através das chamadas sujeições de potestade pública.

Como consequência, são indisponíveis os bem públicos, os cargos públicos e os serviços públicos, cabendo tão somente à administração - bem como às pessoas administrativas - o dever de resguardá-los de acordo com a finalidade legalmente estabelecida.

Outro aspecto a ser abordado, também em decorrência do princípio, é a indisponibilidade do exercício da competência. Em face da indisponibilidade dos interesses públicos, não poderá a administração deixar de exercer os poderes que lhes são atribuídos sob pena de responder por omissão, pois são, na realidade, deveres _ poderes, cujo exercício é indisponível. Sendo assim, sempre que a administração deixar de exercer determinada competência que *lhe* foi atribuída, haverá lesão ao interesse público.

É pensando na importância dessa matéria é que esse estudo busca traçar o conteúdo e o *alcance* do princípio em razão da necessidade prática de ressaltar a sua

importância no sistema jurídico vigente.

De início, não é audacioso afirmar que o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos é garantia da própria autonomia do direito administrativo, por lhe ser peculiar. Todos os demais princípios estão a ele relacionados, encontrando nele _ juntamente com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado - o marco *inicial* da aplicabilidade prática.

2. O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

A noção do que vem a ser o regime jurídico - administrativo toma-se imprescindível para a compreensão do tema exposto.

É indiscutível que o Direito Administrativo é autônomo. Essa autonomia se firma por princípios peculiares que compõem o conteúdo do regime jurídico - administrativo. Não basta tão somente entender tal regime como sendo marco inicial, do qual decorrem todos os demais princípios e normas que conferem a unidade do Direito Administrativo. O que importa sobretudo é entender a existência de princípios peculiares que informam o conteúdo do regime jurídico - administrativo.

Na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a fonte matriz desse sistema, cuja lógica e coerência lhe confere unidade, se dá em razão de dois princípios fundamentais: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos¹. Com efeito, todos os princípios subordinados e subprincípios têm como base fundamental a consagração daqueles dois princípios.

É forçoso dizer que todo o direito administrativo é construído sobre esses dois pilares, que de um lado compõem as chamadas sujeições, e de outro as prerrogativas de potestade pública. Mas, qual a razão disso?

O *elemento* fundamental que justifica a existência de institutos contrastantes que se completam harmonicamente, como são as prerrogativas e sujeições, é o interesse público. É importante afirmar esse entendimento para excluir a falsa idéia de serem aqueles princípios basilares absolutos e imutáveis. Em face do interesse público, poderá uma prerrogativa sucumbir diante de uma sujeição². Como bem ensina ALICE GONZALES BORGES, é a administração pública dia - a - dia que deve interpretar o interesse público para aplicá-los nos casos concretos³.

A partir do entendimento de que a supremacia do interesse público sobre o privado compõe-se das chamadas prerrogativas, que colocam a administração em posição de supremacia perante o particular em face do interesse público⁴; e que a indisponibilidade dos interesses públicos, pela administração, consubstancia-se nas denominadas sujeições, que restringe a atividade administrativa a determinados fins e princípios, pode-se conceituar regime jurídico administrativo como sendo um conjunto de princípios e normas que se relacionam harmonicamente, cujo conteúdo é composto por prerrogativas e

¹ *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 24.

² Tem-se por exemplo a hipótese de desvio de finalidade que tem como conseqüência a nulidade dos atos da administração, como no poder de expropriar sem observância da finalidade legal.

³ "Interesse Público: um conceito a determinar", *in* ROA 205/109

⁴ Como por exemplo: a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos; o benefício de prazos processuais maiores; a posição de ré na maior parte dos feitos, etc.

sujeições tendo como fundamento a sua razão de ser - o interesse público⁵.

3. RAÍZES CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS: PRINCÍPIOS CORRELATOS

A importância dos princípios informativos do direito administrativo, como bem demonstra o ilustre Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, deve-se ao fato de que eles funcionam como "*veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do direito*"⁶.

Esse grau de importância é ainda maior quando se trata de um princípio através do qual inúmeros outros encontram nele sua base fundamental. Isso é o que ocorre com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Sua substância é extraída de princípios constitucionais expressos e implícitos, cujas raízes se evidenciam através do chamado "espírito do sistema".

Trata-se, portanto, de um princípio de cunho ordenador, mantendo um vínculo com os demais princípios, tendo como missão fixar as diretrizes para critérios de interpretação e integração do direito administrativo, a fim de manter a lógica e a coerência do sistema.

Faz-se necessário, em primeiro plano, fixar o entendimento de que a indisponibilidade se reflete no fato de que a administração não tem livre disposição sobre os bens e os interesses públicos, cabendo apenas o dever de resguardá-las de acordo com o que dispuser a intenção da lei. A finalidade legal deve ser o parâmetro do administrador.

O ponto de partida é o princípio da legalidade. Estabelece a Constituição Federal, art. 5º, II:⁷ "*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"⁸. A norma enunciada pela texto constitucional expressa a substância do Estado de Direito. No que tange à administração, significa que o administrador está sempre subordinado aos mandamentos da lei e de sua finalidade (CF, art. 37 e 84, IV).

Como bem observa CAIO TÁCITO, trata-se de um princípio que se aperfeiçoou com o respeito à finalidade da lei⁸. Isso Significa dizer que só será legítimo o

⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita Rivero a fim de enfatizar que as normas do Direito Administrativo distinguem-se das de Direito Privado mediante dois aspectos: por um lado, confere à administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas; e, por outro, impõem sujeições à liberdades de ação mais estreitas do que estão submetidas as particulares (*Direito Administrativo*, 1997, p. 58)

⁶ "A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo. Interpretação e aplicação", in RT 701/34.

⁷ Fernando Andrade de Oliveira ressalta que o princípio da legalidade que foi elencado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é uma especificação do princípio geral do art. 5º, inc. 11, já que preside a organização e o funcionamento da administração. Há portanto distinção entre os dois princípios da legalidade, sendo um geral e o outro específico. Significa dizer que "enquanto que o particular, pelo primeiro só não pode fazer o que a lei proíbe, o administrador público, sujeito ao segundo, só pode fazer o que a lei permite" ("A administração Pública na Constituição de 1988", in RDA 206/43).

⁸ "A razoabilidade das leis", in RDA 204/t

ato que atender ao fim implícito ou explícito no texto legal⁹. É a finalidade que deve ser o elemento orientador da atuação da administração pública. O princípio da legalidade, ao vinculá-la, significa sua submissão a todos os atos normativos, inclusive regulamento e circulares, etc., cujo fim seja a proteção do interesse público.

Como decorrência do princípio da legalidade, a atuação da administração deve se dar mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para que o fim legal seja atendido, não havendo liberdade pessoal. Essa submissão à lei se justifica pelo fato de que a administração pública, aqui considerada em sentido subjetivo como sendo os entes que exercem a atividade administrativa, não são os titulares dos interesses públicos, quem possui essa titularidade é o Estado e é manifestada pelas leis. Os entes administrativos são entidades servientes, não tendo, portanto, disponibilidade sobre o interesse público que se impõe como um comando através do texto legal.

Ainda que o ato administrativo seja discricionário, onde a administração possui uma certa margem de liberdade correspondendo a uma zona de oportunidade e conveniência para o administrador¹⁰, isto é, este possui liberdade de eleição entre opções igualmente justas, a apreciação administrativa deve observar os limites da remissão legal.

O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos decorre o princípio da continuidade dos serviços públicos. Significa dizer que por serem os serviços públicos caracterizados como essenciais à comunidade, não tem a administração livre disponibilidade sobre eles. O serviço público é, na realidade, a composição de interesses públicos objetivos por serem de notável importância. A administração tem a obrigação de preservar sua continuidade. O Estado é o seu titular. Determina a CF, art. 9º § 1º: "*a lei definirá os serviços e atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*". Este dispositivo acarreta a aplicação obrigatória do princípio da continuidade, no que diz respeito aos serviços públicos definidos pela lei infraconstitucional.

Também consubstanciam o princípio da indisponibilidade dos serviços públicos os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Isso significa dizer que, no que concerne à administração deve ela agir de forma isonômica e impessoal. Com deito, os atos administrativos praticados devem conferir igualdade de oportunidades para todos, cujos interesses estiverem sob sua guarda.

A isonomia é a garantia constitucional de que deve haver a Identidade de situação jurídica para o cidadão e sua relação com a administração pública. Conjugado ao

⁹ Esclarece Caio Tácito, ob. cit., que foi a jurisprudência francesa que construiu a noção de desvio de poder ou desvio de finalidade como sendo fundamentos da declaração de nulidade dos atos administrativos.

¹⁰ André Hauriou esclarece que "a justificação do poder discricionário (...) deve ser extraído da idéia de empresa, ou mais precisamente, do reconhecimento de que a noção de interesse público não é uma noção absoluta e definitiva e sim uma noção afetada de uma certa relatividade, uma noção que se determina progressivamente e, em parte, além disso, graças a interferência da própria administração".

E conclui:

"Se, em relação à lei, o poder discricionário se justifica pela margem de liberdade, de que gozam todos os entes sujeitos de direito no tocante às regras externas, na sua qualidade de chefes de empresas _ no que concerne à noção de interesse público e das diretrizes internas que daí podem decorrer, o poder discricionário corresponde ao fato de determinação progressiva do interesse público" ("O poder discricionário e sua justificação" (RF 135/52).

princípio da impessoalidade, firma-se que a administração não deve atender interesses de grupos, sobretudo interesses políticos. Deve agir com imparcialidade pelo fato dos entes administrativos serem instrumentos servientes do interesse público¹¹.

O princípio da isonomia e da impessoalidade¹² se reflete principalmente no que diz respeito à licitação e cargo público. Pode-se dizer que a licitação é um instituto que tem sua base fundamental nesses princípios. A idéia é fornecer a mesma oportunidade de paridade a todos os concorrentes frente à administração.

Não pode haver favoritismos ou desfavoritismos. Com a licitação, permite-se a utilização de critérios de razoabilidade a fim de permitir o bom funcionamento do serviço público. O administrador não tem liberdade de escolha nessa situação de forma arbitrária e casuística. O objetivo é justamente evitar esses vícios. Se por acaso houver necessidade de mudança de algum critério, a excepcionalidade só se justifica se fundamentada pelo próprio interesse público.

Sendo assim, apesar da administração poder revogar a licitação por interesse público devendo anular inclusive os atos homologatórios, por ilegalidade, o prejuízo ao Estado deve ser indubitável. Exige-se que o ato de invalidação esteja plenamente justificado e que não resulte no benefício de outro concorrente, em detrimento do vencedor¹³.

Por serem indisponíveis os cargos públicos, o seu preenchimento segue critérios legais (CF art. 37, I, II). Pelos mesmos fundamentos já expostos, a isonomia é o preceito basilar. Daí a exigência do concurso público. As exceções só se tomam viáveis quando o objetivo é contribuir para o exercício eficaz da atividade pública. Não pode haver discriminação de qualquer natureza¹⁴.

O princípio da publicidade (CF art. 37, *caput*) está também intrinsecamente relacionado com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Todos os atos praticados em razão do interesse público devem ser de conhecimento de toda coletividade.

A publicidade funciona como uma espécie de controle. Muito bem se expressa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando afirma que tal princípio "*impõe a transparência na atividade administrativa*"¹⁵. Os administrados, através da

¹¹ Lúcia Valle Figueiredo ensina que "A impessoalidade pode levar à igualdade mas com ela não se confunde. É possível haver tratamento igual a determinado grupo (o que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou administrador, estaria infringindo a impessoalidade" (*Direito Administrativo Brasileiro, 1997, p.54*).

Hely Lopes Meirelles enfatiza que sendo o interesse público a finalidade do ato administrativo, é vedado todo aquele que busque a satisfação de interesses privados por favoritismo ou perseguições, o que implica em desvio de finalidade (*Direito Administrativo Brasileiro, 1993, p. 82*).

¹² Outros exemplos da manifestação desses princípios é a necessidade dos precatórios judiciais (CF, art. 100); e a proibição que consta no art. 37, § 1º da CF, que diz: "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos".

¹³ Nesse sentido: RST J 43/202.

¹⁴ A Constituição veda, expressamente, no inciso XXX do art. 7º, aplicável aos servidores públicos *ex vi* do § 2º do art. 39, toda e qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso em cargo público da administração direta e indireta, ressalvadas as exceções por ela própria estabelecidas. Sendo assim, a partir na nova Constituição revogam-se todas as leis que com ela se tornaram incompatíveis (nesse sentido: RSTJ 50/473; RSTJ 42/492).

¹⁵ Ob. cit., p. 43.

publicidade dos atos administrativos é que poderão avaliar se os provimentos emanados realmente atendem ao interesse público, sobretudo no que diz respeito aos atos discricionários¹⁶.

Determina a CF, art. 5º, XXXIII, que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo, em geral. Tal dispositivo tem o mérito de permitir uma maior possibilidade de controle da administração pública pela coletividade.

HELLY LOPES MEIRELLES é incisivo ao afirmar que "*a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade*"¹⁷. Isso significa que a publicidade tem uma dupla finalidade: garantir os efeitos externos do ato e permitir que possa ocorrer um controle da administração por meio dos instrumentos jurisdicionais. Não tomar o ato público é negar-lhe eficácia e controle.

O princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos é uma decorrência do princípio da indisponibilidade. Em razão dele, a indisponibilidade ocasiona duas conseqüências as quais se submetem a administração: a inalienabilidade dos bens públicos e a intransferência de direitos na concessão dos serviços públicos.

Encontra-se também vinculado ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o princípio do controle administrativo ou tutela. Por esse princípio, os entes administrativos da chamada administração indireta ficam sob permanente controle da administração direta no que tange às suas atribuições. Devem portanto, agir conforme a especialidade e o fim para o qual foram criadas.

Ao transferir a responsabilidade imediata concernente aos interesses indisponíveis, o Estado mantém a sua titularidade através do controle administrativo. Por isso, como já foi afirmado, os entes da administração indireta, nada obstante a autonomia conferida por lei, são entidade servientes do interesse público. A administração, portanto, tem o dever, não só de rever seus próprios atos, mas também de poder revogar os atos de seus entes descentralizados.

Imprescindível à garantia da efetividade do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos é o princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Através desses princípios todos os atos administrativos são passíveis de apreciação pelo Judiciário. Tal fato é de suma importância pois de nada adiantaria afirmar que a administração deve ser submissa à finalidade da lei, não tendo disponibilidade sobre os interesses públicos que estiverem sob sua guarda ou realização, se os atos praticados não pudessem ser invalidados e seus efeitos danosos reparados.

4. DESCOMPASSOS E CONFLITUALIDADE NA DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

¹⁶ Nesse sentido: Lúcia Valle Figueiredo, ob. cit. p. 44 17

¹⁷ Ob. Cit., p. 86.

Comumente quando um princípio é consubstanciado por um elemento de natureza fluida, indeterminada, a primeira problemática ao qual se debruçam os doutrinadores é caracterizá-lo por todos os seus nuances, para que a aplicabilidade do princípio se dê de maneira precisa. Esse problema norteia o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

O que é na verdade, "interesse público"?

Como já foi afirmado, a administração pública não titulariza os interesses públicos, essa titularidade está permanentemente sob domínio do Estado, que a exerce através dos comandos normativos. A função administrativa é o veículo através do qual incube a responsabilidade de promover em caráter concreto o interesse público do qual é serviente. A Administração Pública só pode ser exercida com observância dos limites legais, pois toda a atividade exercida pelos entes administrativos, consiste na expedição de "comandos complementares" à lei¹⁸.

Com certeza, as outras funções do Estado vinculam-se a uma finalidade de interesse público, no entanto, quanto à função administrativa trata-se de uma responsabilidade específica a interpretação e aplicação do interesse público em caráter concreto, o que se fará através da Administração Pública. Função é um poder necessariamente exercido em interesse de outrem, nunca por interesse próprio¹⁹.

O grande problema está no fato de entender até que ponto deve ser exercida a interpretação do interesse público para a sua aplicação nos casos concretos, já que aquele é um conceito indeterminado.

Os conceitos indeterminados ou pragmáticos diferem dos conceitos teóricos, porque enquanto estes permitem uma única decodificação, aqueles comportam várias acepções, dependendo muito do contexto. Nesse sentido se posiciona EROS ROBERTO GRAU ao afirmar que os conceitos indeterminados são aqueles por serem ambíguos ou imprecisos necessitam ser complementados na sua aplicação, pois são carentes de preenchimento de dados concretos²⁰.

Trazendo o entendimento do supracitado autor, aplicando-o ao conceito de interesse público, acrescenta-se contudo que se trata de conceito indeterminado peculiar. Sem dúvida necessita de complementação, em muitas hipóteses por ser impreciso. No entanto, tal complementação necessita de parâmetros em face da indisponibilidade dos interesses públicos. Em nenhum momento é dado ao administrador o poder de atuar conforme sua vontade particular.

Significa dizer que embora sendo um conceito pragmático, possui um núcleo de compreensão, que é formado pelo regime jurídico - administrativo. Por ser um conceito aberto, não há que se entender que o interesse público é despido de conteúdo de modo a ser interpretado de qualquer maneira pela Administração Pública. De forma alguma. Os parâmetros para o seu preenchimento encontram-se resguardados pelo própria ordenamento jurídico. É o sistema normativo que possibilita delinear os seus contornos.

A Administração Pública, por ser em primeiro plano, o aplicador do interesse público, não poderá interpretá-lo com base na sua vontade subjetiva, é a finalidade do sistema que deve ser seu referenda.

¹⁸ Cf. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale dei Diretto Amministrativo*, 1960, p.4.

¹⁹ Cf. Santi Romano, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, 1977, p. 145.

²⁰ *Direito, conceitos e normas jurídicas*, 1988, p.72.

Desse entendimento extrai-se a grande peculiaridade do conceito de interesse público. É sem dúvida naturalmente um conceito fluido. No entanto, ao afirmar que são indisponíveis e que cabe tão somente a administração pública o dever de curá-los conforme o ordenamento jurídico, tal conceito adquire um conteúdo necessariamente normativo, finalístico.

Daí a singela afirmação feita por LÚCIA VALLE FIGUEIREDO que interesse público é "aquilo que a lei assim quis."²¹

Sendo assim, as normas que tutelam os interesses públicos não permitem sua alienação, delegação ou sua perda por disposição particular do administrador. São interesses coletivos primários, indisponíveis, interesses da própria coletividade. Não se confundem com interesses coletivos secundários. Estes se caracterizam por ser uma relação que o Estado pode ter com qualquer pessoa em face da sua própria personalidade jurídica, independente de ser titular do interesse público²².

Na realidade viva, os interesses públicos mostram-se com diferentes graus de aplicação, não possuindo um único conteúdo. Diferentes relações jurídicas se estabelecem conforme seja o âmbito de extensão necessário a sua satisfação. Esta não será sempre igual, o fim sim, é único: amparar o interesse público nos seus diversos graus.

Daí a grande missão da Administração Pública: interpretar o interesse público conforme um autêntico juízo de legalidade. Embora sendo um conceito que não comportará nunca uma única acepção, de sorte também não permite que o administrador faça um juízo particular. Sua fluidez, é portanto, um estado aparente, o sistema normativo apresenta-se como verdadeiro marco de interpretação.

Com base nesse entendimento, pode-se afirmar que o preenchimento de conceitos indeterminados não estão exclusivamente compreendidos pela discricionariedade administrativa. Isso faz com que a concepção tradicional de que o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo administrador na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não são passíveis de apreciação pelo judiciário, esteja superada.

Ainda que a matéria seja discricionária, a interpretação do interesse público consiste sempre em verificar qual a solução mais justa e que melhor se adeque à finalidade da lei.

A discricionariedade não se confunde com a interpretação e aplicação de um conceito indeterminado na realidade prática. São situações que, embora possam se comunicar, possui peculiaridades próprias.

A discricionariedade é a liberdade conferida ao administrador de poder fazer um juízo de conveniência e oportunidade na escolha entre alternativas igualmente justas, porém não incluídos na lei. Já a aplicação de conceito jurídico indeterminado, a hipótese é de interpretação e aplicação da lei que criou o conceito.

Se a matéria for eminentemente discricionária e a decisão subjetiva do administrador se fizer nos limites da remissão legal, o juiz não poderá invadir o seu mérito²³; mas, na hipótese de aplicação de um conceito indeterminado, criado por ele, o

²¹ Ob. cit., p. 34.

²² Cf. Renato Alessi, ob. cit., p. 197.

²³ Bastante questionável é o entendimento de que não cabe ao judiciário examinar o mérito (oportunidade e conveniência) dos atos administrativos discricionários, mas apenas a sua legalidade, diante do exposto no texto constitucional que consagrou a universalidade e a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as lesões e até simples ameaças aos direitos dos cidadãos (CF, art. 5º, xx.V).

juízo tem total poder de controlabilidade²⁴. Em face disso, se o ato discricionário versar sobre a aplicação de um conceito indeterminado, será que estaria subtraído à apreciação do poder judiciário?

Sendo o interesse público um conceito jurídico indeterminado, criado por lei, mesmo que o ato seja discricionário, bastante razoável é o entendimento de que o controle jurisdicional torna-se necessário, caso contrário a administração pública estaria sem limites para sua atuação. Daí a importância da motivação do ato discricionário, só através dela será possível avaliar seu âmbito de legalidade e legitimidade.

O grande problema reside no fato da dificuldade de controlar uma administração pública que em nome de "interesse público" pratica abusos e excessos. Não raro é portanto, o descompasso entre a interpretação do administrador e o efetivo interesse público. Tal conflitualidade é denominada de desvio de poder²⁵.

O ato administrativo tem como fim indisponível o interesse público, afastando-se dele haverá desvio de finalidade. É vedado portanto ao administrador atuar visando unicamente satisfazer interesses alheios ao previsto explícita ou implicitamente no texto normativo que delimita sua competência.

É aí que se mostra o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, há sempre uma finalidade cogente. É o que CIRNE LIMA denomina de "relação de administração". Esta ocorre quando a finalidade a ser alcançada pela atividade administrativa se revela "... defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros"²⁶.

O ato administrativo toma-se viciado quando o uso da competência legítima visa obter resultado que não compadece com a finalidade legal específica²⁷. Só a finalidade pública justifica a atuação do administrador. O fim privado não pode se sobrepor ao fim público, bem como o ente administrativo não pode deixar de ser "administrador" para ser "*dominus*"²⁸. Em nenhuma hipótese é assegurado à administração o direito de dispor do interesse público.

Diante do exposto, pode-se estabelecer uma conceituação de Interesse

²⁴ Cf. Garcia de Enterrla *apud* Alice Gonzales Borges, ob. cit., p. 111.

²⁵ Enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello que há desvio de poder quando o administrador persegue um fim estranho ao interesse geral ou quando o fim perseguido, ainda que de interesse geral, não é o fim preciso que a lei assinalava como tal (O desvio de poder, ROA 17217).

²⁶ *Princípios de Direito Administrativo*, 1962, p. 52.

²⁷ Cf. Caio Tácito, "Teoria e prática do desvio de poder", *in* ROA 117110.

O citado autor exemplifica inúmeras hipóteses de desvio de poder com base na jurisprudência brasileira. Destaca a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 28 de julho de 1848, calcado no voto do então Desembargador Seabra Fagundes. A anulação se deve em face da Inspeção Estadual de Trânsito, no uso de seu poder discricionário, ter estabelecido um horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e as cidades vizinhas, visando tão somente assegurar-lhe a clientela nas horas nobres de locomoção de passageiros, em detrimento dos concorrentes. O acórdão mereceu comentário de Victor Nunes Leal (ROA 14/52-82), é o *leading case* na jurisprudência brasileira (ROA 117/10).

²⁸ Alice Gonzales Borges com bastante propriedade faz algumas reflexões sobre o interesse público, destacando que: "O interesse público, em uma ordem democrática, não se impõe coativamente. Somente prevalece, em relação aos interesses individuais divergentes, com prioridade e predominância, por ser um interesse majoritário. O interesse público e o interesse individual colidente ou não coincidente, são qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais do que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade ..." (RDA 205/114).

público, ainda que não possa englobar todas as suas peculiaridades, mas permite que se tenha uma visão panorâmica a seu respeito.

O interesse público se revela como sendo a finalidade cogente a ser alcançado pelo administrador. Trata-se pois de uma concepção ideológica indeterminada, porém, determinável diante do caso concreto. No direito administrativo, interesse público é aquilo que a própria lei qualifica como tal, mas que por vezes pode ultrapassar os limites da legalidade em busca da legitimação. Sendo assim, pode haver o interesse público conflitante que legitima a atuação do administrador somente no que diz respeito à satisfação do bem comum. Por conseguinte, é o interesse público que confere à administração pública o dever irremediável de vinculação à finalidade legal, do qual é ancila e serviente, servido-lhe de referencial, cuja obediência não poderá dispor.

5. A INDISPONIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA: DEVER-PODER

Da condição de supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos resulta a bipolaridade do Direito Administrativo: prerrogativas e sujeições. Ao atribuir a administração de prerrogativas especiais para a tutela dos interesses públicos, impõe-se como contra partida, que os interesses assim qualificados, são, pela administração, indisponíveis. Não cabe à administração apenas o dever de curá-los conforme a finalidade da lei, mas também o dever de exercer os poderes que lhes forem atribuídos. A titularidade da competência implica na obrigatoriedade do seu exercício.

Como bem ensina LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "*a consequência da supremacia do interesse público é a indisponibilidade (. . .) ao delegar o exercício de determinadas funções públicas a outrem a administração delas não poderá dispor*"²⁹.

As prerrogativas conferidas à Administração Pública não permite que elas sejam exercidas como um particular o faz. Aquela está adstrita a uma função: a função administrativa cuja finalidade é satisfazer o interesse da coletividade. São prerrogativas atribuídas com o intuito de implementar a atividade necessária à sua satisfação. O poder, portanto, está subordinado a uma finalidade, e não à vontade do administrador.

O dever - poder de agir da autoridade pública impõem-se no sentido de que existe sempre a obrigação de exercitá-los. A renúncia importa na liberalidade de direito alheio, e o "*Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas*"³⁰.

É tão importante a questão da indisponibilidade do exercício da competência que sempre que há omissão, prejudicado será o interesse público. Pode se revestir até mesmo numa forma de abuso de poder.

O abuso de poder tanto pode ser comissivo como omissivo. Será omissivo quando embora sob "falsa aparência de legalidade", o administrador pratica atos que, embora sendo de sua competência, ultrapassa os limites dos poderes que lhes foram

²⁹ Ob. cit, p. 38.0

³⁰ Helly Lopes Meirelles, Ob. cit., p. 89.

atribuídos ou pratica visando finalidade distinta da qual foi prevista para o ato.

O abuso de poder será comissivo, como bem assinala CAIO TÁCITO, quando "*a inércia da autoridade administrativa deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual.*"³¹

Observa-se, pois, que do dever de agir resultam todos os demais deveres pois têm como ponto de partida o fim a ser perseguido que é o interesse público. Sempre que a Administração Pública se omite no exercício de seus poderes, a finalidade da qual a atividade administrativa é serviente, deixa de ser alcançada e por conseguinte, não cumpre sua missão.

6. CONTEÚDO E ALCANCE DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS

A história do direito público mostra que superado o estágio do absolutismo, o princípio que se firmou foi o primado das leis sobre a vontade dos governantes. Cabe ao Poder Legislativo traçar as finalidades a serem perseguidas pela Administração Pública. São as regras instauradas pelo Poder Legislativo que definem os interesses a serem providos e traça explícita ou implicitamente o comportamento que deve ser produzido pela Administração. Essa relação de dependência e subordinação existente entre a lei e a atividade administrativa é o que se denomina relação de administração.

O exercício da atividade administrativa pressupõe a reverência aos preceitos normativos. Todos que exercem a função administrativa são instrumentos de realização dos escopos legais. É o fim que define forma de administração e não a vontade. Enquanto os particulares podem fazer tudo que não é proibido, a administração só pode fazer o que é legalmente permitido.

Pode-se afirmar então que é o dever e a finalidade que informam o conteúdo do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, e não a vontade do administrador. Trata-se de uma finalidade impessoal pois o bem a ser resguardado não está vinculado à pessoa do administrador, mas a um fim alheio aos seus interesses particulares.

O exercício de uma função corresponde ao desempenho de um dever. O que se busca é a implementação do interesse de outrem pois esta foi a finalidade preestabelecida pela norma.

Estando os poderes da Administração Pública preordenados às finalidades definidas pelos comandos normativos, conclui-se que nesses termos o exercício de um poder confunde-se com o dever de persecução dos interesses públicos. É exatamente o oposto do que ocorre com o particular.

No plano privado a vontade é senhoria absoluta. Isso não ocorre no direito público porque a idéia de finalidade é que é obrigatória. O administrador gere interesses que não lhe pertence, pois corresponde aqueles à coletividade. Ele não possui domínio,

³¹ "O abuso do poder administrativo no Brasil", in ROA 5611

pelo contrário, está subordinado ao dever de desempenhar os fins alvejados pela lei.

Tem-se portanto, que as prerrogativas conferidas ao administrador no exercício de sua competência são "meios instrumentais" necessários à perseguição dos objetivos qualificados pela lei como pertencentes à coletividade. A idéia de finalidade de dever permite o entendimento que a administração não exercem "poderes", mas deveres - poderes em prol de uma finalidade cogente. Destarte, o desenvolvimento da atividade administrativa não se funda na atribuição de um poder por puro arbítrio, mas como uma decorrência da necessidade prática, de se buscar um dado fim de forma racional.

Se a lei estampa um fim e a autoridade administrativa no âmbito de sua competência pratica fim diverso, caracterizado estará o desvio de poder.

A lei não confere ao administrador o poder de agir em favor de interesses puramente privados, se assim ele agiu, maculado estará o ato praticado. Nesse sentido muito bem se expressa CAIO TÁCITO quando afirma que "*a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados.*"³²

No que tange à Administração, as prerrogativas não constituem direitos subjetivos. Possui natureza jurídica de um múnus público. Podem até caracterizar direitos, porém direitos especialíssimos. Enquanto que os direitos meramente subjetivos são bens de personalidade individual, as prerrogativas são bens de personalidade social³³.

Ainda quando se trata de uma atividade discricionária, o administrador fica sujeito à finalidade da lei, só podendo atuar por razões de conveniência e oportunidade na estreita faixa de liberdade que lhe foi conferida. A regra geral e abstrata expedida pelo legislador tem um destino próprio. Cada poder conferido ao administrador exprime um dever específico de alcançar um determinado objetivo Não há que se falar em múltiplas opções do administrador nos casos concretos, mas de uma opção justa em cada caso.

Tanto se fala em seguir o escopo normativo, descarta-se a idéia de observância de uma regra específica, fria. Cumprir fielmente a letra da lei não é o mesmo que praticar um ato legítimo.

O alcance do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos ultrapassa os campos da legalidade indo ao encontro da legitimação. A regra de competência não gera uma obrigação jurídica inseqüente, há predeterminação, ainda que implicitamente, de um alvo a ser alcançado.

Daí pode-se afirmar que atender a finalidade da norma é conformar-se com os próprios preceitos do sistema, do regime jurídico - administrativo. Só será legítima a atuação do administrador que observar a lei e o seu "espírito". Dizer simplesmente que o dever de agir deu-se no âmbito de legalidade não é o mesmo que dizer que diante do caso concreto o administrador certamente utilizou os meios idôneos para alcançar o fim que a lei determinou. Administração legítima é aquela que está em concordância com a lei e sua finalidade. Tal é a importância dessa afirmativa que o desvio de finalidade não é caracterizado tão somente porque o administrador buscou um fim estranho ao interesse geral, mas também quando o fim perseguido, ainda que materialmente lícito, não é o fim preciso que a lei assinalou.

³² Ob. cit., p. 11

³³ Cf. Canos Ayres Britto. "Direitos subjetivos e prerrogativas constitucionais", *In RDP 90170*.

O princípio da indisponibilidade é, portanto, um complexo de sujeições ao qual o administrador deverá se submeter. Dever e finalidade são suas matrizes, sua razão de ser, pois atividade administrativa é atividade serviente, subalterna, emanadora de atos complementares à vontade pública consubstanciada na lei.

7. CONCLUSÃO

Em atenção ao que foi exposto ao longo da exposição, várias conclusões podem ser subtraídas. É o que se mostrará.

O Direito Administrativo constitui um complexo sistematizado de normas e princípios que de forma coerente e harmônica, compõem o chamado regime jurídico - administrativo. Esse sistema só pode ser compreendido a partir do entendimento de que existem princípios que, em face de suas peculiaridades, garantem-lhe a autonomia.

Tem-se pois, dois marcos fundamentais que integram o conteúdo do regime *jurídico* administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos. Tais princípios se integram se harmonizam de maneira que todos os demais princípios estão eles vinculados. Da condição de supremacia resulta a indisponibilidade. As prerrogativas conferidas à Administração Pública tem como contra partida necessária sujeições formando a bipolaridade do direito administrativo.

A indisponibilidade se reflete como sendo o dever do administrador utilizar as prerrogativas que lhe foram conferidas na estrita conformidade do fim alvejado pela norma. Uma vez que a lei qualifica um interesse como sendo público, toma-o inapropriável. O administrador não tem livre disposição sobre ele. Isto ocorre porque o público tem como titular o Estado que expressa a vontade pública através das normas emanadas pelo Poder Legislativo.

O Princípio da indisponibilidade encontra suas raízes no complexo de princípios expressos e implícitos na Constituição Federal. O que toma um princípio de cunho ordenador cuja missão é lidar as diretrizes de interpretação e integração do sistema definindo-lhe a racionalidade e a coerência.

O interesse público constitui a finalidade a ser alcançada pela administração pública. Nada obstante se tratar, de um conceito indeterminado, que precisa ser complementado diante dos casos concretos. Tal fato, entretanto, não permite que sejam "preenchidos" conforme a vontade do administrador, pois o seu conteúdo é delimitado pelo elemento finalístico da norma. São considerados interesses primários inerentes à própria coletividade. Cabe tão somente à Administração Pública interpretá-lo segundo um juízo de legalidade ainda como decorrência do princípio da indisponibilidade, tem-se que são indisponíveis os bens, cargos e serviços públicos.

O exercício da atividade administrativa mostra-se também como um dever indisponível. O administrador exerce um *múnus* público, por isso, não poderá renunciar ao exercício das prerrogativas que integram o âmbito de sua competência. Existe sempre o dever poder de agir, pois a delegação de poderes faz-se no sentido de tutela de interesses que não lhes pertencem, mas à coletividade. Sempre que ocorra a omissão do administrador, é o interesse público que está sendo renunciado.

Todas essas considerações até então destacadas permitiu o entendimento do que consubstancia o conteúdo e o alcance do princípio da indisponibilidade dos interesses

públicos.

A relação que o administrador tem com a lei é de obediência e subordinação pois o exercício da atividade administrativa nada mais é do que um instrumento de realização dos escopos legais. Se a lei qualificou um dado interesse como público, esse se torna indisponível e a sua satisfação, um dever. O fim predeterminado da norma impõe ao administrador que o exercício de seus poderes se faça segundo a finalidade definida pelo comando da norma. Dever e finalidade, e a não vontade que informam o conteúdo da disponibilidade dos interesses públicos.

Os poderes da administração são, por conseguintes, deveres poderes, cujo objetivo deve ser a satisfação da finalidade pública eleita singularmente pelo texto normativo. O alcance do princípio da indisponibilidade não se dá somente num âmbito de legalidade, mas também de legitimação. Ainda que o resultado pretendido pelo administrador seja lícito, se ele substituir a finalidade legal, seu ato não será legítimo.

O princípio da indisponibilidade impõe à atuação da administração pública parâmetros que não podem deixar de serem observados, pois não está a tutelar bens individuais, mas bens sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del Diritto Administrativo, 3 ed., Milão: Guiffie Editore, 1960.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse Público: um conceito a determinar, in RDA 205/109-116, Rio de Janeiro, jul./set., 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. Direitos subjetivos e prerrogativas constitucionais, in RDP 90170-8, São Paulo, abr./jun., 1989.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo. Interpretação e aplicação, in RT 701/34-44, São Paulo, março, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 8 ed., São Paulo: Atlas, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo, 2 00., São Paulo: Malheiros, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas, São Paulo: RT, 1988.

HAURIOU, André. O poder discricionário e sua justificação, in RF 135/52-4, São Paulo, maio, 1951.

LIMA, Rui Cirne. Princípios de direito administrativo, 5 ed., São Paulo: RT, 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 18 ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 8 ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Desvio de poder, in RDA 172/1-19, Rio de Janeiro, abr./jun., 1988.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de . A Administração Pública na constituição de 1988. in RDA 206/43-87, Rio de Janeiro, out./dez., 1996.

ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral, São Paulo: RT, 1977.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis, in RDA 204/1-7, Rio de Janeiro, abr./jun., 1996.

_____. O abuso do poder administrativo no Brasil, in RDP 56/1, Rio de Janeiro.

_____. Teoria e prática do abuso de poder, in RDA 172/11-8, Rio de Janeiro, jul./set., 1974.

ALGUMAS QUESTÕES DE DIREITOS HUMANOS

Marco Bruno Miranda Clementino
Acadêmico do 5º Período e Bolsista
CNPq/PIBIC.

INTRODUÇÃO:

Parece salutar reacender a chama da compreensão dos Direitos Humanos na sociedade contemporânea. A recente Globalização da Economia Mundial, capitaneada pelo poderio dos chamados mercados transnacionais, ofusca, sob a égide da doutrina neoliberal, concepções voltadas para a esfera social, em detrimento de necessidades econômicas e financeiras por eles exigidas. Magnanimamente pontifica Fábio Konder Comparato as profundas contradições que marcaram a temática dos Direitos Humanos ao longo do presente século, *in verbis*: "*De um lado, o Estado de Bem-Estar Social do segundo pós-guerra pareceu concretizar, definitivamente, o ideal socialista de uma igualdade básica de condições de vida para todos os homens. De outro lado, no entanto, a vaga neoliberal deste fim de século demonstrou quão precário é o princípio da solidariedade social, base dos chamados direitos humanos da segunda geração, diante do ressurgimento universal dos ideais individualistas.*"¹

Os anelos do presente texto consistem em retomar a reflexão sobre os Direitos Humanos, delineando-a em várias acepções, direcionando o tema *sub studio* a figurar como força alternativa que se insurja contra a ofensiva neoliberal, com o escopo de defender aqueles direitos outrora concretizados no período do após-guerra.

Ora, em se atingindo um patamar de modernização do tema em nível institucional, receita-se a globalização dos Direitos Humanos, como única alternativa viável para que se contraponha à ordem emergente na sociedade internacional e se parta em defesa do Bem-Estar dos indivíduos.

EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO FILOSÓFICO:

É imprescindível para a compreensão devida do conceito de "Direitos Humanos" que se remonte à noção de Direito Natural e sua evolução histórica, visando à contextualização do tema em comento nos tempos hodiernos.

As teorias filosóficas acerca do Direito Natural afiguraram, desde o seu alvorecer, inclinações diferentes ao longo da história. "*O direito natural da antigüidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade Média, em torno da antítese direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-ração individual*"². Algumas dessas noções serão declinadas nos parágrafos que se seguem.

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. *Estudos Avançados*. São Paulo., n. 2, 1997. Coleção Documentos.

² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado _ Editor, Sucessor, 1979. p. 61-62.

A idéia de Direitos Humanos brota, na História da Filosofia, à medida em que aflora o pensamento político moderno, o qual resultou na inversão do ponto de vista que desertava a teoria tradicional segundo a qual "(...) o *homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, auto-suficiente por si mesmo, que é a pólis; e, ao mesmo tempo, era necessário que se considerasse o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e político, num estado, como o estado de natureza.*"³ Abandonar-se-ia a concepção do "Organicismo Social", em que o homem encontrava-se imerso na comunidade como sujeito de deveres, emergindo uma concepção cifrada no Individualismo, cujo cerne fundamental era a hipótese, não necessariamente fundada na história das sociedades humanas, da existência de um estado originário construído racionalmente.

Consoante a filosofia tomista, o preceito básico do Direito Natural é o que manda observar o bem e evitar a prática do mal. Ao bem corresponderiam as inclinações naturais da criatura humana. Destarte, coadunariam-se com a lei natural os princípios de auto conservação da espécie humana, união dos seres para a formação da prole, busca da verdade, participação na vida social. Assim, algo seria de Direito Natural se correspondesse a uma inclinação humana e se o contrário não fosse estabelecido por natureza.

É flagrante e nítida, pelo que se deduz a partir do esposado, a subsunção do homem a uma lei transcendente e previamente prescrita conforme concepção divina. Ora, isto pode ser evidenciado sob a égide do princípio da participação na vida social, inclinação natural do homem, provinda da lei natural, cuja ordem divina torna-se inteligível a partir do ventilado por Paulo Nader: "A lei natural, na filosofia tomista, é a participação da criatura racional na lei eterna". É um reflexo parcial da razão divina, que permite aos homens conhecer princípios da lei eterna"⁴.

A valorização da pessoa humana, que se registrou com a Renascença, atingiu o âmbito da Filosofia do Direito quando o então Direito Natural passou a ser reconhecido como emanção da natureza humana. A doutrina da Escola consubstanciou-se em quatro pontos basilares, quais sejam: o reconhecimento de que a natureza humana seria a gênese do Direito Natural, a admissão da existência remota do estado de natureza, o contrato social como origem da sociedade; e por fim, a existência de direitos naturais inatos. Relevam-se como exigências dessa valorização as novas idéias políticas, que punham o indivíduo em situação de destaque com relação à sociedade, e a consagração de direitos invioláveis, inerentes à condição da pessoa humana. "*Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais*"⁵.

A assertiva que propugna que os homens nascem livres e iguais é historicamente inconcebível, figurando a mesma como um postulado racional, cuja gênese é a formulação de um estado fictício de natureza. Destarte, vicejou a chamada concepção individualista da sociedade, que, alicerçada nos princípios anteriormente ilustrados, louva o indivíduo e não o indivíduo para a sociedade. "*Numa concepção orgânica da sociedade, as partes estão em função do todo; numa concepção*

³ BOBBIO Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 117.

⁴ NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 124.

⁵ BOBBIO, Op. Cit., p. 118.

*individualista, o todo é o resultado da livre vontade das partes*⁶. Seria inimaginável a criação de tal concepção sem a criação idealista de um estado originário, anterior à sociedade, no qual se teria o indivíduo como ente desvinculado do corpo social.

Bem clarifica a transição entre as duas vertentes de pensamento aludidas a lição do insigne jurista Miguel Reale: “*A Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo distingue-se da concepção aristotélico-tomista por este motivo principal: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a 'lei' para depois se pôr o problema do 'agir segundo a lei' para aquela corrente põe-se primeiro o 'indivíduo' com o seu poder de agir, para depois se pôr a 'lei' . Para o homem do Renascimento o dado primordial é o indivíduo, como ser capaz de pensar e agir. Em primeiro lugar está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. É da autoconsciência do indivíduo que vai resultar a lei*”⁷.

Jonh Locke inicialmente defendeu a idéia do Direito Natural como determinação da vontade divina que a razão apenas interpretava. Posteriormente, reformulou o pensamento, passando a identificar aquele Direito com a razão. Afirmou a necessidade da constituição de uma esfera em que os particulares fruissem de plena discricionariedade, sem a possibilidade de interferência estatal nos negócios e demais atos próprios àquela ambiência.

À luz da teoria rousseauiana, constata-se a noção de direitos naturais como aqueles cujo detentor era o homem em seu estado de natureza primitivo. Mediante contrato social, tais direitos seriam entregues ao Estado na forma de direitos civis, os quais seriam os próprios direitos naturais tutelados pelo Estado. Mantém-se a idéia de liberdade negativa. A obediência à lei não é obediência a uma vontade estranha, mas a uma vontade que o próprio indivíduo constitui: o cidadão é legislador e súdito ao mesmo tempo. Sendo o povo a única fonte do direito, os governantes não gozam de nenhuma autoridade definitiva sobre ele. Ninguém deverá ceder seus direitos à coletividade senão com condição de participar na formação da "vontade geral", segundo a qual fundamentar-se-ia o contrato social. Desta forma, o estado será organizado de maneira a proteger os interesses da maioria dos cidadãos.

Em termos gerais, dizia Rousseau que, além do egoísmo, o homem sentia horror inato ao sofrimento dos demais. Não havia oportunidade para a inveja, nem a necessidade de lutar para a consecução de vantagens. A base comum da sociabilidade não era a razão, mas o sentimento; exceto para os perversos, o sofrimento dos demais é sempre pessoalmente doloroso. Nesse sentido, os homens eram "naturalmente" bons.

O homem natural era um animal de conduta puramente instintiva; qualquer outro pensamento seria "depravado". Consequentemente, o homem natural não era ser moral, nem depravado. Não era nem feliz nem infeliz. Obviamente não possuía propriedades, pois as mesmas resultam de idéias, de necessidades previstas, de cultura e de indústria, que não eram intrinsecamente naturais, o que aconteceria somente quando os homens se transformassem em seres sociais.

Rousseau diverge dos outros teóricos do Direito Natural, que faziam passar de um golpe único os homens do estado natural ao da sociedade organizada. Segundo ele, esta transição teria acontecido gradualmente, durante um período no qual o caráter dos homens foi se deteriorando.

As primeiras associações teriam nascido como resultantes da caça e da pesca, mas o golpe de graça à moralidade humana foi a invenção da metalurgia e da agricultura, de onde teria se originado a propriedade privada.

⁶ BOBBIO, Op. Cit., p. 119.

⁷ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 645-646.

A doutrina de Jean-Jacques Rousseau foi alvo de ferrenhas críticas, inclusive da Escola Histórica do Direito, que denunciaria o anti-historicismo e até mesmo a anti-historicidade do estado de natureza aventado. Alega-se a impossibilidade de se conceber na História um período pré-social e, pois, um presumido contrato originário para a sociedade e o Estado.

Immanuel Kant, o filósofo de Königsberg, tratou de sanar o problema suscitado por um estado de natureza como estado origem "do qual o homem sai e para o qual ele volta."⁸ No irretocável dizer de Joaquim Carlos Salgado: "*Kant terá de trabalhar com maior propriedade filosófica os conceitos de Rousseau, ainda impregnados de elementos empíricos. (...) O Estado de natureza é, em consequência, uma idéia (não um fato), sem a qual não se pode pensar a sociedade civil, o qual, portanto, deve ser pensado concomitantemente com o estado civil e não como uma forma sucessória, de precedência.*"⁹

Kant cingiu os direitos naturais na liberdade, os quais poderiam ser conhecidos *a priori* pela razão e independiam da legislação externa. A moral kantiana parte do pressuposto da liberdade e da autonomia da lei moral, conforme seu próprio dizer: "A vontade é uma espécie de causalidade para os seres viventes, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade que teria esta causalidade de poder agir independentemente de causas estranhas que a determinem, do mesmo modo que a necessidade é a propriedade que a causalidade de todos os seres desprovidos de razão tem de ser determinada a agir por influência de causas (estranhas ao agente). (...) No que pode consistir a liberdade da vontade senão na autonomia, ou seja, na propriedade que ela tem de ser mesma sua lei? O que resulta no princípio: deve-se agir segundo uma máxima (regra de conduta) que possa se apresentar como lei universal."¹⁰ Neste teor, a idéia de dever, como figura deontica derivada da liberdade (imperativo categórico) toma-se cabalmente existente. A liberdade desfruta de duas faces: "(...) a face subjetiva, que é o livre arbítrio, autonomia da vontade e a face externa, ou seja, a condição objetiva para agir livremente."¹¹

A metafísica da moral, como filosofia moral pura, subdivide-se em duas partes. A primeira é atinente à Justiça; a segunda, à virtude. Ambas discorrem acerca das leis da liberdade, em contraposição às leis da natureza; todavia, a distinção entre legalidade e moralidades dá em função da razão pela qual as normas são observadas pelos indivíduos. A mera conformidade da ação à norma indica: legalidade; para que haja uma ação moral, mister é que esta se efetue pelo dever. As leis jurídicas são externas ao indivíduo, e podem constrangê-lo ao seu cumprimento. As leis morais, tornando obrigatórias certas ações, fazem ao mesmo tempo da obrigação, o seu cumprimento.

O binômio interioridade/exterioridade suprime do pensamento jurídico a exigência de conformidade interna às leis do Estado e a de definir a esfera inviolável da consciência individual. A chave da filosofia moral e política de Kant é a sua concepção de dignidade indivíduo. A dignidade do homem está em que, como ente provido de razão, não obedece senão às leis que ele próprio estabeleceu. O homem é fim de si mesmo. Tal é o fundamento do seu direito inato à liberdade.

⁸ SALGADO, Joaquim Carlos *apud* CICCIO, Cláudio de. Kant e o Estado de Direito: O problema do Fundamento da Cidadania. In: Direito, Cidadania e Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 177.

⁹ SALGADO, Op. Cit., p. 177.

¹⁰ KANT, Immanuel *apud* CICCIO, Cláudio de. Op. Cit., p. 178.

¹¹ CICCIO, Cláudio de, Op. Cit., p. 179.

A Liberdade em Kant é a liberdade de agir segundo as leis. Os homens são livres quando acusados a agir. Nos seres racionais a causa das ações é o seu próprio arbítrio. A liberdade é a ausência de determinações externas ao seu comportamento. Eis o seu conceito negativo. Se as ações são causadas, elas obedecem a leis, que são condições limitantes da liberdade da ação. A liberdade da vontade não é determinada por leis da natureza; mas nem por isso, escapam ao império de um certo tipo de leis. A liberdade tem leis, e estas não podem ser auto-impostas. Esse é o conceito positivo de liberdade; ele a designa como autonomia, ou a propriedade dos seres de legislarem a si próprios. A legislação racional é por sua vez uma legislação universal. Ora, as leis universais são as leis morais. Liberdade e moralidade são indissociáveis.

Outras escolas doutrinárias que se sucederam ao longo da história fluíram para o abandono de concepções calcadas no direito natural como *verbi gratia*; A concepção Utilitarista de Jeremy Bentham, que negava a possibilidade de que os direitos subjetivos limitem o poder estatal, na forma de direitos naturais, apontando excepcionalmente a "utilidade" como critério de limitação; e a Normativista de Hans Kelsen e Carl Schmitt, cuja essência era o repúdio à anterioridade dos direitos subjetivos com relação ao Estado, os quais, ao revés, são uma consequência da limitação do Estado com relação a si mesmo.

A própria evolução dos Direitos Humanos encarregou-se de superar a ambigüidade oferecida pelo conceito de natureza humana, ou seja, da tradição jusnaturalista. Como asseverou Hannah Arendt, os humanos não nascem iguais, nem são criados igualmente por conta da natureza. Somente a construção artificial (de artifício humano) de um sentido igualitário atribuído aos seres humanos, então considerados portadores de direitos, pode, efetivamente, afirmar a igualdade ou renovar a sua busca. De tal sorte que se tem contemporaneamente os Direitos Humanos como produto de conquistas sociais e históricas, através das lutas pela afirmação de direitos. Outrossim, atesta Norberto Bobbio que os direitos naturais são, na verdade, direitos históricos. O elemento da historicidade é de suma importância na evolução dos mesmos consoante os crescimentos e interesses da sociedade, as transformações técnicas e as classes que estejam no poder.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA (implementação dos Direitos Humanos):

A idéia de Direitos Humanos é relativamente *nova* na história mundial. Concretamente, é o fenômeno da positivação das declarações de direitos que expõe o caráter inovador e revolucionário da condição humana. As lutas políticas e sociais do século XVII tomavam evidente a conquista de sociedades cada vez mais secularizadas onde os indivíduos não podiam estar mais seguros de sua destinação perante Deus. As declarações de direitos despontavam como alternativa para garantir a estabilidade na tutela dos direitos tidos como essenciais à condição humana.

A implementação histórica dos Direitos Humanos se dá de forma lenta, conforme as necessidades sociais e a evolução das correntes de pensamento.

Os Direitos Humanos consagrados nas primeiras declarações foram chamados de "primeira geração". A estes direitos aditou-se os direitos individuais exercidos coletivamente. Deste teor, o desenvolvimento do liberalismo contribuía para a consolidação das democracias modernas, concorrendo para a universalização dos procedimentos que apontam para a necessidade do controle do poder político. Assim, propugnou-se, consoante a doutrina liberal e individualista, os chamados direitos individuais, quais sejam, direitos que valorizam o homem-singular, as liberdades abstratas e a separação entre Estado e não-Estado. Não deve ficar deslembada a preleção de Paulo Bonavides, o qual compendia objetivamente a questão em tela, *in verbis*: "Os direitos de primeira geração tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.(...) São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente."¹²

Ao longo do presente século o liberalismo irá se confrontar com a tradição socialista e com a generalização de expectativas por igualdade social desencadeada por esse novo processo de referências histórico-universais.

O titular dos direitos (econômicos, sociais, culturais) dessa segunda geração de Direitos Humanos, também conhecidos como direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade (direito do trabalho, saúde, educação), continuava sendo indivíduos singular.

Segundo Celso Lafer¹³, em que pese o caráter complementar destas duas séries de direitos (primeira e segunda geração), parece claro que os Direitos Humanos de primeira geração queriam limitar os poderes do Estado, enquanto que os da segunda geração trazem como pressuposto uma ampliação dos poderes do mesmo.

O autor aponta a existência de uma nova geração de Direitos Humanos que prossegue e atua ligando as duas séries anteriores, oferecendo aos povos uma base concreta para a legitimação de suas demandas por justiça: são os direitos que têm como titular não o indivíduo, mas grupos humanos (família, povo, nação, coletividade regional ou étnica) a própria humanidade. É irrefragável a demanda do contexto histórico no advento de uma terceira geração de direitos. "A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos (humanos) fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos."¹⁴ A autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, à paz ao meio ambiente, inserem-se nessa terceira geração.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 517.

¹³ PNUD/IPEA. Relatório sobre o Desenvolvimento Humano no Brasil. Brasília: 1996. p. 139-145.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 522.

Atualmente, nas portas do terceiro milênio, outros termos postos pela revolução tecnológica, pela reestruturação econômica, pela nova ordem mundial, vêm suscitando controvérsias a respeito de uma quarta geração de direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética ou do controle de dados informatizados postos ou despostos em redes planetárias. Também conhecidos como "Direitos Difusos", trazem à baila direitos concernentes à evolução biogenética e tecnológica, e ao meio ambiente.

Há quem afirme que a quarta geração dos direitos alude à globalização dos mesmos, em contra posição à investida neoliberal da globalização fundada no contexto meramente econômico. Corrobora tal corrente o eminente jurista Paulo Bonavides, conhecido e firme defensor dos direitos humanos fundamentais: "*Há (...) uma globalização política que, ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única que verdadeiramente interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir*¹⁵."

A PROBLEMÁTICA HODIERNA DOS DIREITOS HUMANOS:

O problema hodierno no tangente à questão dos Direitos Humanos não perpassa a problemática da sua afirmação jurídica ou fundamentação filosófica. Ora, os mesmos encontram-se efetivamente consagrados tanto nas constituições dos Estados, como nas declarações internacionais de direitos. Com efeito, verifica-se factualmente uma latente inércia política dos Direitos Humanos ante as necessidades sociais. A inexequibilidade dos mesmos é fruto da falta de mecanismos políticos aptos à sua concretude.

a) A NOÇÃO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

Tal inércia política decorre da própria estruturação, no caso brasileiro, do princípio do Estado Democrático de Direito, que, na acepção kantiana, resulta da chamada "liberdade positiva", garantindo a coexistência das liberdades externas. "*A obediência à lei consagrada no pacto mais do que a consequência de uma renúncia, é o reconhecimento de um dever, a condição da liberdade, a homenagem prestada à nossa humanidade mais verdadeira e profunda.*¹⁶" É forçoso elucidar o conceito de igualdade, que, sob o prisma da concepção kantiana, postulada pela liberdade, alude à igualdade de oportunidades, a igualdade no ponto de partida, quedando o progresso de cada um na dependência do seu esforço individual. Kant tem uma idéia de Estado Democrático de Direito peculiar com relação às idéias dos demais filósofos do Liberalismo, porquanto contempla o assistencialismo estatal.

Reza o art. 1º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988:

"Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 524.

¹⁶ SOLARI, Gioele *apud* CICCIO, Cláudio de, Op. Cit, p. 184.

Na prática, o preceito em epígrafe constitui-se em mera retórica tendo em vista que a não concretização do Estado Democrático de Direito se dá a partir de seu contexto estrutural na medida em que ocorre o vício de consentimento da participação popular na constituição do poder, que, consoante afirmou Montesquieu, limita o próprio poder exercido pelo Estado, qual seja, o poder legitimado pelos interesses democráticos.

Com efeito, os Direitos Humanos impescindem do princípio do Estado Democrático de Direito para a sua eficacalidade prática, consistindo em fundamento para a sua consolidação. Daí a relação de interdependência entre os conceitos de Direitos Humanos, democracia e paz.

Forma-se, por conseguinte, um círculo vicioso. A população não detém a devida formação educacional e política. Daí o fato de não exercer o seu poder político, delegando-o a poderosos que não têm interesse em abdicar do seu poder de dominação perante o Estado e que, por esse motivo, não provêm a população de educação, saúde, habitação. Vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não é aplicado em detrimento de pressões ideológicas, políticas, econômicas e sociais, com o escopo de manter o status quo.

Hannah Arendt¹⁷ aponta o direito à informação como condição *sine qua non* para a manutenção de um espaço público democrático, sob pena da reemergência de um novo estado totalitário de natureza, a saber, situações em que os homens se tomam supérfluos e sem lugar no mundo comum. *"Daí a importância da transparência do público por meio do direito ex parte populi à informação, ligado à democracia, como forma de vida e governo, que requer uma cidadania apta a avaliar o que se passa na res publica para dela poder participar. (...) A transparência do público através de uma informação honesta e precisa é, portanto, condição para o juízo e a ação numa autêntica comunidade política¹⁸."*

OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (DIREITOS FUNDAMENTAIS):

a) A CONSTITUIÇÃO COMO PARADIGMA PARA A FORMAÇÃO DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO QUE SE COADUNE COM OS DIREITOS HUMANOS:

A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao dar ênfase aos Direitos Fundamentais, elencados mormente no art. 5º, com as respectivas Garantias Constitucionais. Deve, mediante o seu cumprimento, servir de mecanismo de afirmação dos Direitos Humanos, assegurando a inviolabilidade dos mesmos.

Conforme os teóricos da democracia, no Estado Democrático, toda ordem estatal, todas as suas autoridades e decisões, inclusive as legais, devem estar submetidas aos Direitos Humanos. Nesse sentido, a democracia exige uma normalidade, pois fora dela, não se pode falar em garantia de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que se verificar ruptura da normalidade, os direitos humanos estarão sendo postos em risco.

¹⁷ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: A Contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados. São Paulo: IEA/SP, 1997. v. 11. n. 30.

¹⁸ *Idem ibídem*, p. 63.

b) DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS:

Prima facie, faz-se mister distinguir com precisão as expressões "Direitos Humanos" e "Direitos Fundamentais", calhando por uma maior objetividade na explicitação a que se propõe o presente texto. Destarte, tem-se a terminologia "Direitos Humanos", mais utilizada entre os anglo-saxões e latinos, como acepção impregnada de um caráter eminentemente histórico; por sua vez, a expressão "Direitos Fundamentais", de origem germânica, destaca-se por sua maior concretude e materialidade, qualificando-se por seu menor desgaste ante a sociedade política.

Os Direitos Fundamentais almejam, consoante Paulo Bonavides, "*criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana*"¹⁹. "Consistem os mesmos naqueles direitos que expressam e contêm as condições básicas da pessoa humana, ou seja, qualquer indivíduo, de per si, é portador de tais direitos, o que fundamentalmente implica numa distinção entre os conceitos de "pessoa humana" e "cidadão".

Nesse diapasão, elucida a doutrina jusnaturalista que tais direitos são fundamentais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano. Outrossim, em recente palestra proferida no "XXXIII Encontro Nacional dos Estudantes de Direito", proclamou o Professor Dalmo Dallari que o verdadeiro direito é aquele inerente à condição humana e não o direito positivo, o qual considera ser uma mera degradação da idéia de direito por parte da classe dominante, com o escopo de ludibriar o devido entendimento daqueles indivíduos menos esclarecidos, a fim de manter-se no poder segundo seus interesses. De conseguinte, deve-se reconhecer os Direitos Fundamentais como supra-estatais, vez que são inerentes à condição humana, pressupondo sua legitimidade face às legislações positivas.

Salienta-se, por oportuno, a distinção ventilada por Norberto Bobbio acerca dos conceitos de legalidade e legitimidade. O Direito sob o prisma da legalidade reporta-se ao "direito que se tem"; conquanto a acepção da legitimidade alude ao "direito que se gostaria de ter", a saber, um direito racional e crítico, voltado para a satisfação material e espiritual da pessoa humana.

São Direitos Fundamentais o direito à vida, à liberdade, à participação política.

Inobstante a relevância da condição humana como substrato dos Direitos Fundamentais, esta deve ser considerada, abstratamente, em sua essência, estando passível de evoluções ao longo da história. Nesse sentido, faz-se alusão à assertiva propugnada por Heráclito, pensador da remota filosofia pré-socrática, mas que se faz pertinente até os tempos hodiernos: "Tudo flui." Assim, busca-se incessantemente a adaptação do conceito em foco, com o fito de propiciar a realização material do mesmo ante as transformações sociais no percurso da história. Portanto, conclui-se que os Direitos Fundamentais são igualmente fruto de conquistas sociais importantes cujo intento consiste na materialização da liberdade e da dignidade humana.

Conforme explicitado supra, a problemática dos direitos fundamentais não tange à sua fundamentação histórico-filosófica, já consagrada na doutrina, nem à sua enunciação por parte do Direito Positivo, tendo em vista que os mesmos encontram-se

¹⁹ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit, p. 514.

contemplados em nível universal e estatal, respectivamente nas declarações internacionais assinadas por diversos países, bem como nas Constituições dos Estados.

Infere-se deste contexto que a questão de maior relevância no tocante aos Direitos Fundamentais, hodiernamente, encontra arrimo no carecimento de eficácia política na aplicação material dos mesmos posto que a sua violação é fato concreto, passível de uma profunda reflexão na sociedade organizada.

Na Constituição Federal de 1988, encontram-se os direitos e garantias fundamentais versados no Título II, consagrado ao tema, e no qual inseriu-se o art. 5º, indubitavelmente o de maior importância na *Lex Mater* e que elenca uma série de direitos e garantias consignadas à população em geral. Reza o referido artigo:

*“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I a XXXIV - omissis.”*

Ante a falta de interesse político quanto à exequibilidade dos Direitos Fundamentais, a mera enunciação dos mesmos na Carta Constitucional tornar-se-ia inerte. Conseqüentemente, faz-se mister a inclusão de um sistema de garantias constitucionais que viabilize o cumprimento de suas normas.

Doutrina o Professor Paulo Lopo Saraiva: *“A garantia constitucional é um mecanismo jurídico para a concretização dos direitos constitucionais.”*²⁰ O Direito só é válido se dispuser de um instrumento para a sua concretização. Coaduna-se a essa compreensão a lição do Professor Friedrich Müller, ao asseverar que o Direito não termina na norma, mas nela começa. Tal é o princípio norteador de um sistema constitucional concreto e eficaz, no qual os indivíduos usufruem materialmente daqueles direitos intrínsecos à sua condição enquanto “homens”.

O termo garantia, desvinculado de qualquer acepção política, deriva de *garant*, do alemão *gewahren-gewahr-Leistung*, cujo significado é o de *sicherstellung*, a saber, de uma posição consolidadora da segurança e que põe cobro à incerteza e à fragilidade²¹. *“A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias (...) tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa os dois institutos”*²².

Vem a escoimar a confusão doutrinária instaurada as lições de Rui Barbosa e Jorge Miranda, ora citados por Paulo Bonavides: *“A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos.”*²³ *Garantia ou segurança de um direito, é o requisito da legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.*²⁴

Eis uma breve explanação acerca das características das garantias constitucionais de maior importância:

²⁰ SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 48.

²¹ QUINTANA, Geleotti e Unhars *apud* BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 481.

²² BONAVIDES, Op. Cito p. 482.

²³ BARBOSA, Rui *apud idem ibidem*, p. 483-484.

²⁴ MIRANDA, Jorge *apud idem ibidem*.

Oriundo do Direito Inglês, o *Habeas Corpus* tutela o chamado direito de ir e vir. Limita-se à tutela da liberdade de locomoção conforme compila José Afonso da Silva: "*É, pois, um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir e vir, parar e ficar. Tem natureza de ação constitucional penal.*"²⁵

O Mandado de Segurança tutela o direito líquido e certo, ameaçado por abuso de autoridade pública. A Norma Sobranceira consagra dois modelos de Mandado de Segurança, o individual e o coletivo. "*O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado por lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*"²⁶

O Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, bem como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. O conceito de Mandado de Segurança coletivo funda-se substancialmente no elemento institucional, posto que atribui legitimação processual a determinadas instituições; e no elemento objetivo, mencionando-se a defesa de interesses em nível coletivo.

O Mandado de Injunção é impetrado em casos de norma regulamentadora acerca do exercício de alguns direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. "*Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela constituição*"²⁷. Tendo sido a grande conquista sustentada pela Constituição de 1988, foi decretada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo como letra morta na Carta Magna.

A Ação Popular almeja a proteção do patrimônio público, podendo ser ajuizada por qualquer cidadão. "*Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurídica a interesses coletivos, (...) constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição*"²⁸.

O Devido Processo Legal, a Ampla Defesa e o Contraditório figuram como garantias constitucionais processuais, cujo ocaso é a pacificação social com Justiça.

Face a um sistema tão avançado de garantias constitucionais, é de se indagar a razão objetiva da ineficácia das mesmas, ensejando na impossibilidade de acesso da totalidade dos indivíduos em sociedade aos Direitos Fundamentais.

Tal ineficácia prática perpassa alguns problemas próprios ao Direito Brasileiro, conforme exemplos que se seguem.

No que pertine à problemática hermenêutica, alude-se máxime à falta de uma compreensão devida por grande parcela do Poder Judiciário acerca da ideologia preceituada pelos Direitos Fundamentais, cujos princípios regem a Norma Ápice de todo o ordenamento jurídico. De conseguinte, deve a referida ideologia afigurar-se como supedâneo para o arcabouço jurídico em sua totalidade, isto é, todas as leis infraconstitucionais.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 424.

²⁶ Idem ibidem, p. 425-426.

²⁷ Idem Ibidem, p. 426.

²⁸ Idem Ibidem, p. 439.

A questão processual, igualmente arraigada ao ordenamento jurídico brasileiro, põe em cheque o escopo maior do Direito, a saber, a pacificação social com Justiça. No caso do direito pátrio, a processualística assumiu excessividade tamanha, chegando a se sobrepor ao direito subjetivo a ser tutelado.

Não é de se olvidar, por fim, o legalismo exorbitante, que, em detrimento da Justiça, leva os indivíduos a perderem muitas vezes a tutela de seus direitos, até por ignorância da lei. Far-se-ia interessante que os magistrados, sob a égide da ideologia dos direitos fundamentais, ponderassem melhor acerca de cada caso concreto, proferindo decisões que prezassem pela concretização material desses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília, 1996.

CICCO, Cláudio de. Kant e o Estado de Direito: O Problema do fundamento da Cidadania. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp. 175-188.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. Estudos Avançados. São Paulo., n. 2, 1997. Coleção Documentos.

CRETILLA JR, José. Curso de Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: A contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados, São Paulo, v. 11, n. 30, pp. 55-65, mai/ago 1997.

LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996.

MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAIS, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PNUD/IPEA. Relatório sobre o Desenvolvimento Humano no Brasil. Brasília: 1996. pp.139-145.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1979.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARAIVA, Paulo Lopo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

